



REVISTA

DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

ISSN 1806-2598

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE



(O CONTEÚDO DOS TRABALHOS É DE INTEIRA RESPONSABILIDADE DOS AUTORES)

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

CONSELHO EDITORIAL

EDUARDO LIMA DE MATOS
ADÉLIA MOREIRA PESSOA
DARCILO MELO COSTA
CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO
JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA
JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO

Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, nº 24
(2010) Aracaju: Ministério Público do Estado de Sergipe, 1991

ISSN 1806-2598

1. Direito - Periódicos. I. Sergipe. Ministério Público.
(060.1/8) CDU. 34 (05)

End.: Praça Fausto Cardoso nº 327 Ed. Valter Franco - Centro - Aracaju/SE
Site: www.esmp.mp.se.gov.br
E-mail: escolasuperior@mp.se.gov.br

Produção Gráfica & Diagramação
Vanderley dos Santos Rodrigues

ANO XX - Nº 24 - 2010



Ministério Público de Sergipe **Procuradoria-Geral de Justiça**

PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça

CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Maria Creuza Brito de Figueiredo

SUPLENTE

Maria Luiza Vieira Cruz

COORDENADOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Rodomarques Nascimento

OUVIDOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Josenias França do Nascimento

SECRETÁRIO-GERAL DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

Promotor de Justiça Orlando Rochadel Moreira

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PRESIDENTE:

Procuradora de Justiça MARIA CRISTINA DA GAMA E SILVA FOZ MENDONÇA

CORREGEDORA-GERAL:

Procuradora de Justiça MARIA CREUZA BRITO DE FIGUEIREDO

MEMBROS:

Procurador de Justiça RODOMARQUES NASCIMENTO

Procurador de Justiça JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO

Procuradora de Justiça ANA CHRISTINA SOUZA BRANDI

SECRETÁRIO:

Promotor de Justiça ORLANDO ROCHADEL MOREIRA

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

PRESIDENTE:

Procuradora de Justiça MARIA CRISTINA DA GAMA E SILVA FOZ MENDONÇA

SECRETÁRIO:

Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO

MEMBROS:

Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA

Procuradora de Justiça MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ

Procuradora de Justiça MARIA CREUZA BRITO DE FIGUEIREDO

Procurador de Justiça RODOMARQUES NASCIMENTO

Procuradora de Justiça MARIA HELENA FERNANDES DE BARROS

Procurador de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO

Procuradora de Justiça MARIA JOSELITA ALMEIDA BARBOSA

Procurador de Justiça JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO

Procuradora de Justiça ANA CHRISTINA SOUZA BRANDI

Procurador de Justiça CELSO LUÍS DÓRIA LEÓ

Procuradora de Justiça MARIA CONCEIÇÃO DE F. ROLEMBERG

Procurador de Justiça CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

COMISSÕES PERMANENTES

ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

MEMBROS:

Procurador de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO

Procurador de Justiça RODOMARQUES NASCIMENTO

Procuradora de Justiça ANA CHRISTINA SOUZA BRANDI

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

MEMBROS:

Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA

Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO

Procurador de Justiça JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO

ASSESSORIA DA PROCURADORA-GERAL

Promotor de Justiça:

JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA

MANOEL CABRAL MACHADO NETO

ASSESSORIA DA CORREGEDORIA GERAL

Promotor de Justiça:

JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA

ASSESSORIA DA COORDENADORIA GERAL

Promotor de Justiça:

EDUARDO BARRETO D'ÁVILA FONTES

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DIRETOR:

Promotor de Justiça EDUARDO ANTÔNIO SEABRA

Núcleo de Segurança Pública Promotor de Justiça EDUARDO ANTÔNIO SEABRA

Núcleo de Apoio à Infância e Adolescência

Promotora de Justiça MÍRIAM TERESA CARDOSO MACHADO

Núcleo de Defesa da Cidadania

Promotor de Justiça EDUARDO ANTÔNIO SEABRA

Núcleo de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça do Rio São Francisco

Promotor de Justiça EDUARDO LIMA MATOS

Núcleo dos Direitos à Educação

Promotor de Justiça ETÉLIO DE CARVALHO PRADO

Núcleo dos Direitos à Saúde

Promotor de Justiça Nilzir Soares Vieira Junior

Núcleo do Meio Ambiente, Urbanismo, Patrimônio Social e Cultural

Promotor de Justiça GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO

Núcleo dos Direitos da Mulher

Promotora de Justiça GICELE MARA CAVALCANTE D'ÁVILA FONTES

Núcleo de Documentação e de Memória do Ministério Público

Promotor de Justiça EDUARDO ANTÔNIO SEABRA

Núcleo Recursal do Ministério Público

Promotor de Justiça MANOEL CABRAL MACHADO NETO

MEMBROS: PROMOTORES DE JUSTIÇA ASSESSORES DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA, DA CORREGEDORA-GERAL E DO COORDENADOR-GERAL

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DOS DIREITOS DO CIDADÃO DE ARACAJU

1ª Promotoria de Justiça do Cidadão Especializada na Defesa do Patrimônio Público e na Área da Previdência Pública:

Promotor de Justiça EDUARDO BARRETO D'ÁVILA FONTES

2ª Promotoria de Justiça do Cidadão Especializada no Controle Externo da Atividade Policial, Questões Agrárias e com Atuação no Sistema Prisional:

Promotor de Justiça DEIJANIRO JONAS FILHO (Funções: Controle Externo da Atividade Policial e Questões Agrárias);

Promotor de Justiça LUÍS CLÁUDIO ALMEIDA SANTOS e **Promotora de Justiça** VERÔNICA DE OLIVEIRA LAZAR AMADO (Função – Atuação no Sistema Prisional).

3ª Promotoria de Justiça do Cidadão Especializada na Defesa dos Direitos à Saúde:

Promotora de Justiça EUZA MARIA GENTIL MISSANO COSTA, concomitantemente com a **Promotora de Justiça** ALESSANDRA PEDRAL DE SANTANA.

4ª Promotoria de Justiça do Cidadão Especializada na Defesa do Acidentado do Trabalho, do Idoso, da Pessoa com Deficiência, dos Direitos Humanos em Geral e na Proteção aos Direitos da Mulher e na Fiscalização das Respectivas Políticas Públicas:

Promotora de Justiça BERENICE ANDRADE DE MELO

5ª Promotoria de Justiça do Cidadão Especializada na Defesa do Meio Ambiente, Urbanismo, Patrimônio Social e Cultural, Controle e Fiscalização do Terceiro Setor:

Promotor de Justiça RENÊ ANTÔNIO ERBA (Funções: Defesa do Meio Ambiente, Urbanismo, Patrimônio Social e Cultural)

Promotora de Justiça ANA PAULA MACHADO COSTA MENESES

Promotor de Justiça CARLOS HENRIQUE SIQUEIRA RIBEIRO (Funções: Controle e Fiscalização do Terceiro Setor)

6ª Promotoria de Justiça do Cidadão Especializada na Defesa dos Direitos à Educação:

Promotor de Justiça ORLANDO ROCHADEL MOREIRA e **Promotor de Justiça** LUIS FAUSTO DIAS VALOIS SANTOS

Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Consumidor e Serviços de Relevância Pública:

Promotora de Justiça EUZA MARIA GENTIL MISSANO COSTA

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DIRETOR:

Promotor de Justiça EDUARDO LIMA DE MATOS

CONSELHO ADMINISTRATIVO:

Promotor de Justiça JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA

Promotor de Justiça MANOEL CABRAL MACHADO NETO

Promotor de Justiça SANDRO LUIZ DA COSTA

DIRETOR ADMINISTRATIVO E PEDAGÓGICO:

ADÉLIA MOREIRA PESSOA

COMARCAS DE ARACAJU DE ENTRÂNCIA FINAL

1ª Promotoria de Justiça (1ª, 4ª, 7ª e 8ª Varas Cíveis)

AUGUSTO CÉSAR LOBÃO MOREIRA

2ª Promotoria de Justiça (9ª, 10ª, 11ª e 13ª Varas Cíveis)

EDUARDO LIMA DE MATOS

3ª Promotoria de Justiça (14ª Vara Cível)

GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO

4ª Promotoria de Justiça (15ª e 21ª Varas Cíveis)

ODIL SILVA OLIVEIRA

2ª Promotoria de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões (5ª Vara Cível)
ERNESTO ANÍZIO DE AZEVÊDO MELO

3ª Promotoria de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões (6ª Vara Cível)
WILTON ARAÚJO SANTOS

4ª Promotoria de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões (2ª Vara Cível)
MÁRCIA MENDES MATOS

5ª Promotoria de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões (5ª Vara Cível)
ALDO SOUZA ARAGÃO

1ª Promotoria de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (3ª Vara Cível)
HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

2ª Promotoria de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (12ª Vara Cível)
VAGO

3ª Promotoria de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (18ª Vara Cível)
JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA

4ª Promotoria de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (19ª Vara Cível)
MARCÍLIO DE SIQUEIRA PINTO

5ª Promotoria de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (12ª e 20ª Varas Cíveis)
MARIA EUGÊNIA DEDA

7ª Promotoria de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (19ª Vara Cível)
MAURA SILVA DE AQUINO

8ª Promotoria de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública (3ª Vara Cível)
NEWTON SILVEIRA DIAS JÚNIOR

1ª Promotoria de Justiça da Curadoria da Infância e da Adolescência (Juizado da Infância e Juventude) – 16ª Vara Cível
MARIA LILIAN MENDES CARVALHO

2ª Promotoria de Justiça da Curadoria da Infância e da Adolescência (Juizado da Infância e Juventude) – 17ª Vara Cível
SILVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO

1ª Promotoria de Justiça Distrital (1ª Vara de Assist. Jud.)
CARMEM LÚCIA BUARQUE DE GUSMÃO

2ª Promotoria de Justiça Distrital (2ª Vara de Assist. Jud.)
ANA CRISTINA ARAGÃO DE CARVALHO

3ª Promotoria de Justiça Distrital (3ª Vara de Assist. Jud.)
MARILENE PAES B. DE FIGUEIREDO

4ª Promotoria de Justiça Distrital (4ª Vara de Assist. Jud.)
EDJILDA RESENDE DE LIMA GUERRA

5ª Promotoria de Justiça Distrital (5ª Vara de Assist. Jud.)
PAULO VIEIRA MESSIAS

6ª Promotoria de Justiça Distrital (6ª Vara de Assist. Jud.)
ANA CLÁUDIA M. COSTA MORAES

7ª Promotoria de Justiça Distrital (7ª Vara de Assist. Jud.)
ANA GALGANE PAES

1ª Promotoria de Justiça Criminal (1ª Vara Criminal)
LUÍS ALBERTO MOURA ARAÚJO

2ª Promotoria de Justiça Criminal (2ª Vara Criminal)
JULIANA CHECUCCI CARBALLAL

3ª Promotoria de Justiça Criminal (3ª Vara Criminal)
FÉLIX CARBALLAL SILVA

4ª Promotoria de Justiça Criminal (4ª Vara Criminal)
PAULO LIMA DE SANTANA

5ª Promotoria de Justiça Criminal (9ª Vara Criminal)
GLÁUCIA QUEIROZ DE MORAIS

6ª Promotoria de Justiça Criminal (11ª Vara Criminal)

JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA

1ª Promotoria de Justiça do Tribunal do Júri (5ª Vara Criminal)

DEIJANIRO JONAS FILHO

3ª Promotoria de Justiça do Tribunal do Júri (5ª Vara Criminal)

ROGÉRIO FERREIRA DA SILVA

2ª Promotoria de Justiça do Tribunal do Júri (8ª Vara Criminal)

JOSÉ RONY SILVA ALMEIDA

4ª Promotoria de Justiça do Tribunal do Júri (8ª Vara Criminal)

VAGO

Promotoria de Justiça Militar (Auditoria Militar – 6ª Vara Criminal)

JARBAS ADELINO SANTOS JÚNIOR

1ª Promotoria de Justiça das Execuções Criminais (7ª Vara Criminal)

LUÍS CLÁUDIO ALMEIDA SANTOS

2ª Promotoria de Justiça das Execuções Criminais (7ª Vara Criminal/VEMPA)

VERÔNICA DE OLIVEIRA LAZAR AMADO

Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor

EUZA MARIA GENTIL MISSANO COSTA

1ª Promotoria de Justiça Especial (1ª JESP CRIMINAL)

JOÃO RAIMUNDO MOREIRA GUIMARÃES

COMARCAS DO INTERIOR DE ENTRÂNCIA FINAL

ITABAIANA

1ª Promotoria de Justiça Criminal (1ª Vara Criminal)

JOSÉ LUCAS DA SILVA GOIS

2ª Promotoria de Justiça Criminal (2ª Vara Criminal)

VAGO

1ª Promotoria de Justiça (Vara Cível)

ALLANA RACHEL MONTEIRO BATISTA SOARES COSTA

2ª Promotoria de Justiça (Vara Cível)

VIRGÍLIO DO VALE VIANA

Promotoria de Justiça Especial (JESP Cível e Criminal)

EMERSON OLIVEIRA ANDRADE

ESTÂNCIA

Promotoria de Justiça Criminal (Vara Criminal)

ADRIANA RIBEIRO OLIVEIRA

1ª Promotoria de Justiça (Vara Cível)

VAGO

2ª Promotoria de Justiça (Vara Cível)

CARLA ROCHA BARRETO DE ALMEIDA

Promotoria de Justiça Especial (JESP Cível e Criminal)

MARIA HELENA SANCHES LISBÔA VINHAS

LAGARTO

Promotoria de Justiça Criminal (Vara Criminal)

FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA GÓIS

1ª Promotoria de Justiça (Vara Cível)

ANTÔNIO CÉSAR LEITE DE CARVALHO

2ª Promotoria de Justiça (Vara Cível)

BELARMINO ALVES DOS ANJOS NETO

Promotoria de Justiça Especial (JESP Cível e Criminal)

CARLOS HENRIQUE SIQUEIRA RIBEIRO

PROPRIÁ

1ª Promotoria de Justiça

PETERSON ALMEIDA BARBOSA

2ª Promotoria de Justiça

JOÃO RODRIGUES NETO

TOBIAS BARRETO

1ª Promotoria de Justiça

ALONSO GOMES CAMPOS FILHO

2ª Promotoria de Justiça

VAGO

NOSSA SENHORA DO SOCORRO

1ª Promotoria de Justiça Criminal (Vara Criminal)

CLÁUDIA DANIELA DE FREITAS SILVEIRA FRANCO

2ª Promotoria de Justiça Criminal (Vara Criminal)

CLÁUDIA DO AMARAL CALMON

1ª Promotoria de Justiça (Vara Cível)

LUÍS FAUSTO DIAS DE VALOIS SANTOS

2ª Promotoria de Justiça (Vara Cível)

MANOEL CABRAL MACHADO NETO

1ª Promotoria de Justiça Distrital (Vara de Assistência Judiciária)

FÁBIO VIEGAS MENDONÇA DE ARAÚJO

2ª Promotoria de Justiça Distrital (Vara de Assistência Judiciária)

SANDRO LUIZ DA COSTA

1ª Promotoria de Justiça Especial (JESP Cível e Criminal)

GICELE MARA CAVALCANTE D'ÁVILA FONTES

2ª Promotoria de Justiça Especial (JESP Cível e Criminal)

JULIVAL PIRES REBOUÇAS NETO

SÃO CRISTÓVÃO

Promotoria de Justiça (Vara Cível)

FÁBIO PINHEIRO SILVA DE MENEZES

Promotoria de Justiça Criminal (Vara Criminal)

ALEXANDRO SAMPAIO SANTANA

Promotoria de Justiça Distrital (Vara de Assistência Judiciária)

LENILDE NASCIMENTO ARAUJO

Promotoria de Justiça Especial (JESP Cível e Criminal)

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE

CANINDÉ DO SÃO FRANCISCO

Promotoria de Justiça

SUZY MARY DE CARVALHO VIEIRA

COMARCAS DO INTERIOR DE ENTRÂNCIA INICIAL

AQUIDABÃ

Promotor de Justiça PAULO JOSÉ FRANCISCO ALVES FILHO

ARAUÁ

Promotora de Justiça MÔNICA MARIA HARDMAN DANTAS BERNARDES

BARRA DOS COQUEIROS

Promotor de Justiça ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO SANTOS

BOQUIM

Promotor de Justiça EDUARDO FRANKLIN M. DE OLIVEIRA

CAMPO DO BRITO

Promotora de Justiça FABIANA CARVALHO VIANA FRANCA

CAPELA

Promotora de Justiça ANA LEILA COSTA GARCEZ

CARIRA

Promotor de Justiça ADSON ALBERTO CARDOSO DE CARVALHO

CARMÓPOLIS

Promotora de Justiça POLLYANA MARA CASTRO DE AGUIAR

CEDRO DE SÃO JOÃO

Promotor de Justiça ANDERSON VIANA SOUZA

CRISTINÁPOLIS

Promotor de Justiça ALEXANDRE ALBAGLI OLIVEIRA

FREI PAULO

Promotor de Justiça ADEMILTON DE OLIVEIRA SANTOS

GARARU

Promotor de Justiça MAURÍCIO GUSMÃO MAGALHÃES

ITABAIANINHA

Promotora de Justiça TALITA CUNEGUNDES FERNANDES DA SILVA

ITAPORANGA D'AJUDA

Promotor de Justiça ARNALDO FIGUEIREDO SOBRAL

JAPARATUBA

Promotor de Justiça NILZIR SOARES VIEIRA JÚNIOR

LARANJEIRAS

Promotor de Justiça WALTER CÉSAR NUNES SILVA

MARUIM

Promotora de Justiça CECÍLIA NOGUEIRA GUIMARÃES

NEÓPOLIS

Promotora de Justiça KARLA CHRISTIANY CRUZ LEITE

NOSSA SENHORA DA GLÓRIA

Promotor de Justiça ALEX MAIA ESMERALDO DE OLIVEIRA

NOSSA SENHORA DAS DORES

Promotor de Justiça RENÉ ANTÔNIO ERBA

PACATUBA

Promotor de Justiça EDYLENO ÍTALO SANTOS SODRÉ

POÇO REDONDO

Promotora de Justiça MARIA RITA MACHADO FIGUEIRÊDO

POÇO VERDE

Promotor de Justiça LÚCIO JOSÉ CARDOSO BARRETO LIMA

PORTO DA FOLHA

Promotora de Justiça ANA PAULA SOUZA VIANA

RIACHUELO

Promotor de Justiça FLAVIANO ALMEIDA SANTOS

RIBEIRÓPOLIS

Promotor de Justiça ETÉLIO DE CARVALHO PRADO JÚNIOR

SIMÃO DIAS

Promotor de Justiça RICARDO SOBRAL SOUZA

UMBAÚBA

Promotor de Justiça RENATO VIEIRA DANTAS BERNARDES

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS

Promotora de Justiça Substituto

TATIANA SOUTO QUIRINO

Promotor de Justiça Substituto

ALESSANDRA PEDRAL DE SANTANA

Promotora de Justiça Substituto

CLÁUDIA VIRGÍNIA OLIVER DE SÁ

Promotora de Justiça Substituto

MÔNICA ANTUNES ROCHA RIGO DA SILVA

Promotor de Justiça Substituto

IURI MARCEL MENEZES BORGES

Promotor de Justiça Substituto
SOLANO LÚCIO DE OLIVEIRA SILVA

Promotor de Justiça Substituto
RAIMUNDO BISPO FILHO

Promotora de Justiça Substituto
JOELMA SOARES MACÊDO DE SANTANA

APOSENTADOS

Procuradores de Justiça

CARLOS GOMES DE CARVALHO LEITE
DARCILO MELO COSTA
EDUARDO DE CABRAL MENEZES
FERNANDO FERREIRA DE MATOS
HELI SOARES HENRIQUES NASCIMENTO
JOSÉ COSTA CAVALCANTE
JOSÉ JORGE SANTOS MESQUITA
JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO
JUGURTA LIMA BARRETO
PEDRO IROÍTO DÓRIA LEÓ
MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO
MARIA IZABEL SANTANA DE ABREU

Promotores de Justiça

ADÉLIA MOREIRA PESSOA
ADERBAL OLIVEIRA
CARLOS CÉZAR SOUZA SOARES
EDVALDO VIEIRA MESSIAS
ENID SANTOS OLIVEIRA

FLAMARION D'ÁVILA FONTES
GIMARCOS EVANGELISTA DE ALCÂNTARA
HELENO ÁVILA DOS SANTOS SILVA
JOSÉ GILSON DOS SANTOS
JOSÉ MAGALHÃES DE SANTANA
LUIZ DANTAS TAVARES
MARIA ESTHER AZEVÊDO ANDRADE
MARILEIDE BATISTA DE MELO BARRETO
PATRÍCIO FERREIRA DE FARIAS
PEDRO VICTÓRIO DAUD
PORFÍRIO MARTINS FÉLIX
RAUL JOSÉ VIEIRA NETO
TEREZA CRISTINA DE FARO MELO
VALTER RIBEIRO DA SILVA
VICENTE CABRAL LEÃO
WALDEMAR PEIXOTO ARAÚJO

**INTEGRANTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE,
ORIUNDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Desembargador LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA

APRESENTAÇÃO

Apraz-nos lançar ao meio jurídico mais um exemplar da Revista do Ministério Público de Sergipe.

Neste nº 24, mantivemos a mesma linha de conteúdos abordados no número anterior, os quais são distribuídos nas seções destinadas aos trabalhos vencedores do Concurso Melhor Arrazoadado Jurídico e Melhor Arrazoadado Forense; Artigos; Peças Jurídicas; Discursos e Excertos Históricos.

Poderão ser apreciadas produções desenvolvidas a partir de trabalho cuidadoso dos colaboradores, elaboradas com esmero e que trazem para o debate científico variados temas pujantes deste momento jurídico.

Despojada de pretensão, será gratificante se esta Revista for útil aos operadores do Direito, contribuindo para a pesquisa jurídica e alcançando um espaço que possibilite a reflexão democrática.

Boa leitura!

Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça
Procuradora-Geral de Justiça

SUMÁRIO

I - PRÊMIO MELHOR ARRAZOADO JURÍDICO 2010

1. POSSIBILIDADE DA ACEITAÇÃO DA TESE SOBRE CONTINUIDADE DELITIVA EM CRIME DE HOMICÍDIO.

Rogério Ferreira da Silva29

2. SUBVENÇÃO PARLAMENTAR.

Augusto César Leite de Resende45

3. O DIREITO FUNDAMENTAL AUTURAL E A PROTEÇÃO DA CRIAÇÃO INTELECTUAL.

Petrúcio Lopes Casado Filho59

4. POLUIÇÃO SONORA E O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL.

Luã Silva Santos87

5. O DIREITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Bruno Oliveira Falcão117

6. UMA NOVA CONCEPÇÃO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR.

Alexsandro de Araujo Trindade135

II - PRÊMIO MELHOR ARRAZOADO FORENSE 2010

1. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 5ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ARACAJU/SE - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM DECORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - NÃO INCIDÊNCIA DOS ARTS. 366 E 420 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

Rogério Ferreira da Silva167

2. ALEGAÇÕES FINAIS – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MP – DESNECESSIDADE DE ALEGAÇÕES FINAIS PELA DEFESA.

Adson Alberto Cardoso de Carvalho195

3. APELAÇÃO CÍVEL – DECLARAÇÃO DE INTERESSE CULTURAL DA IGREJA NOSSA SENHORA DO AMPARO.	
Sandro Luiz da Costa	209

III - ARTIGOS

1. ALIENAÇÃO PARENTAL E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR.	
Adélia Moreira Pessoa	
Ana Paula de Carvalho Moura	231
2. DOLO EVENTUAL NOS CRIMES DE TRÂNSITO.	
Paulo Lima de Santana	245
3. LIBERDADE RELIGIOSA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.	
Fabio Dantas de Oliveira	259

IV - PEÇAS JURÍDICAS

1. APELAÇÃO CÍVEL - Processo civil – Preliminar – Desistência dos recursos manifestada pelos recorrentes – Ato de vontade cujos efeitos não dependem de homologação judicial – Reexame necessário – Cabimento em decisão que julga liquidação de sentença.	
Rodomarques Nascimento	277
2. AGRAVO DE INSTRUMENTO no Recurso Extraordinário - manutenção da decisão que negou seguimento ao Recurso Extraordinário - não configura violação ao princípio da separação dos poderes decisões que obrigam o ente em cumprir com sua atividade estatal.	
Celso Luís Dória Leó	295
3. AGRAVO DE INSTRUMENTO - Pedido que se cinge à redução da verba alimentícia, diferentemente do que foi deferido pelo Juízo do Primeiro Grau.	
José Carlos de Oliveira Filho	309
4. APELAÇÃO CÍVEL – DANOS A IMAGEM – Utilização de caracteres fisionômicos de entes falecidos em produtos comerciais.	
Maria Luiza Vieira Cruz	319

5. RAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO – DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – QUESITAÇÃO.	
Alonso Gomes Campos Filho	331

V - DISCURSOS

1.DISCURSO DE POSSE NO CARGO DE PROCURADOR DE JUSTIÇA	
Carlos Augusto Alcântara Machado	351
2.DISCURSO DE SAUDAÇÃO A CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO	
Maria Conceição de Figueiredo Rolemberg	365
3.DISCURSO DE SAUDAÇÃO A GENI SILVEIRA SCHUSTER	
José Carlos de Oliveira Filho	373

VI - EXCERTOS HISTÓRICOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

Fragmentos da história do Ministério Público de Sergipe	
Adélia Moreira Pessoa	381

VII – NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS NA REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

	384
--	------------



I - PRÊMIO MELHOR ARRAZOADO JURÍDICO 2010



1. POSSIBILIDADE DA ACEITAÇÃO DA TESE SOBRE CONTINUIDADE
DELITIVA EM CRIME DE HOMICÍDIO.

Rogério Ferreira da Silva.

2. SUBVENÇÃO PARLAMENTAR.

Augusto César Leite de Resende.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL AUTORAL E A PROTEÇÃO DA CRIAÇÃO
INTELLECTUAL.

Petrúcio Lopes Casado Filho.

4. POLUIÇÃO SONORA E O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL.

Luã Silva Santos.

5. O DIREITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À SAÚDE SOB A PERSPEC-
TIVA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Bruno Oliveira Falcão.

6. UMA NOVA CONCEPÇÃO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR.

Alexsandro de Araujo Trindade.



POSSIBILIDADE DA ACEITAÇÃO DA TESE SOBRE CONTINUIDADE DELITIVA EM CRIME DE HOMICÍDIO*

Rogério Ferreira da Silva**

Resumo: CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA – HOMICÍDIOS. Número elevado de crimes com vítimas diversas. Impossibilidade do reconhecimento da continuidade delitiva. Inaplicabilidade do Art. 71 do Código Penal Brasileiro. Autonomia e independência das ações. Pena base deve ser fixada além do mínimo legal.

O presente artigo foi desenvolvido a partir de um caso concreto, onde o réu foi denunciado, juntamente com co-réus, pela prática dos crimes de homicídio consumado qualificado pelo motivo torpe, nos termos do artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal Brasileiro, em relação a duas vítimas e homicídio tentado qualificado pelo motivo torpe, nos termos do artigo 121, § 2º, inciso I, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal Brasileiro, em relação a outras três vítimas, além do crime de porte ilegal de arma de fogo, nos termos do artigo 14, da Lei Federal n.º 10.826/2003.

*Primeiro Lugar no Concurso Melhor Arrazoado Jurídico 2010. Categoria Membro do Ministério Público. Artigo desenvolvido, em maio de 2010, a partir de um caso concreto onde o Acusado foi condenado perante o Tribunal do Júri pela prática de cinco crimes dolosos contra a vida, sendo dois consumados e três tentados, além do crime conexo de porte ilegal de arma de fogo. Quando da elaboração da sentença o magistrado adotou a tese do crime continuado e aplicou a pena mínima de 12 anos de reclusão, a qual aumentou em 1/3, totalizando-a em 16 anos de reclusão. Aplicou ainda uma pena de 02 anos de reclusão pelo crime de porte ilegal de arma de fogo.

**Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe, titular da 3ª Promotoria de Justiça do 1º Tribunal do Júri da Comarca de Aracaju/SE.

Após o julgamento de um dos réus pelo Tribunal do Júri do lugar onde ocorreram os delitos, constatou-se que o Conselho de Sentença votou pela condenação do réu, nos exatos limites da acusação formulada pelo Ministério Público. Em razão dessa decisão, o juiz sentenciante prolatou o veredicto condenatório. Todavia, na fase da dosimetria da pena, o magistrado, fazendo uma análise perfunctória das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CPB, fixou a pena base pelo delito de homicídio consumado qualificado em apenas 12 (doze) anos de reclusão, sendo que, ao reconhecer a ocorrência de continuidade delitiva específica, em relação a todos os crimes dolosos contra a vida, agravou a pena em 1/3 (um terço), considerando-se terem ocorrido “apenas” cinco crimes dolosos contra a vida.

Assim, tornou a pena definitiva em 16 (dezesseis) anos de reclusão. Outrossim, no que tange ao crime de porte ilegal de arma de fogo, aplicou a pena de 02 (dois) anos de reclusão.

De proêmio é mister ressaltar que todas as decisões judiciais devem estar em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, em especial, diante do preconizado pelo artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, devem todos os atos administrativos e judiciais serem fundamentados, sob pena de nulidade. Assim, infere-se que uma sentença que não analise com perfeita adequação as circunstâncias judiciais insculpidas no artigo 59 do Código Penal é acometida de indubitável nulidade absoluta. A completa ausência de fundamentação, haja vista apenas mencionar as circunstâncias judiciais e, tão somente afirmar que reconhece a continuidade delitiva específica, sem apontar qualquer elemento de convicção nesse sentido, não constitui fundamento hábil a embasar uma decisão terminativa.

Igualmente, é sabido que a completa ausência de

fundamentação acarreta a nulidade absoluta. Nesse diapasão, valiosas são as lições dos ilustres doutrinadores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, em sua obra *As Nulidades no Processo Penal*, que dispõe:

No plano do direito, deve ele justificar a escolha da regra jurídica aplicável ao caso, a opção por determinada interpretação da norma e a razão de ter admitido que dela derivassem certas conseqüências. Ante as alternativas possíveis, deve adequadamente dizer por que fez determinada opção. Maior ainda será a necessidade de motivar a posição assumida quando ela estiver em franca contradição com a orientação que prevalece na doutrina e na jurisprudência.

A legitimidade da decisão exige ainda a correta e adequada apreensão dos fatos transpostos ao processo através da atividade probatória. Cabe ao magistrado justificar por que considerou mais relevantes determinados elementos da prova e desprezou outros.

(...)

É tão importante a garantia da motivação das decisões que a vigente Constituição Federal afirmou: "todos os julgamentos serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade" (art. 93, IX). Portanto, a falta de motivação traduz nulidade absoluta.¹

O crime continuado encontra respaldo legal no artigo 71, do Código Penal Brasileiro, sendo que, em seu Parágrafo único, verifica-se a possibilidade do crime continuado específico. Nesse diapasão, são requisitos para a configuração do crime continuado: a) a necessidade de que o mesmo sujeito pratique duas ou mais condutas; b) pluralidade de resultados, isto é, a prática de crimes da mesma espécie; c) nexo de continuidade delitiva, auferido pelas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças.² Ainda, é sabido que há um quarto requisito que enseja a caracterização da continuidade delitiva, qual seja, a unidade de desígnios.

¹GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. FILHO, Antônio Magalhães Gomes. *As nulidades no processo penal*. 5ª ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 172.

²MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 22ª ed. São Paulo : Atlas, 2005, p. 318.

Primeiramente, requer-se a prática de dois ou mais crimes, porque o crime continuado é uma espécie de concurso de crimes; portanto, obviamente, requer-se a prática de mais de um crime. Em segundo lugar, por crimes da mesma espécie, deve-se entender, de acordo com a corrente jurisprudencial e doutrinária dominante, que são aqueles previstos no mesmo tipo penal, aqui abrangidas as formas mais simples, as privilegiadas e as qualificadas, tentadas ou consumadas. Em seguida, a continuidade delitiva necessita, para o seu reconhecimento, de nexo de continuidade delitiva, ou seja, da completa identidade entre tempo, lugar e maneira de execução. Por fim, por unidade de desígnio, Julio Fabbrini Mirabete ensina que nada mais é do que *“um programa inicial, antecedente de que cada delito se coloca como realização sucessiva”*³.

Desse modo, para o reconhecimento da continuidade delitiva, há que se comprovar que os crimes foram praticados de forma a caracterizar uma realização sucessiva, inicialmente projetada. Havendo autonomia e independência, portanto, entre as ações perpetradas, não haverá que se falar em unidade de desígnios, nem tampouco em crime continuado, mas sim em concurso material de delitos. Acerca desse assunto, informa Julio Fabbrini Mirabete:⁴

(...) Indispensabilidade de unidade de desígnio - (...) STJ: “Crime continuado. Caracterização. 1. Firme a jurisprudência do STJ no sentido de que a continuidade delitiva “configura-se quando presente a unidade de desígnio” representada pelo envolvimento entrelaçado dos atos delituosos (RESP 4.266/SP)” (REsp 59.820-SP – DJU de 16-12-1996, p. 50.529). STJ: “Crime continuado. Caracterização. Exigência de unidade de desígnio ou dolo total. Para a caracterização do crime continuado torna-se necessário que os atos criminosos isolados apresentem-se enlaçados, os subseqüentes ligados aos antecedentes (art. 71 do CP: “devem os subseqüentes ser havidos como

³Op. cit. p. 318.

⁴Código Penal Interpretado. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 590.

continuação do primeiro”), ou porque fazem parte do mesmo projeto criminoso, ou porque resultam de ensejo, ainda que fortuito, proporcionado ou facilitado pela execução desse projeto (aproveitamento da mesma oportunidade). Hipótese em que a sentença condenatória considerou existente circunstância fática que indica a unidade de desígnio. Recurso Especial conhecido mas improvido” (RESP 61.962-SP – DJU de 7-8-1995, p. 23.959). (...) TJRS: “Homicídio qualificado e tentativas de homicídio. Continuidade delitiva. Insuficiência da Teoria Objetiva Pura. Incabível a aplicação do art. 71 do CP, se não observado na espécie o elemento de ordem subjetiva, qual seja a unidade de desígnios. Delitos subseqüentes não-havidos como continuação do primeiro. Diversidade de fatores motivacionais. Circunstância fática não propícia à prática de mais de um delito. Concurso material. Redimensionamento da corporal imposta. (...) TJRO: “Continuidade delitiva. Descaracterização. Delitos praticados em ações autônomas. Inexistência de unidade de desígnios. (...) A continuação delitiva pressupõe, além da existência dos requisitos subjetivos, a unidade de desígnios, o que não ocorre quando os crimes foram praticados em ações autônomas” (RT 748/707). (...) TACRSP: “Crime continuado – Existência de liame subjetivo ligando os delitos posteriores aos precedentes – Necessidade – Falta do referido nexa – Concurso material – Ocorrência: Para o reconhecimento do crime continuado é necessário que exista liame subjetivo ligando os delitos posteriores aos precedentes, de modo que, ausente tal nexa, os delitos devem ser considerados em concurso material” (RJTACRIM 38/52).

Seguindo essa linha, já decidiu reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça:

Processo REsp 704926 / RN RECURSO ESPECIAL 2004/0133492-8 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 06/04/2010. Data da Publicação/Fonte DJe 26/04/2010. Ementa PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. CONTINUIDADE DELITIVA. UNIDADE DE DESÍGNIOS. ENTENDIMENTO FIRMADO NESTA CORTE. ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 83 DO STJ.

I - “Assentada, pelas instâncias competentes, a falta de unidade de desígnios nas ações praticadas pelo paciente, não há como se reconhecer a continuidade delitiva.” (HC 95753, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 06-08-

2009)

II - No caso em tela, a decisão impugnada está em consonância com o entendimento firmado nesta Corte, no sentido de que para a caracterização do crime continuado é necessário o preenchimento, entre outros, do requisito da denominada unidade de desígnios ou do vínculo subjetivo entre os eventos. Aplica-se à hipótese, portanto, a Súmula 83/STJ. Recurso especial desprovido.

Processo HC 84299 / RJ HABEAS CORPUS 2007/0129036-5. Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133). Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 05/05/2009. Data da Publicação/Fonte DJe 08/06/2009 . Ementa. HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIOS DOLOSOS. CONTINUIDADE DELITIVA REFUTADA PELO TRIBUNAL IMPETRADO. TEORIA MISTA. RECONHECIDO, NA INSTÂNCIA DE ORIGEM, O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS INDICADOS PELO ART. 71 DO CPB. NEGADA A EXISTÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS, PORQUE DISTINTO O DOLO DE CADA CONDOTA (PRIMEIRO, VINGANÇA; SEGUNDO, OCULTAÇÃO DO CRIME ANTERIOR). INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. LIAME SUBJETIVO E, POR CONSEQUINTE, CRIMES CONTINUADOS NÃO VERIFICADOS. AUSÊNCIA DE HOMOGENEIDADE ENTRE OS OBJETIVOS DE CADA CONDOTA PERPETRADA. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. WRIT DENEGADO.

1. Para a configuração da continuidade delitiva, além do preenchimento, verificado na hipótese, dos requisitos objetivos enunciados pelo art. 71 do CPB - crimes de mesma espécie, cometidos em iguais condições de tempo, lugar e maneira de execução - há de estar presente um liame subjetivo, uma unidade de desígnios nos delitos perpetrados.

2. Não há unidade de desígnios e sim autonomia de propósitos quando, num dos homicídios, a vingança compõe o intento do agente, noutro, avulta o desejo de assegurar a execução e a impunidade com relação ao primeiro crime, ainda que perpetrados simultaneamente.

3. Parecer ministerial pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada.

Segundo o entendimento de Eugênio Raúl Zaffaroni, só haverá unidade de ação quando os atos sucessivos do autor sejam progressivos. Nesse sentido, assim discorre:

(...) No crime continuado, a realidade da continuidade se traduz numa única ação típica, e os atos sucessivos do autor são tão-somente graus progressivos da realização do conteúdo injusto do crime. Conseqüentemente, sua pena é a pena do crime, fixada conforme o conteúdo do injusto, atingido pela realização progressiva deste, sempre dentro dos limites da pena legal, fixados para o crime que for.⁵

É fácil perceber que, não havendo uma única ação típica com atos sucessivos progressivos, mas sim ações distintas com pluralidade de dolos, estaremos diante de uma ação homicida, fruto de repetição de condutas que se constituem numa cristalina modalidade de execução. Condutas dessa natureza são identificadas como verdadeiras chacinas, que no seu sentido etimológico significa: chacina – 1. Ato ou efeito de chacinar; 2. Matança, morticínio, mortandade.

O mesmo autor, Eugênio Zaffaroni, quando analisa diante de uma ação a existência de uma ou mais condutas, destaca que o problema reside, na maioria dos casos, na quantidade de movimentos exteriores. Enfoca que para estes vários movimentos exteriores serem considerados uma conduta unitária, requer obrigatoriamente a existência de um plano comum, consubstanciado numa unidade de resolução. Afirma que é esse plano comum que constitui *o fator final* indispensável para considerar como uma conduta única, uma pluralidade de movimentos voluntários.

Além do fator final, é necessária também a existência de um fator normativo, que converta todas as condutas em uma única unidade de desvalor. Este fator normativo é extraído da consideração típica por via de interpretação, buscando-se a satisfação da justiça.

⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 4ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 725/726.

A sujeição criminal, refletida no castigo penal, imposta através de uma pena, tem uma função geral, qual seja, a de prevenir a prática de novos delitos e de resguardar o corpo social de novas ações dessa natureza. A sociedade é inteiramente atingida quando ocorre um crime, e os dessa espécie a atinge de forma mais contundente. Logo, a sociedade tem o direito de se levantar em peso contra o autor da conduta, clamando por uma punição justa.

O magistrado, por sua vez, ao exercitar o processo de incriminação, não deve utilizar o direito de punir como se fosse a vingança de um soberano; noutro passo, não deve utilizar o mesmo direito para privilegiar exclusivamente o acusado. Por essa razão, é imperioso que o cálculo da pena aplicada seja “sensível” e traduza o limite adequado e necessário para frear a ferocidade do hostil delinqüente.

Nos crimes de homicídio, por exemplo, o magistrado precisa levar em consideração que a ação delitígena viola um bem jurídico irreparável, com extensa repercussão na sociedade inteira. Causa ao corpo social extrema desordem e escândalo, além de gerar mau exemplo e incitar a prática de novos crimes, seja pelos mesmos autores ou por outros, bem como aguçar a possibilidade de generalização de crimes dessa natureza.

Segundo os ensinamentos de Michel Foucault, a pena tem a uma função social, devendo a punição olhar para o futuro, com o objetivo de prevenir a ocorrência de novas ações. Nesse sentido, é preciso punir exatamente o suficiente para impedir e desestimular. A pena deve ser calculada:

(...) em função não do crime, mas de sua possível repetição. Visar não a ofensa passada, mas a desordem futura. Fazer de tal modo que o malfetor não possa ter vontade de

Ainda discorrendo sobre a punição, Michel Foucault ressalta que um crime é cometido porque traz vantagens. Se a idéia do crime fosse ligada a idéia de uma desvantagem um pouco maior, ele deixaria de ser desejável. Enfatiza que a sanção só produzirá o efeito que se deve esperar dele se ultrapassar o bem que o culpado retirou em razão do crime. Portanto, diante de uma situação real onde o acusado retira duas vidas humanas e atenta contra outras três, há um grande desequilíbrio entre os bens retirados e ameaçados, quando comparado com a sanção imposta ao condenado, qual seja, a pena imposta no seu mínimo legal.

Esse direito é muito perigoso, porque deixa ver aos homens que o crime pode ser perdoado e que a punição não é sua continuação necessária, nutrindo neles uma verdadeira esperança da impunidade. Essa maneira de fazer justiça torna mais frágil o instrumento das leis que a esperança de impunidade.

No exercício da função jurisdicional, o juiz deve se comportar como “um piloto que navega entre os rochedos”. Nesse sentido, deve encontrar para um crime a punição que convém. Essa punição deve ensejar a idéia de desvantagem, que torne definitivamente sem atração a concepção de um delito. Outra não é uma das atuais preocupações do Poder Judiciário senão aperfeiçoar a função jurisdicional, procurando criar e difundir a cultura de que as decisões judiciais não só precisam estar balizadas pela lei, logo, verticalizadas na Ciência do Direito, mas também não pode se afastar do interesse social.

Com vistas a atingir este objetivo, a Escola Nacional

⁶FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 32ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 78.

de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) realizou o primeiro curso de sociologia judiciária para magistrados de todo o país, no mês de maio de 2010, na Capital Federal. O objetivo central do evento foi capacitar os magistrados a difundir e a aplicar, em suas atividades profissionais, os conhecimentos da sociologia judiciária.

Segundo a área acadêmica da ENFAM, as aulas pretendiam contribuir para que os magistrados não sejam apenas meros aplicadores do direito positivo, mas realmente sintam-se “preocupados com os impactos sociais, com a justiça e adequação social de suas decisões”⁷

Sobre o crime continuado deve-se, ainda, comentar acerca do patamar em que deve ser fixada a pena. Nesse sentido, é sabido que a pena deve ser necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime, nos termos do art. 59 do Código Penal Brasileiro. Em assim sendo, é de conhecimento que a individualização da pena é uma garantia constitucional. A lei penal, de forma abstrata, determina a quantidade mínima e máxima de pena a cada um dos crimes que descreve, permitindo certos agravamentos e atenuações, aumentos e diminuições, devendo caber ao juiz no caso concreto, dentro dos limites previamente estabelecidos e com observância dos aumentos e diminuições possíveis, adequá-la àqueles imperativos de necessidade e suficiência à reprovação e prevenção geral do crime.

É através da individualização da pena que se dá a cada um o que é seu. A individualização da pena representa a aceitação do princípio da isonomia na justiça distributiva. Na operação da dosimetria, devem ser observadas três fases. A primeira é a da fixação da pena-base. O método trifásico é de obrigatória aplicação na fixação

⁷Curso de Formação de Multiplicadores em Sociologia Judiciária, 2010, Brasília. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1771>. Acesso em: 27 mai. 2010.

da pena, notadamente quando superior ao mínimo legal, sendo nulas as decisões que o desatendem. O vício da individualização da pena não afeta a condenação, restringindo-se o pronunciamento da nulidade à dosagem da reprimenda.

Inicialmente deve ser examinada a culpabilidade do agente do delito, considerando-se sua saúde mental, consciência da ilicitude e poder-agir conforme o direito. É a circunstância de maior importância a ser apreciada pelo juiz. Além da culpabilidade, são considerados, como circunstâncias do agente, seus antecedentes, que são todos os fatos da vida passada, próximos ou remotos, sua conduta social, que é o modo como se relaciona com a comunidade, a família, o ambiente de trabalho, de lazer, sua personalidade, isto é, suas qualidades morais, sua índole, sua agressividade com a ordem social. Também funcionam como ingredientes da pena-base os motivos determinantes, as circunstâncias e conseqüências do crime e o comportamento da vítima.

O magistrado, dentro dos limites legais, tem um certo arbítrio para estabelecer a pena-base, não tendo qualquer obrigação em fixá-la no mínimo legal, exceto quando todas as circunstâncias judiciais forem inteiramente favoráveis ao réu. Se alguma circunstância legal prevista no artigo 59 do CPB não for favorável, a pena-base deverá afastar-se do mínimo cominado. Deve a pena-base afastar-se do mínimo legal também quando as características pessoais do agente e os aspectos objetivos do fato são de molde a despertar maior reprovação ético-social. Fixada a pena-base, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes. Finalmente, em uma terceira e derradeira fase, incidem as causas gerais e especiais de diminuição e de aumento. Somente quando não houver atenuantes ou agravantes, causas de diminuição ou de aumento, a pena-base será a pena definitiva.

Depois disso, o juiz deverá estipular o regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, e substituí-la, por multa ou pena restritiva de direitos, se a substituição for cabível. Com relação à exasperação da pena em sede de continuidade delitiva específica, dispõe o artigo 71, Parágrafo único, do Código Penal Brasileiro:

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Dessa maneira, observa-se que a pena aplicada ao crime mais grave pode ser aumentada em até o triplo; para tanto, devem ser consideradas as situações descritas no artigo 59, do Estatuto Repressor, bem como, a quantidade de crimes praticados. A esse respeito, expõe Julio Fabbrini Mirabete:⁸

(...) A incidência da regra contemplada no Parágrafo único do art. 71 do CP não é consequência automática do reconhecimento da continuidade entre delitos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, sendo certo que o Juiz deve levar em consideração, na fixação da pena no crime continuado, não apenas o número de infrações praticadas, mas também a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias relacionados à série continuada" (RJTACRIM 48/83).

Posicionou-se da mesma maneira o Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere da seguinte decisão:

Processo REsp 766451 / SP. RECURSO ESPECIAL

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 610.

2005/0109360-1. Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109). Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 12/09/2006. Data da Publicação/Fonte DJ 05/02/2007 p. 339. Ementa

PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS CONSUMADOS E TENTADOS. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO DA PENA. CRITÉRIOS PARA A EXACERBAÇÃO DA PENA.

I - Para a exacerbação da pena, em razão do crime continuado previsto no parágrafo único, do art. 71, do CP, considera-se não apenas o número de infrações cometidas, mas também as mesmas circunstâncias do art. 59 do estatuto repressivo (Precedentes do STJ).

II - Verificado, na espécie, que a fundamentação utilizada para a exasperação da pena, em razão do reconhecimento de crime continuado específico (art. 71, par. único, do CP), não se revela idônea, porquanto estabelecida fora dos parâmetros acima delineados.

III - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.

IV - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos. Recurso especial provido. Habeas corpus concedido de ofício tão somente para que seja afastado o óbice à progressão de regime.

Nesses moldes, para se chegar ao aumento de pena deve se considerar, principalmente, o número de crimes praticados. Assim, infere-se que, diante da prática de 05 (cinco) crimes dolosos contra a vida, o magistrado não pode exasperar a pena em somente 1/3, ou seja, em apenas 04 (quatro) anos de reclusão. A ocorrência de 05 (cinco) crimes dolosos contra a vida, em um só evento, é um acontecimento peculiar, que causa assombro em qualquer ser humano, uma vez que, estamos diante do bem maior que é a vida. No entanto, o posicionamento do magistrado demonstra uma verdadeira “cultura da indulgência”, considerando-se o fato de ter tratado tantos crimes dolosos contra a vida com menosprezo, haja vista ter rotulado os mesmos com a simplista denominação de “apenas cinco crimes”.

Dessa forma, ao considerarmos o assombroso número de 05 (cinco) crimes dolosos contra a vida, temos que o aumento realizado pelo magistrado, em apenas 1/3, ou seja, 04 (quatro) anos, ficou muito aquém do plausível. Aqui, verifica-se que para o réu foi muito vantajoso ter ceifado 02 (duas) vidas e ter tentado ceifar outras 03 (três), já que responderá como se apenas um crime tivesse praticado.

O CRIME DE FATO COMPENSA?

Uma lei penal contém um forte caráter de abstração de generalidade, por ser o seu elaborador incapaz de prever todas as possibilidades reais de situações que ensejariam a sua aplicação. Por isso, uma lei ao ser confrontada com uma determinada realidade social, pode se mostrar uma lei injusta, excessivamente rigorosa ou inadequada, surgindo, então, a necessidade de uma melhor adequação ou correção, através de um processo de interpretação condicionado pela realidade do meio social.

Voltando-se para o crime de homicídio, constata-se que a morte de um cidadão viola o princípio constitucional maior, que é o direito à vida. Sem vida nenhum outro direito, mesmo que significativo, pode ser reconhecido: direito à liberdade, à propriedade, à liberdade de escolha, à saúde, ao trabalho, etc. Logo, uma morte nos induz ao ápice da desordem social. Esse ato de violência não representa tão somente uma morte em família, de um amigo, de um ente querido, mas, sobretudo uma verdadeira e implacável morte social. Essa desordem, em pequenas ou em grandes proporções, das relações sociais patrocinadas pelo crime se constitui em tema que não pode ser desprezado, em razão da nobre função social das decisões judiciais.

A estatização política dissipou a vingança e consolidou o sistema de penas como forma de controlar os atos de

violência. Foi atribuído ao Estado-juiz, poder público autônomo e legítimo monopolizador da força repressiva dentro de um território, a incumbência de analisar e decidir sobre a aplicação de penalidades, depois de cessado o confronto entre o poder público e o causador da ação (processo). Esse processo é organizado de acordo com certas formalidades e funciona como elemento diferenciador entre a pena e a simples e pura violência.

Para nossas imediatas considerações o exame da reação jurisdicional, de interesse social ao comportamento desviante, não pode menosprezar o comportamento que provoca indignação moral, irritação, repugnância, aversão, asco ou outros sentimentos de rejeição. Esse comportamento deve ser percebido como antagônico ao comportamento percebido como “normal”, este predeterminado pelas estruturas sociais, segundo certos modelos de comportamentos, e vinculados ao papel e à posição de quem atua.

Um julgamento e o consequente processo de incriminação, em caso de condenação, devem envolver um sistema de informação eficiente e um processo de análise atencioso, embora falível. Esse processo de análise não deve ser influenciado pelo ânimo do julgador, pois este pode conduzir a julgamentos apressados e baseados em estereótipos. Falsas impressões e falsas convicções podem gerar julgamentos equivocados e estabelecer graves consequências, inclusive, promovendo verdadeiras rachaduras no sistema normativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. FILHO, Antônio Magalhães Gomes. *As nulidades no processo penal*. 5 ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Código Penal Interpretado*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 4ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002

SUBVENÇÃO PARLAMENTAR *

Augusto César Leite de Resende**

Sumário: 1 Introdução – 2 Teoria da Separação dos Poderes – 3 Subvenção Parlamentar – 4 Conclusão – 5 Bibliografia.

I - INTRODUÇÃO

A Assembléia Legislativa do Estado de Sergipe transfere recursos públicos, a título de subvenção parlamentar, do orçamento geral do Estado, para Prefeituras Municipais e entidades beneficentes reconhecidas e declaradas, mediante lei ordinária estadual, de utilidade pública. As entidades contempladas com a verba de subvenção parlamentar são indicadas pelos Membros do Poder Legislativo Sergipano, por meio de emenda parlamentar, por ocasião da elaboração da lei orçamentária.

A Lei N.º 5.210/2003 do Estado de Sergipe dispõe sobre a destinação de subvenções pela Assembléia Legislativa do Estado de Sergipe a Prefeituras Municipais e entidades de caráter assistencial. Com efeito, o retro citado diploma legal autoriza o Poder Legislativo

*Prêmio de Menção Honrosa no Concurso de Melhor Arrazoado Jurídico 2010. Categoria Membro do Ministério Público.

**Promotor de Justiça Especial de São Cristóvão/SE. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo na Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Especialista em Direito Público pela Universidade Sul de Santa Catarina

Estadual a conceder subvenção parlamentar a instituições de caráter assistencial indicadas por Deputados Estaduais, uma vez atendidas as disposições contidas na Lei Estadual Nº. 2.775/89 e reconhecidas de utilidade pública e que estejam registradas no Conselho Estadual ou Municipal de Assistência Social, ou mediante atestado firmado pelo Juiz de Direito, Promotor de Justiça ou Prefeito Municipal onde a Instituição beneficiada estiver sediada. A propósito, vejamos o inteiro teor da mencionada lei estadual :

Art. 1º. As subvenções, aprovadas pela Assembléia Legislativa do Estado de Sergipe em Lei Orçamentária e destinadas a instituições de caráter assistencial obedecerão, na sua distribuição, aos critérios estabelecidos nesta Lei, uma vez atendida as disposições contidas na Lei Estadual nº 2.775, de 22 de dezembro de 1989 e suas alterações.

Art. 2º. A assistência social, objeto das subvenções, oriundas de emenda parlamentar, à Lei de Orçamento do Estado, tem, preferencialmente, e respeitados os estatutos de suas respectivas entidades, por objetivos:

I - assistência à saúde;

II - assistência à educação, cultura, esporte e lazer;

III - amparo aos carentes, deficientes ou não de qualquer idade;

IV - promoção da integração ao mercado de trabalho;

V - proteção à família, à maternidade, à infância e à velhice.

Art. 3º. Somente poderão ser destinatárias de subvenção parlamentar as Prefeituras Municipais ou as Instituições reconhecidas de Utilidade Pública e que estejam registradas no Conselho Estadual ou Municipal de Assistência Social, ou mediante atestado firmado pelo Juiz, Promotor ou Prefeito Municipal onde a Instituição estiver sediada.

Parágrafo único. Somente serão inscritas na Lei Orçamentária, para receber verbas de subvenções, a

partir de janeiro de 2004, as entidades que atenderem os requisitos constantes no caput deste artigo.

Art. 4º. As Prefeituras Municipais e as Entidades Assistenciais contempladas com a concessão de subvenções, deverão apresentar a Assembléia Legislativa, requerimento e plano de aplicação dos recursos que lhes forem destinados, sob pena de não receberem os mesmos.

Parágrafo único. Os valores que forem objeto de emenda a Lei Orçamentária, cujos os planos de aplicação e requerimento não forem apresentados até 30 de novembro do ano a que se refere o orçamento, não ficarão gravados em Restos a Pagar nos Exercícios Futuros.

Art. 5º. A Prefeitura Municipal ou a Instituição que receber subvenção parlamentar prestará obrigatória e anualmente à Assembléia Legislativa, conta das aplicações objeto das subvenções, prestação esta que será remetida ao Tribunal de Contas do Estado para a devida análise.

Parágrafo único. Na ocorrência de irregularidades de ordem insanável, deverá o Tribunal de Contas apresentar relatório sugerindo ou não que esta Instituição deixe de receber recursos de subvenção no exercício financeiro imediatamente seguinte ao que está sendo apurado, além das medidas cabíveis de ordem legal.

Art. 6º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º. Revogam-se as disposições em contrário.

Aracaju, 12 de dezembro de 2003; 182º da Independência e 115º da República.

JOÃO ALVES FILHO

Qual a resposta para a seguinte indagação: “É constitucional a concessão de subvenção a entidades de utilidade pública diretamente pelo Poder Legislativo?”

II – TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A teoria da separação dos Poderes trata-se de verdadeiro princípio geral do Direito Constitucional, alicerce jurídico e político de proteção aos direitos fundamentais, consagrado há muito como dogma constitucional pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, tradicionalmente, acolhida pelo constitucionalismo brasileiro.

A teoria da “Tripartição de Poderes”¹ começou a ser construída por Aristóteles, em sua obra “Política”, onde o filósofo grego identificou três funções básicas e distintas exercidas pelo Estado, quais sejam: edição de normas, aplicação destas normas e julgamento, concentrando, no entanto, tais função unicamente no monarca, o que dava margem à tirania e ao cerceamento da liberdade humana.

Em 1748, o aristocrata Charles-Louis de Secondat, senhor de La Bredé e Barão de Montesquieu aprimou, em seu célebre livro “O Espírito das Leis”, a Teoria da Separação dos Poderes idealizada por Aristóteles, através da distribuição das funções do Estado a órgãos distintos, autônomos e independentes, comumente conhecidos como Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, com vistas a enfraquecer o poder do monarca, numa clara contraposição às monarquias absolutistas da Europa, *“refreando assim a concentração de sua titularidade num único órgão ativo da soberania”*².

No entanto, a teoria de Montesquieu, na forma

¹ Ressalte-se que a terminologia “tripartição de poderes” é equivocada, uma vez que o poder estatal é uno e indivisível. O que ocorre, na verdade, é uma distribuição de funções do Estado entre órgãos distintos e independentes uns dos outros, visando otimizar a atividade do Estado e evitar abuso de poder do governante. No entanto, empregaremos o termo “tripartição de poderes” no presente trabalho porque é de uso tradicional e comum na literatura jurídica nacional.

² Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 555.

como foi concebida pelo escritor francês, não proporcionava uma perfeita harmonia entre os três Poderes, uma vez que os respectivos Poderes somente podiam exercer suas funções típicas. Vale dizer: o Poder Executivo somente administrava, o Poder Legislativo somente editava normas jurídicas e o Poder Judiciário só julgava, não lhes sendo permitidas exercer as atribuições próprias dos demais Poderes, daí porque as expressões Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário são termos de sentido duplo, pois indicam as funções legislativa, executiva e jurisdicional do Estado e os respectivos órgãos estatais.

A função legislativa consiste na edição de normas jurídicas gerais, abstratas e impessoais e inovadoras do ordenamento jurídico. A função jurisdicional tem por objeto a solução de conflitos de interesses, mediante a aplicação do direito ao caso concreto. Por fim, a função executiva alberga a função administrativa através da intervenção, fomento e serviço público³.

Após a teoria de Montesquieu, surge o Sistema de Freios e Contrapesos (Teoria do Checks and Balances), autorizando aos Poderes do Estado a exercerem funções atípicas, isto é, funções próprias dos dois outros Poderes, com a finalidade precípua de proporcionar a eficiência estatal e de assegurar a harmonia entre os Poderes e o livre exercício de suas funções típicas, sem que um Poder exerça ingerência ou supremacia sobre os demais. Institui um verdadeiro sistema de controle recíproco entre os Poderes do Estado.

No entanto, registre-se que o exercício atípico das funções administrativa, legislativa e judiciária do Estado somente pode ser realizado nos casos e na forma expressamente previstas na Constituição Federal. Com efeito, o princípio da separação dos Poderes,

³Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 109.

consagrado no art. 2º da Carta Magna, não permite o exercício de funções impróprias/atípicas ou a delegação das funções próprias/típicas, sem autorização constitucional, haja vista que *“os limites e exceções ao princípio decorrem de normas que comporta pesquisar no texto constitucional”*⁴.

Pedro Lenza, in *Direito Constitucional Esquematizado*, 13 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 338-339, leciona que *“além do exercício de funções típicas (predominantes), inerentes e insitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos)...mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário”* (grifo nosso).

Assim, cumpre ao Poder Legislativo, no exercício de suas funções típicas, as atribuições legislativa e fiscalizatória, admitindo-se, excepcionalmente, o exercício atípico da função administrativa e da função jurisdicional do Estado, nos casos taxativa e expressamente previstos na Constituição Federal.

III – SUBVENÇÃO PARLAMENTAR

A definição e identificação da função administrativa do Estado apresenta inúmeras dificuldades, diante da grande multiplicidade de atividades do Poder Executivo. Contudo, é possível se aquilatar um significado mínimo do que venha a ser função administrativa.

⁴Silva, José Afonso da. Ob. Cit., p. 111.

Celso Antônio Bandeira de Melo leciona a existência de dois critérios utilizados para caracterizar as funções do Estado: o orgânico ou subjetivo e o material ou substancial. O critério orgânico se propõe a identificar as funções estatais a partir de quem a produz e o objetivo leva em conta a natureza da atividade em si e não do “sujeito” que a desenvolve⁵.

O critério orgânico, também chamado de subjetivo, não pode prosperar porque as atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais não são apenas e tão somente aquelas desenvolvidas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, respectivamente. Vale dizer: a função executiva não é somente aquela exercida pelo Poder Executivo, a função legislativa não é só a atividade desenvolvida pelo Poder Legislativo e a função jurisdicional não é única e exclusivamente exercida pelo Poder Judiciário.

A atividade administrativa é preponderantemente exercida pelo Poder Executivo, mas também desenvolvida pelos Poderes Legislativo e Judiciário. A função legislativa é própria do Poder Legislativo, mas igualmente exercida pelos Poderes Executivo e Judiciário e, finalmente, a função judicial é exercida excepcionalmente pelos Poderes Executivo e Legislativo.

De fato, o Poder Executivo exerce a atividade legislativa quando o Presidente da República, autorizado pelos artigos 62 e 84, inciso VI, da Constituição Federal, edita medidas provisórias com força de lei ou expede decretos autônomos com o objetivo de extinguir cargos públicos vagos.

O Poder Legislativo, por sua vez, exerce a atividade administrativa ao realizar licitações e formalizar contratos

⁵Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 32-33.

administrativos, por exemplo. Do mesmo modo, o Poder Judiciário investe-se na função administrativa do Estado ao realizar concursos públicos, nomear e empossar seus Magistrados e servidores.

Em verdade, as funções do Estado devem ser identificadas a partir da natureza intrínseca da atividade estatal exercida, independentemente de qual órgão ou Poder a desenvolve. Nesse diapasão, o professor Celso Antônio Bandeira de Melo leciona que, *in verbis*:

“Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário”⁶.

Desse modo, pode-se definir, de forma específica, que a atividade administrativa abrange o fomento, a polícia administrativa e o serviço público⁷. No presente estudo, interessa-nos o fomento.

A atividade de fomento representa verdadeira função administrativa do Estado, na medida em que abrange o incentivo econômico a entidades do setor privado consideradas de utilidade pública. A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸, citando Fernando Andrade de Oliveira (RDA 120/14) indica as seguintes atividades como sendo de fomento, *in verbis*:

a) auxílios financeiros ou subvenções, por conta dos orçamentos públicos;
b) financiamento, sob condições especiais, para a construção de hotéis e outras obras ligadas ao

⁶Mello, Celso Antônio Bandeira de. Ob. Cit., p. 36.

⁷Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed.. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 54.

⁸*Direito Administrativo*. Ob. Cit., p. 55.

desenvolvimento do turismo, para a organização e funcionamento de indústrias relacionadas com a construção civil, e que tenham por fim produção em larga escala de materiais aplicáveis na edificação de residências populares, concorrendo para seu barateamento;
c) favores fiscais que estimulem atividades consideradas particularmente benéficas ao progresso material do país;
d) desapropriações que favoreçam entidades privadas sem fins lucrativos, que realizem atividades úteis à coletividade, como clubes desportivos e as instituições beneficentes.

José Eduardo Sabo Paes ensina que as subvenções e auxílios destinadas a entidades privadas sem fins lucrativos deve ser captadas através da *“alocação ao orçamento geral da União (ou dos Estados, Municípios ou Distrito Federal, conforme o caso) consignando estes por dotação específica sob as modalidades de transferência corrente e transferência de capital”*⁹. Portanto, alocadas e consignadas no orçamento geral do Poder Executivo.

A propósito, subvenção social é a transferência corrente de recursos financeiros destinadas a cobrir despesas de custeio de entidades públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa (art. 12, § 3º, inciso I, da Lei 4.320/64)¹⁰.

De fato, as subvenções sociais constituem suplementações de recursos do Estado a empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades privadas sem fins lucrativos que tenham por objetivo a prestação de serviços na áreas de assistência social, médica e educacional.

Como se vê, a transferência voluntária de auxílios, contribuições e subvenções sociais a entidades privadas de utilidade pública, isto é, a entidades da iniciativa privada, sem fins lucrativos,

⁹Paes, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social*. 7 ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 740.

¹⁰Furtado, J. R. Caldas. *Elementos de Direito Financeiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 184.

que desenvolvam atividades de interesse geral da sociedade como, por exemplo, ligadas à educação, saúde, assistência social, tecnologia, cultura, esporte etc caracteriza típico exercício da função administrativa do Estado, especificamente a atividade de fomento.

In casu, a Lei N.º 5.210/2003 do Estado de Sergipe autoriza o Poder Legislativo Estadual a conceder subvenção parlamentar a instituições de caráter assistencial indicadas por Deputados Estaduais, ou seja, autoriza a Assembléia Legislativa do Estado de Sergipe a exercer típica função administrativa de fomento consistente na concessão de auxílio financeiro, a título de subvenção social, a entidades filantrópicas reconhecidas de utilidade pública.

No entanto, a Constituição Federal não outorgou ao Poder Legislativo a faculdade de exercer, ainda que atípica e excepcionalmente, atividade de fomento consistente na concessão de transferências voluntárias, a título de subvenções, contribuições ou auxílios a entidades beneficentes, mediante execução orçamentária própria e decorrente de proposta formulada por parlamentar. Em suma, não há autorização constitucional para que os Poderes Legislativos, das três esferas de governo, concedam subvenções a entidades assistenciais.

O Supremo Tribunal Federal, ainda sob a égide da Carta Constitucional de 1967, asseverou a inconstitucionalidade material de lei estadual que atribuiu ao Poder Legislativo do Estado a execução orçamentária, referente a concessão de subvenções a entidades assistenciais, conforme se depreende do julgado abaixo relacionado:

"Subvenção. Orçamento. Sua execução cabe, em regra, ao Poder Executivo. Inconstitucionalidade de lei do Estado de Minas Gerais, segundo a qual o próprio legislativo mineiro se atribuiu a execução orçamentária, na parte relativa as subvenções resultantes de propostas dos Deputados.

Sendo assim, é flagrantemente inconstitucional a destinação de subvenções pelo Poder Legislativo a entidades de caráter assistencial, por ser uma atividade típica do Poder Executivo e não haver, como acima analisado, previsão constitucional de seu exercício pelo Poder Legislativo.

IV – CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se que o exercício atípico das funções administrativa, legislativa e judiciária do Estado somente pode ser realizado nos casos e na forma expressamente previstas na Constituição Federal porque o princípio da separação dos Poderes, consagrado no art. 2º da Carta Magna, não permite o exercício de funções impróprias/atípicas ou a delegação das funções próprias/típicas, sem autorização constitucional.

A transferência voluntária de auxílios, contribuições e subvenções sociais a entidades privadas de utilidade pública, sem fins lucrativos, que desenvolvem atividades de interesse público caracteriza típico exercício da função administrativa do Estado.

A Constituição Federal não outorgou ao Poder Legislativo o exercício atípico da atividade administrativa de fomento, consistente na concessão de subvenções a entidades filantrópicas, sem fins lucrativos, que prestam serviços de assistência social, saúde ou educação, por exemplo, cuja atribuição é exclusiva e indelegável do Poder Executivo.

Nesse contexto, conclui-se, finalmente, que a Lei Estadual N.º 5.210/2003 transgrediu o princípio da separação dos Poderes, consagrado no art. 2º da Constituição da República, mediante a usurpação das atribuições do Poder Executivo, ao permitir o Poder Legislativo do Estado de Sergipe a conceder diretamente subvenções a instituições de caráter assistencial, indicadas por Deputado Estadual, vez que tal tarefa de fomento é atribuição típica do Poder Executivo, não havendo, repita-se, previsão constitucional para o Poder Legislativo exercer tal parcela da função administrativa.

V – BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

CARVALHO, Raquel de Melo Urbano. *Curso de Direito Administrativo*. 2ed. Salvador: Editora Podivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4. ed. Niterói: Editora Impetus, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Editora Método, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Terceiro Setor, Empresas e Estado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse*

Social. 7 ed. São Paulo: Editora Forense, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

SILVA, Maria das Graças Bigal Barboza da. *Terceiro Setor: Gestão das Entidades Sociais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

O DIREITO FUNDAMENTAL AUTORAL E A PROTEÇÃO DA CRIAÇÃO INTELLECTUAL*

Petrúcio Lopes Casado Filho**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos; 2.1. A História do Conceito e Surgimento dos Direitos Humanos; 2.2. Mecanismos de Proteção dos Direitos Humanos; 3. A Proteção Internacional dos Direitos Autorais; 3.1. O Processo Evolutivo do Direito Autoral e sua Proteção em Âmbito Internacional; 3.2. A Proteção do Direito Fundamental Autoral no Brasil; 3.3. A Relevância da Proteção do Direito Autoral; 4. Aspectos Controversos da Proteção da Criação Intelectual; 4.1. O Movimento Copyleft; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Autoral, sendo ramo da Propriedade Intelectual, é tema de interesse não só da seara jurídica, mas de diversas outras áreas, como da comunidade artística, do jornalismo, da música, da informática, das ciências naturais. Isso porque o assunto tratado por aquele direito envolve aspectos morais e patrimoniais sobre a obra criada por todas as pessoas envolvidas no processo de criação intelectual.

Desde os primórdios da proteção autoral, considerou-se que esse ramo do saber deveria ser classificado como essencial para a

*Primeiro Lugar no Concurso Melhor Arrazoado Jurídico 2010. Categoria Servidor do Ministério Público.

**Analista do Ministério Público de Sergipe, Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas.

vida do ser humano e para o desenvolvimento da sociedade nos campos da cultura, ciências e educação. Por isso mesmo, é o Direito Autoral qualificado na categoria de Direitos Humanos, no âmbito internacional; e na categoria de Direitos Fundamentais, no plano interno dos Estados, inclusive do Brasil.

Por conta disso, no presente artigo, primeiramente, discutir-se-á acerca da teoria geral dos Direitos Humanos, como eles surgiram, a problemática envolvendo sua terminologia e conceituação, passando-se a investigar os mecanismos de proteção internacional desses direitos, o que fez com que eles adquirissem características de direitos universais, devendo ser respeitados tanto no nível vertical, nas relações indivíduo-Estado, como no nível horizontal, nas relações indivíduo-indivíduo.

Em seguida, serão abordados os aspectos da proteção específica dos Direitos Autorais, tanto no mundo como no Brasil, dando-se destaque à relevância desse direito ser considerado como humano e fundamental.

Por fim, tratar-se-á dos aspectos controversos envolvendo a proteção dos Direitos Autorais, principalmente no que tange à excessiva proteção patrimonial consagrada na doutrina do *Copyright*, ocorrendo, por conta disso, em alguns casos, um cerceamento do acesso à educação, conhecimento e cultura. A pergunta central do problema é: até que ponto a proteção da criação intelectual favorece o Direito Autoral?

2. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 A HISTÓRIA DO CONCEITO E SURGIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Antes de se traçar um panorama geral sobre o surgimento e a positivação dos Direitos Humanos no mundo, que são aspectos teóricos que vão dar maior consistência à proteção internacional de tais direitos, faz-se mister tratar do primeiro ponto controverso acerca dos Direitos do Homem, qual seja, sua nomenclatura e conceituação.

Há certa variedade doutrinária acerca da terminologia dos Direitos Humanos, sendo empregadas expressões como Direitos Naturais, Direitos Individuais, Direitos Públicos Subjetivos, Liberdades Fundamentais, Liberdades Públicas, Direitos do Homem, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais (SILVA, 2002, p. 175-178). Diante dessa multiplicidade terminológica, convém estudar a diferença e o significado dos termos.

Inicialmente era mais usada a designação Direitos Naturais, pois essa categoria de direitos era tida como universal e imutável, tratando de direitos inerentes à natureza do homem, enquanto criado à imagem e semelhança de Deus ou enquanto ser racional. Depois que tais direitos passaram a ser positivados, deixou-se de lado essa denominação.

A expressão Direitos Individuais é mais usada para tratar do indivíduo quando este é considerado de maneira isolada. Traz

correlação com os direitos civis, refletindo a filosofia individualista do pensamento liberal que carregou as primeiras declarações de direitos no séc. XVIII.

Já os termos Direitos Públicos Subjetivos, Liberdades Fundamentais e Liberdades Públicas são expressões que estão ligadas à concepção de Estado Liberal. A crítica que se faz a tais designações é que, por estarem se referindo a Estado Liberal, ou seja, não-interventivo, não se estariam englobando os Direitos Fundamentais coletivos, que dependem de uma prestação positiva do Estado, além de passar a falsa impressão de que, por serem subjetivos, poderiam ser livremente dispostos pelos seus titulares (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 518-519).

As terminologias mais usadas na doutrina brasileira são Direitos Humanos (ou Direitos do Homem) e Direitos Fundamentais (ou Direitos Fundamentais do Homem). Canotilho (1998, p. 359) explica que a primeira expressão relaciona-se aos valores trazidos por esses Direitos em âmbito internacional, possuindo validade em todas as nações e em qualquer tempo; ao passo que a designação Direitos Fundamentais seriam os Direitos Humanos positivados em âmbito interno, nas constituições dos países. Nesse mesmo sentido (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 520; NOVELINO, p. 152)¹.

Com relação à conceituação dos Direitos Humanos tem-se a lição de Robert Alexy (2003, p. 24-ss), em que os Direitos Humanos podem ser conceituados em três concepções: formal, material e procedimental. Segundo o autor alemão, os Direitos Fundamentais são todos os direitos catalogados expressamente como tais pela própria constituição. Assim, a definição formal se basearia na normatividade de direito positivo dos Direitos Fundamentais. Porém, argumenta ele que

¹Neste trabalho irão ser usadas as expressões Direitos Humanos e Direitos Fundamentais no sentido explicado pela melhor doutrina, como afirmado acima, a primeira em relação aos Direitos em nível internacional; e a segunda no plano interno.

não basta uma positivação para o direito ser fundamental, devendo existir conjuntamente a isso um conceito material. Esse aspecto material guardaria relação com a ideologia de cada nação, com os valores e princípios que a constituição consagrasse, tendo cada Estado seus Direitos Fundamentais específicos. Já a concepção procedimental diz respeito ao fato de que mecanismos jurisdicionais devem ser atrelados aos Direitos Fundamentais para uma efetiva concretização.

José Afonso da Silva (2002, p. 178) conceitua de maneira ímpar os Direitos Fundamentais do Homem ao dizer que esses direitos reservam

No nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele (o ordenamento jurídico) concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo fundamentais, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Os Direitos Humanos são desejáveis, importantes e bons porque sua negação, seu não reconhecimento afronta os valores da dignidade da pessoa humana. Boas razões devem ser buscadas para justificar a proteção dos Direitos Humanos e essas boas razões devem ser boas para todos os homens. As justificativas para a proteção deles devem ser éticas, racionais e com a pretensão de serem os Direitos Humanos universalizados num momento histórico concreto.

Os Direitos Humanos não terão plena efetividade se não forem reconhecidos, convertidos em normas jurídicas e garantidos

também juridicamente. Daí a importância de serem eles expressos em declarações universais e positivados nas constituições dos Estados, para que o sujeito desses direitos possa vê-los protegidos com maior força.

2.2 MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Explicados anteriormente o conceito e os fundamentos dos Direitos Humanos, passa-se a analisar o modo como esses direitos ganharam dimensão internacional e universal, passando a ter mais força para poderem ser concretizados junto aos seus titulares.

O primeiro passo dado no desenvolver dos Direitos Humanos foi, sem dúvida alguma, as primeiras Declarações do séc. XVIII (a Declaração da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na Revolução Francesa). Isso sem falar em outros precedentes como o foram as Declarações inglesas (*Magna Cartum* – 1215; *Petition of Rights* – 1628; *Habeas Corpus Act* – 1679 e o *Bill of Rights* – 1688).

Porém, com relação à efetiva internacionalização dos Direitos Humanos, os primeiros antecedentes históricos foram o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (PIOVESAN, 2009, p. 111-118).

O Direito Humanitário eram regras aplicadas quando da ocorrência de guerras, em que os Estados deveriam respeitar os Direitos Humanos dos civis e dos militares já fora de combate.

A Liga das Nações, fundada imediatamente após o fim

da Primeira Guerra Mundial, tinha como objetivo a promoção da paz, cooperação e segurança mundiais, estabelecendo sanções econômicas e militares aos Estados que tentassem agredir a estabilidade territorial e política dos membros da Liga.

A Organização Internacional do Trabalho, criada também com o fim da Primeira Grande Guerra, veio a contribuir com a internacionalização dos Direitos Humanos, na medida em que estabelecia padrões internacionais mínimos de dignidade nas condições laborais.

Contudo, somente após o término da Segunda Guerra Mundial é que os Direitos Humanos se consolidam como direitos universais. O massacre do “holocausto”, em que os ideais nazistas pregavam que somente determinada raça era digna de ser titular de direitos, fez com que o mundo refletisse sobre essa barbárie e criasse instrumentos para evitar futuros genocídios.

Assim, em 1945, surge a Organização das Nações Unidas e, logo após, em 1948, é adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A ONU foi criada com três propósitos fundamentais, no sentido de realizar uma nova gestão de relações internacionais na manutenção da paz e segurança internacional, na cooperação nos campos social e econômico e na promoção dos Direitos Humanos em escala universal. O órgão responsável pela difusão e proteção dos Direitos Humanos é o novo Conselho dos Direitos Humanos, criado em 2006.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos

consagrou valores universais para guiar os Estados na promoção desses direitos. Ela trouxe como requisito único para ser titular de Direitos Humanos a condição de ser pessoa. Foram reunidos diversos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, valorizando os princípios da igualdade e liberdade como suportes da dignidade da pessoa humana. Os direitos nela explanados formam um conjunto “integral, único e indivisível, no qual os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si” (PIOVESAN, 2009, p.135-136).

A reiteração da Declaração de 1948 aconteceu na Conferência de Viena, em 1993, quando 171 Estados assumiram o compromisso de reconhecer os Direitos Humanos como universais e alargar sua proteção não apenas no plano interno de uma nação, mas sim como uma preocupação de toda comunidade internacional.

Com a internacionalização dos Direitos Humanos, repensou-se o conceito de soberania estatal, destacando-se mudanças na ampliação da titularidade desses direitos, já que agora cidadãos de qualquer nacionalidade ou que residam nos diversos lugares do mundo são sujeitos de tais direitos (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p.40-41).

Houve também a possibilidade de responsabilização dos Estados que desrespeitem os Direitos Humanos ou desvalorizem as pessoas quanto à conservação de sua dignidade, através de fiscalizações e julgamentos feitos por comissões, tribunais e outras autoridades internacionais.

Além disso, houve uma forte politização do assunto proteção dos Direitos Humanos, fazendo com que o Estado considere o tratamento que é dado aos seus súditos não como uma matéria de

interesse intrínseco apenas a ele, mas sendo sim uma responsabilidade de preocupação internacional.

O que se deve ter em conta, porém, como disse Bobbio (2004, p. 43) é que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. Assim, com esta afirmação vislumbra-se que os percalços para uma real concretização dos Direitos Humanos são encontrados dentro de cada Estado, devendo ser adotadas políticas públicas adequadas que concretizem o objetivo maior dos Direitos Humanos: garantir uma vida digna a todos.

No Brasil, com a promulgação da Constituição cidadã de 1988, vale ressaltar a importância que foi dada à dignidade da pessoa humana, sendo calcada a princípio fundamental do Estado brasileiro, passando a ser o parâmetro a permear a interpretação do sistema constitucional e de todo o ordenamento jurídico.

Outro grande passo dado pela nova ordem constitucional foi a declaração de um extenso rol de Direitos e Garantias Fundamentais no art. 5º, além de outros espalhados no transcorrer do texto e o mais importante: a previsão de que os direitos e garantias expressos na Carta não excluiriam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fosse parte². Com isso, seguindo uma política de congruência com os mecanismos de proteção internacional dos Direitos Humanos, a constituição colocou as normas de Direitos Humanos internacionais em patamar de norma constitucional.

O Brasil se tornou signatário dos principais tratados e convenções de Direitos Humanos, demonstrando efetivamente que a

²Art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988.

dignidade da pessoa humana é valor fundamental no ordenamento do país. Com isso, como bem ressalta a professora Flávia Piovesan, em seu livro *Temas de Direitos Humanos* (2009, p. 41) “o conceito de cidadania se vê, assim, alargado e ampliado, na medida em que passa a incluir não apenas direitos previstos no plano nacional, mas também direitos internacionalmente enunciados”.

3. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS AUTORAIS

3.1 O PROCESSO EVOLUTIVO DO DIREITO AUTORAL E SUA PROTEÇÃO EM ÂMBITO INTERNACIONAL

A atividade intelectual é inerente ao ser humano e, por isso mesmo, desde os primórdios da humanidade já havia desenvolvimento dos frutos do intelecto humano. Porém, só há que se falar em proteção desses frutos, modestamente, a partir da Antiguidade Clássica, quando se passou a ter meios de reproduzi-los e disseminá-los (SOUZA, 2006).

Na Grécia Antiga, os filósofos eram pessoas reconhecidas justamente por conta do que escreviam. A partir de seus escritos, desenvolviam atividades que os remuneravam. Não existia propriamente algum tipo de Direito Autoral, mas já havia valorização social pelo fato de serem os filósofos escritores.

Na Roma Antiga, diz-se que possivelmente podia haver pleito de reparação por parte dos escritores que sofressem eventuais danos morais, através da chamada *actio injuriarum*, por

exemplo, nos casos de plágio ou uso indevido de nome. Também era garantida, através da acessão, a propriedade do objeto físico ao autor cuja obra estivesse representada.

Durante a Idade Média, a reprodução das invenções autorais ocorria com mais intensidade nos monastérios com a finalidade de transmissão de ensinamentos religiosos. No entanto, era proibida a divulgação da autoria, o que não ajudou a evolução dos Direitos Autorais. Ao lado das publicações religiosas, também eram produzidas, nessa época, escritos políticos, cujo valor essencial era o reconhecimento da autoria e sua difusão.

Com a invenção do tipógrafo por Gutenberg, por volta de 1436, e uma maior disseminação do papel a partir de 1490, juntamente com a explosão cultural da Renascença, já no início da Era Moderna, houve uma intensificação da produção literária e sua consequente reprodução em livros.

O papel dos editores foi de fundamental importância nessa época, pois através dos privilégios³ concedidos a eles, ocorreu com mais facilidade a divulgação das obras clássicas e a disseminação da erudição. No final do séc. XVII, surgiu um conflito entre autores e editores, vindo os privilégios a serem extintos posteriormente, sendo substituídos pelo Direito de Autor.

O principal privilégio dado aos editores recebeu o nome de *copyright*⁴. Tratava-se de uma ferramenta governamental eficiente em favor da realeza, pois os escritos eram censurados e manipulados de modo que a favorecessem.

Já nessa época, começou a surgir a pirataria,

³Os privilégios consistiam em direitos de exclusividade na reprodução e distribuição de material impresso por tempo determinado, porém renovável.

⁴Expressão em inglês que significa, literalmente, direito de cópia.

proporcionando idênticas obras a valores bem mais acessíveis. Para combatê-la, foi criado pelos ingleses o *Licensing Act*⁵, em 1586, possibilitando um controle ainda mais intenso do que já existia.

Com a pressão cada vez maior dos autores reivindicando seus direitos, foram extintos os monopólios e a censura da *Stationers Company*⁶ na Inglaterra, em 1710, com a promulgação do *Statute of Anne* da Rainha Ana da Grã-Bretanha, incentivando a produção artístico-literária e regulamentando alguns aspectos referentes às publicações. Possibilitou-se a edição de livros nos próprios nomes dos autores, afastando esses do anonimato, extinguiu-se a perpetuidade dos direitos das companhias editoriais e reconheceu-se formalmente o *copyright*. Neste regime o que mais se ressaltou foi o aspecto patrimonial do direito de cópia, trazendo a noção de propriedade à criação intelectual.

Na França, os privilégios também existiam para os editores em detrimento dos autores. Mas os ideais de igualdade e liberdade da revolução francesa ajudaram a mudar a proteção em favor dos escritores, dando resguardo aos Direitos Morais Autorais. Em 1791 foram assegurados os direitos de representação, englobando também as obras de músicos, atores, pintores e outros artistas. Já em 1793, consagrou-se a expressão *Droit d'Auteur*, caracterizando-se “fundamentalmente pelo aspecto unitário (monista) dos direitos autorais, sem o dualismo entre direitos morais e patrimoniais” (FRAGOSO, 2009, p.68).

Estava alicerçada a base dos Direitos Autorais. E assim como os Direitos Fundamentais possuem diversas nomenclaturas para

⁵Decreto Inglês publicado em 1586 e ampliado em 1662 que coibia a impressão de qualquer livro não registrado devidamente.

⁶Companhia editorial vinculada à monarquia inglesa que detinha o monopólio sobre tudo o que era publicado, numa tentativa de censurar o que não conviesse à Corte.

defini-los, com os Direitos Autorais não é diferente, ocorrendo o uso dos termos Direito de Autor, Direitos de Autor, Direito Autoral e Direitos Autorais.

Allan Rocha de Souza (2006, p. 240) prefere a terminologia Direitos Autorais por enquadrar tanto interesses individuais e coletivos do respectivo direito. Para ele, as expressões Direito Autoral, Direito do Autor e Direitos do Autor exprimem uma racionalidade individualista, privatista e exclusivista, o que deve ser afastado, pois os Direitos Autorais devem exercer também uma função social para a coletividade. Neste trabalho há a concordância com o pensamento de Allan Souza, porém os termos serão usados como sinônimos para definir esse ramo do direito “que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais e estéticas compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências” (BITTAR, 2005, p. 8).

Quanto à proteção internacional dos Direitos Autorais, observa-se que a globalização das relações econômicas causou impacto no que tange ao Direito da Propriedade Intelectual, já que, como visto acima, a criação passou a ser considerada uma propriedade do criador. O Direito Internacional Autoral teve como consequência, então, a projeção de interesses comerciais de cada Estado, em razão das nações mais avançadas em produção intelectual quererem salvaguardar os interesses de seus criadores em nível mundial.

Tornou-se extremamente necessária a criação de um sistema protetivo para autores de um determinado país e que os direitos sobre sua criação fossem respeitados também fora dos limites de seu Estado. Assim, os instrumentos criados para tanto são as convenções e tratados, bilaterais ou multilaterais, e outras convenções.

Os principais tratados internacionais de proteção aos Direitos Autorais começaram a ser assinados no final do séc. XIX. A professora Carla Eugênia Caldas Barros (2007, p. 128-ss) acentua que em 1886, foi assinada a Convenção de Berna com o intuito de proteger os Direitos Autorais de obras artísticas e literárias, contando hoje com a adesão de 164 Estados. Destaca-se tal acordo pela exclusividade que confere ao autor para opor *erga omnes* os direitos de utilização de sua obra. É importante também a garantia que é dada ao autor de se opor contra qualquer alteração da obra original, além de prescrever a inalienabilidade e irrenunciabilidade quanto aos direitos de paternidade da obra. Essa convenção até hoje “é o instrumento-padrão para o Direito de Autor” (FRAGOSO, 2009, p. 84), principalmente porque realça características da corrente francesa do *Droit d'Auteur*, uma vez que valoriza o Direito Moral Autoral.

Em 1952, a Convenção Universal sobre Direitos de Autor de Genebra ressalta o aspecto patrimonial do Direito Autoral, pois através dela foi introduzido o símbolo do *copyright*, significando que a obra estaria protegida sem a necessidade de maiores formalidades, bastando para tanto a indicação do símbolo ©, seguido pelo nome do titular do direito e do ano da primeira publicação. É um tratado que protege mais a obra que o autor, ao contrário de Berna.

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual foi criada em 1967, em Genebra, buscando concentrar a proteção dos criadores e titulares da propriedade intelectual em escala mundial. É um órgão vinculado a ONU que tem como finalidade tornar efetiva a cooperação entre os 184 Estados-membros no sentido de adotar medidas que aprimorem a proteção da criação intelectual.

Atualmente, o principal instrumento de

regulamentação dos Direitos Autorais é o Acordo TRIPS (Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio), assinado em 1994 no âmbito da OMC (Organização Mundial do Comércio). O objetivo é garantir uma proteção mais eficaz, devendo os membros componentes da OMC reconhecer garantias mínimas à proteção intelectual, bem como adaptar suas legislações nacionais ao que é estabelecido no acordo. O TRIPS, mais uma vez seguindo a corrente do *copyright* americano e inglês, dá maior ênfase ao lado comercial da Propriedade Intelectual, transformando a criação em mero objeto.

Assim, a nova ordem internacional de proteção do Direito Fundamental Autoral, instrumentalizada por tratados e organismos protecionistas, torna possível a sobrevivência das produções intelectuais nacionais em âmbito global, garantindo-se aos criadores mais estímulo e incentivando-os a continuar a criar, pois “é com a adesão aos tratados internacionais que os países garantem a reciprocidade dos direitos autorais de seus titulares” (GANDELMAN, 2004, p. 19).

3.2 A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AUTORAL NO BRASIL

O ordenamento jurídico nacional sempre buscou cuidar da proteção daqueles bens nascidos da inteligência e alma humanas.

A Constituição do Império de 1824 protegeu os

direitos dos inventores em seu artigo 179, inciso XXVI, ao dizer que “Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda, que hajam de sofrer pela vulgarização”.

O Código Criminal de 1830 dispôs sobre proteção penal aos Direitos Autorais ao prever como crime a reprodução de obras sem a autorização dos autores ou editores.

A Constituição de 1891, fortemente influenciada pela Convenção de Berna, no art. 72, § 26⁷, consagrou o direito exclusivo de reprodução das obras aos autores de obras literárias e artísticas, e de seus herdeiros pelo tempo que a lei determinasse.

A partir daí, todas as Cartas constitucionais, com exceção da de 1937, contemplaram os Direitos Autorais. A Constituição de 1937 previa apenas que a regulamentação do Direito de Autor seria de competência da União.

A Lei nº. 496 de 1898 foi o primeiro texto civil infraconstitucional a regular os Direitos Autorais no Brasil. Depois foi o Código Civil de 1916 que tratou do tema (artigos 649 a 673), sofrendo alteração pela Lei nº. 3.725 de 1919.

O código penal de 1940 continuou a tipificar condutas incriminadoras referentes a delitos contra os Direitos Autorais em seus artigos 184 a 186, sendo modificados pela Lei nº. 8.635/93 e mais recentemente pela Lei nº. 10.695/2003.

⁷Art. 72, § 26 da Constituição Federal de 1891, *in verbis*: “Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

Em 1973, a Lei nº. 5.988 veio consolidar as várias legislações editadas ao longo dos anos para atender as peculiaridades das distintas naturezas dos Direitos Autorais, bem como aqueles que lhes eram conexos.

Com a Constituição Federal de 1988 consolidou-se a proteção dos Direitos Autorais, garantindo-se aos autores de obras intelectuais a exclusividade de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, podendo também tais direitos ser transmitidos a seus herdeiros. Essa proteção foi inserida no título dos Direitos e Garantias Fundamentais⁸ e regulamentada pela Lei nº. 9.610/98 (Nova Lei dos Direitos Autorais).

O Brasil ainda é signatário dos principais tratados internacionais de Direitos Autorais (Convenção de Berna, Convenção Universal sobre Direitos de Autor, Acordo TRIPS e do TODA).

3.3 A RELEVÂNCIA DA PROTEÇÃO DO DIREITO AUTURAL

Sendo o Direito Autoral catalogado como Direito Humano/Fundamental, é importante saber o porquê dessa proteção mais rigorosa, garantindo-se mais segurança às relações jurídicas disciplinadas por ele.

Desde os primórdios, quando ainda não havia regulamentação do Direito Autoral, pensou-se que se as obras fossem protegidas, haveria um fomento da produção intelectual e, consequentemente, um maior desenvolvimento científico, cultural e tecnológico. Inclusive Michel Foucault (*apud* CARBONI, 2008, p.45)

⁸Art. 5º, XXVII e XXVIII da CF.

definiu o autor “de acordo com sua função jurídica e cultural, como alguém importante para a manipulação da cultura por meio de textos”. Disse ainda que haveria importância da regulamentação desse Direito por estar ele incluso num sistema ligado ao âmbito cultural de diversas partes do mundo e representar, através da sua criação, não apenas a si mesmo, mas diversas identidades.

A justificativa da proteção autoral também se encontra no interesse do povo em ver um progresso nas relações científicas e culturais. E através do incentivo econômico dado aos autores, esse desenvolvimento pode ocorrer de modo mais rápido.

Outra razão é a recompensa dada ao autor por sua criação, que ocorre quando se confere a ele o direito de exclusividade sobre suas obras, impedindo-se que outras pessoas as reproduzam ou as utilizem sem sua autorização.

Quando o autor se sente protegido quanto à legislação aplicável a sua criação, ele é estimulado a continuar a produzir. O estímulo à produção intelectual é, portanto, o principal fundamento da proteção autoral.

Porém alguns aspectos controversos são gerados em razão da excessiva proteção que é dada ao caráter patrimonial desses direitos. É o que será discutido a seguir.

4. ASPECTOS CONTROVERSOS DA PROTEÇÃO DA CRIAÇÃO INTELECTUAL

Após ter sido exposta a razão de ser considerado o Direito Autoral como um Direito Humano/Fundamental e ser traçado os principais aspectos dos mecanismos de proteção desse Direito no mundo e no Brasil, é necessário se discutir algumas questões polêmicas acerca dos Direitos Autorais.

Uma questão controversa quanto ao Direito Autoral é o fato de que o criador pode ser motivado a produzir independentemente de recompensa financeira. As pessoas podem criar por puro prazer ou com a simples intenção de transmitir conhecimento ou alegria aos outros. O retorno econômico, nesses casos, pode até ocorrer, mas não com a comercialização da obra criada ou inventada, mas sim através de outros meios, como por exemplo, a realização de shows por um cantor ou quando um escritor profere palestra.

Na maioria das vezes, ocorre também do autor vender ou ceder o direito de reprodução e comercialização de suas obras a grandes empresas, sendo estas as responsáveis pela exploração da criação e do encarecimento do produto final aos consumidores. Com isso, a proteção, que a princípio foi criada para beneficiar o autor, termina por favorecer a grande indústria da arte e da tecnologia.

Mas o principal ponto controverso atualmente sobre o assunto é a prevalência que vem tendo os Direitos Patrimoniais Autorais em detrimento dos Direitos Morais Autorais. Isso se verifica, inclusive, com o tratamento dado à matéria em tratados internacionais sobre o comércio, que é o caso do Acordo TRIPS.

A maior proteção deveria ocorrer em relação aos Direitos Morais do autor, havendo o deslocamento da ideia de ser a propriedade intelectual um direito meramente natural para ser enfocada sob um ponto de vista social como instrumento de facilitação

do acesso à cultura, conhecimento, educação e informação (CARBONI, 2008, p. 66-67).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consagrou em seu artigo XXVII⁹ a proteção aos Direitos Autorais. No mesmo artigo, antes de invocar a proteção da criação, a Declaração afirmou o direito de todos de participação na vida cultural e de fruição das artes e do progresso científico.

Hermeneuticamente pode-se concluir que a disposição conjunta da proteção dos Direitos Autorais e do acesso à cultura foi feita em razão da necessidade de haver um equilíbrio entre esses dois Direitos Fundamentais. O ponto de equilíbrio, porém, é o aspecto mais controverso no que tange à proteção da criação intelectual.

Tendo o Direito Autoral natureza jurídica *sui generis*, já que possui um elemento de natureza econômica, adquirindo a obra criada um aspecto de propriedade com um valor pecuniário, passando a compor o patrimônio do autor; e outro elemento de natureza pessoal ou moral, já que a criação é uma expressão do espírito do criador, pertencente a sua personalidade; observa-se que a dificuldade em se alcançar o ponto de equilíbrio entre os aspectos moral e patrimonial do Direito Autoral decorre da excessiva proteção dada ao Direito Patrimonial Autoral (BARRETO *apud* CERQUEIRA, 1946, p. 135).

Os ditames da doutrina do *Copyright*, que é seguida, dentre outros países, pelos Estados Unidos da América e pela Inglaterra, valoriza mais a questão patrimonial dos Direitos Autorais,

⁹Artigo XXVII da declaração Universal dos Direitos Humanos: 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

deixando de lado questões mais importantes, como por exemplo, o reconhecimento de paternidade das obras. É o que pode ser visto na legislação americana, que, mesmo tendo os Estados Unidos aderido à Convenção de Berna em 1989, só o fez porque não ficava obrigado a reconhecer a irrenunciabilidade e inessabilidade como Direitos Morais Autorais. Esses são os dois princípios típicos do *Droit d'Auteur*, no qual os autores não podem renunciar ou ceder seus direitos morais de paternidade e modificação. Como os princípios do *Copyright* não estão muito preocupados com esse aspecto do Direito Autoral, a lei norte-americana permite a renúncia de tais direitos.

Um outro exemplo de que as lições do *Copyright* voltam-se para interesses comerciais é o fato dos EUA estarem sempre autorizando o prolongamento da proteção de determinadas obras. A primeira lei inglesa sobre a proteção autoral garantia ao autor a exclusividade sobre sua obra pelo prazo de 14 anos, podendo ser renovado por mais 14, se o autor ainda estivesse vivo quando da expiração do prazo. Em 1831, o congresso americano alterou esse prazo para 28 anos, renovável por mais 14. Em 1909, a renovação também aumentou para 28 anos. Em 1976, o período de proteção passou a ser toda a vida do autor e mais 50 anos após sua morte. Porém, na década de 90, estando por cair em domínio público personagens como o “Mickey Mouse, Pluto, Pateta, Pato Donald, Pernalonga” e filmes como “E o vento levou”, pertencentes a grandes corporações como *Walt Disney* e *Warner Bros*, através de muito lobby, essas e outras grandes empresas conseguiram, em 1998, a alteração da proteção para 70 anos após a morte do autor ou 95 anos caso os direitos tivessem sido cedidos a uma pessoa jurídica. Com isso, a indústria americana do entretenimento garantiu mais 20 anos de lucros, enquanto a sociedade deixará de ter acesso mais facilmente a tais obras, já que elas não entraram no domínio público (ORTELLADO, 2009).

4.1 O MOVIMENTO COPYLEFT

Atualmente, vem ganhando força em todo um mundo um movimento que vem abalando as estruturas dos Direitos Autorais: é o *Copyleft*. A origem dessa doutrina vem desde a década de 70, quando um programador de computador, Richard Stallman, produziu um programa para a companhia na qual trabalhava com uma versão no tipo domínio público. Mais tarde, a empresa melhorou o *software* e quando Stallman quis ter acesso aos melhoramentos, foi-lhe negado. Diante dessa tamanha injustiça, ele decidiu criar, no final dos anos 80, programas sob sua própria licença de Direitos Autorais, a GNU (*General Public License* – Licença Pública Geral). Essa licença passou a ser usada para os chamados *softwares* livres, no qual os programadores desenvolviam as obras e colocavam à disposição do público em geral para que fosse melhorada, desde que o programa continuasse em domínio público. O termo *Copyleft* foi sugerido por um amigo de Stallman, Don Hopkins, num trocadilho com a expressão *Copyright – all rights reserved* (Direitos de Cópia – todos os direitos reservados), em que estabeleceu *Copyleft – all rights reversed* (Deixar Copiar – todos os direitos revertidos), sendo usado o símbolo do *Copyright* invertido para designar esse movimento (WIKIPEDIA, 2009).

Segundo Ronaldo Lemos (2003, p. 381) o movimento do *Copyleft* “é um perfeito exemplo de uma subversão das instituições jurídicas, que, ainda que pequena, representa uma significativa resposta aos arranjos institucionais tradicionais envolvendo a Propriedade Intelectual”.

Um dos questionamentos que a corrente do *Copyleft* faz é quanto ao tempo de proteção autoral. Por ser excessivo, traz

consequências negativas para o interesse público, devendo ser mais limitado para que o direito de uso exclusivo do autor passe a ser livre mais rapidamente, dando uma maior contribuição ao desenvolvimento cultural e educacional.

Ascarelli (*apud* CARBONI, 2008, p. 74) explica que a proteção do Direito Autoral deve visar primeiramente o interesse público, impondo-se limites a essa tutela concedida aos criadores, tendo em vista o atendimento da coletividade em ver um maior avanço no desenvolvimento cultural e econômico. Ele diz que o custo social da exclusividade concedida ao autor “encontra a sua justificativa na sua função de desenvolvimento cultural e econômico, não obstante o fato de esse direito exclusivo ser um elemento de rigidez dentro do sistema”.

Assim, percebe-se que uma intensificação da proteção autoral favorável ao criador, sem o aumento das limitações aos Direitos Autorais para que seja atendido também o interesse coletivo, pode redundar numa diminuição de produção, tornando a Propriedade Intelectual mais escassa.

O problema se torna ainda maior porque se verifica que essa exclusividade vem sendo usada na exploração comercial da Propriedade Intelectual por grandes corporações. Isso faz com que haja um “cerceamento cada vez maior das utilizações justas e uma cada vez maior limitação do próprio direito à informação e à livre circulação das ideias” (FRAGOSO, 2009, p. 379), em detrimento do interesse público.

O aspecto mais controverso, então, acerca do Direito Fundamental Autoral é o conflito existente entre a mercantilização conferida a esse direito pela doutrina do *Copyright* e o direito de acesso ao conhecimento, cultura e informação de toda a sociedade. É

importante “fortalecer o processo de afirmação dos Direitos Humanos, sob uma perspectiva integral, indivisível e interdependente. É sob esta perspectiva que há de ser revisitado o direito à Propriedade Intelectual” (PIOVESAN, 2009, p. 401).

5. CONCLUSÃO

O Direito Autoral é sem sombra de dúvidas um Direito Fundamental, na medida em que garante segurança jurídica aos criadores na proteção de suas obras, contribuindo para o desenvolvimento de atividades intelectuais e, por consequência, de um espaço público mais democrático.

Contudo, um grande problema envolvendo o tema Direitos Autorais foi gerado em decorrência da indústria dos bens intelectuais ter transformado as criações em simples mercadorias, trazendo dificuldades na propagação das invenções e no acesso às obras pela comunidade.

O próprio Direito Autoral criou um paradoxo entre os interesses de editoras, produtoras, gravadoras, e os interesses da coletividade, devendo ele agora passar por uma transformação para poder trazer a solução do conflito.

E esta solução deve nascer ponderando-se valores de proteção individualista dos autores com uma contemplação das dimensões sociais que o Direito Autoral deve atingir, como fez a Declaração dos Direitos Humanos da ONU, ao prever no mesmo artigo a proteção autoral e os direitos sociais, culturais e econômicos.

O que se conclui é que “uma demasiada proteção da Propriedade Intelectual é tão ruim como a sua pouca proteção” (CARBONI, 2008, p. 85), soluções alternativas como as propostas do *Copyleft* devem ser discutidas e ampliadas. Limites precisam ser impostos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEX, Robert. *Três escritos sobre los Derechos Fundamentales e la teoria de los principios*. Apresentação y traducción: Carlos Bernal Pulido. Buenos Aires: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4ª ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá. 2008.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*: Volume 1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Salvador:

Jus Podivm, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral – Da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GANDELMAN, Henrique. *O que você precisa saber sobre Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2004.

LEMOES, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (org.). *Conflitos Sobre Nomes de Domínio e Outras Questões Jurídicas da Internet*. São Paulo: RT, 2003.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional para Concursos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ORTELLADO, Pablo. Por que somos contra a Propriedade Intelectual. *Centro de Mídia Independente*. Disponível em <<http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2002/06/29908.shtml>>. Acesso em 14 jul. 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Direitos Humanos e Propriedade Intelectual: Proteção Internacional e Constitucional. In: ALVES, Fernando de Brito; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andréa Bulgakov (org.). *Direitos Fundamentais Revisitados*. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos Direitos Autorais: Uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica – Brasil: 1988-2005*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006.

WIKIPEDIA. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Copyleft>>. Acesso em 10 jul. 2009.

POLUIÇÃO SONORA E O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL*

Luã Silva Santos**

SUMÁRIO: 1. Introdução 2- Poluição sonora: aspectos gerais e jurídicos 2.1- Tutela Constitucional do meio ambiente: poluição sonora e repartição de competência material 2.2- Autonomia municipal no controle da poluição sonora: aspectos da poluição sonora em Aracaju 2.3- Atuação administrativa e judicial do Ministério Público e a poluição sonora 2.4- Responsabilidade jurídica do poluidor 3- O exercício do poder de polícia ambiental no controle da poluição sonora 3.1- Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente aplicáveis a poluição sonora 3.2- Fiscalização Ambiental 4- Conclusões

1- INTRODUÇÃO

A abordagem que será feita neste estudo a respeito do tema poluição sonora e seu controle pelo poder de polícia ambiental, longe de esgotar o assunto, levará em consideração os vários aspectos que giram em torno da poluição sonora sob o enfoque de sua proteção pela polícia administrativa, contextualizando com a Constituição Federal de 1988, os princípios de direito ambiental, legislação infraconstitucional, resoluções administrativas e produções doutrinárias sobre o tema, até pela própria escassez deste assunto em nível doutrinário.

Cumpra, desde já, destacar a relevância atual da problemática concernente à degradação ambiental provocada pelos ruídos excessivos, principalmente, nos centros urbanos, afetando sensivelmente a qualidade de vida e a saúde das pessoas, necessitando de

*Menção Honrosa no Concurso Melhor Arrazoado Jurídico 2010. Categoria Servidor do Ministério Público. Texto elaborado em junho de 2010.

**Técnico do Ministério Público de Sergipe.

atos comissivos do poder público de forma preventiva e repressiva para dirimir esta situação.

O controle da poluição sonora nos grandes centros torna-se, sem sombra de dúvidas, um grande desafio para o poder público, em face da dimensão deste problema que atinge um número indeterminado de pessoas, expostas cotidianamente a atividades, tais como, casas de espetáculos localizadas em zona residencial, carros de som circulando livremente pelas vias públicas, aparelhos eletroeletrônicos, atividades industriais, comerciais, cultos religiosos e barulho excessivo no trânsito.

Buscar-se-á demonstrar com o presente artigo, a intrínseca ligação existente entre a poluição sonora e o poder de polícia ambiental, dando ênfase ao controle daquela por este. A abordagem terá como termo *a quo* uma análise geral e jurídica da poluição sonora, sobretudo no que se refere à competência material para fiscalização da poluição, autonomia municipal no controle da poluição sonora, atuação administrativa e judicial do Ministério Público, responsabilidade jurídica do poluidor e, na segunda parte, tratará do exercício do poder de polícia ambiental no controle da poluição sonora, mormente, os instrumentos da política nacional do meio ambiente postos à disposição do poder público para o equilíbrio ambiental.

Nesse diapasão, passemos a analisar pormenorizadamente o tema proposto.

2- POLUIÇÃO SONORA: ASPECTOS GERAIS E JURÍDICOS

A definição legal de poluição é extraída da lei da política nacional do meio ambiente, que a conceitua como¹:

¹Art. 3º, III, da lei 6.938/81 Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

"A degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos".

Dentre as degradações da qualidade ambiental acima elencadas, destacam-se como propulsoras da poluição sonora as alíneas *a, b, c, e* em razão da pertinência entre estas atividades e o dano ambiental gerado pela propagação de sons e ruídos acima do permitido em lei.

Inicialmente, no tocante à poluição sonora, são necessários alguns esclarecimentos terminológicos. Esclarece Sirvinskask² que é importante a distinção entre som e ruído, sendo que o primeiro consiste na propagação de ondas sonoras oriundas de um corpo que vibra, especialmente no ar atmosférico; já este é o barulho que incomoda, ou seja, o ponto de diferença entre ambos é que o som é agradável, enquanto o ruído é um som desagradável. Importante ressaltar que, para efeito de poluição sonora os dois têm o condão de produzi-la desde que ultrapassem os limites estabelecidos em lei, que é medido através da grandeza decibel (dB).

Poluição sonora consoante ensinamento de Édis Milaré³: *"é hoje um mal que atinge os habitantes da cidade, consistindo em ruído capaz de produzir incômodo ao bem-estar e malefícios à saúde"*

Em sua excelente obra, Manual de Direito Ambiental,

²CF SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 498.

³MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 282.

Sirvinskas⁴ define poluição sonora como: “emissão de sons ou ruídos não harmoniosos, acima do nível permitido em lei, de forma contínua em certo lugar e tempo, que vem a gerar problemas a saúde humana e ao bem estar social”.

Apesar de mostrar-se como conceito mais linear e melhor elaborado na doutrina, ao nosso sentir, peca em alguns pontos: mesmo o som harmonioso tem o condão de por si só causar degradação à qualidade ambiental, se emitido fora dos níveis legais, assim como a poluição sonora não atinge somente o ser humano, mas também todo e qualquer ser vivo.

Segundo Machado⁵ em estudo realizado pela Organização Mundial de Saúde, definiu-se que o limite tolerável ao ouvido humano é de 65 dB (A). Acima disso, nosso organismo sofre estresse, o qual aumenta o risco de doenças. Com ruídos acima de 85 dB (A) aumenta o risco de comprometimento auditivo. Salienta, ainda, que o ruído desencadeia os seguintes efeitos: perda gradativa da audição, dores, problemas na comunicação, insônia, stress, problemas de saúde, tais como, infarte infecções, pressão alta, derrame. Conclui, o estudo da OMS que a poluição sonora desponta como a terceira causa de degradação ambiental que mais afeta as populações do mundo.

Não se pode olvidar que além de tudo isso, existe a falsa idéia do poluente, que o direito de propriedade é um manto protetor a seu favor, estando autorizado a extrapolar os níveis sonoros imoderadamente, desde que seja emitido no âmbito de sua propriedade torna a poluição sonora um malefício de interesse público. Entretanto a própria Magna Carta afirma, no art. 5º XXIII, que a propriedade deve cumprir a sua função social, e o respeito ao meio ambiente comporta

⁴SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 496.

⁵MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: editora Malheiros. 17ª edição, p. 657 e 658.

essa finalidade, portanto é dada ao poder Público a possibilidade de limitar o direito de propriedade de quem a extrapola produzindo a poluição sonora, e o faz por meio do poder de polícia ambiental.

2.1- TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE: POLUIÇÃO SONORA E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA MATERIAL

A Constituição Federal de 1988 inovou na utilização da expressão “meio ambiente”, nunca inserido no texto das Cartas Magnas anteriores⁶. E é especificamente no capítulo VI do título VIII, do art. 225, da CF que o legislador constituinte fixou a base do Direito Ambiental, vejamos:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

É a partir deste dispositivo que parte o mandamento para a atuação do poder público na defesa e preservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, para garantir a sadia qualidade de vida de todos. Portanto, contextualizando para o tema proposto neste estudo, preliminarmente, já se infere que é dever da Gestor Público combater a poluição sonora, visto que este tipo de degradação atinge um número indeterminado de pessoas (*todos têm direito*) afetando um bem de uso comum do povo (*meio ambiente ecologicamente equilibrado*) de suma importância para a saúde e bem estar (*essencial à sadia qualidade de vida*).

Nesse sentido, Maria Luiza Machado Granziera⁷: “sendo

⁶IBIDEM p. 126.

⁷Maria Luiza Machado Granziera. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009. Cit p. 76: “a proteção ambiental compete

o meio ambiente um objeto do interesse de todos, insere-se no rol dos bens tutelados pelo Poder Público, a quem cabe intervir nas atividades públicas, ou particulares, com vistas a assegurar a sadia qualidade de vida”.

Partindo dessa premissa, de proteção do meio ambiente, a nível constitucional, cabendo ao Poder Público sua preservação, podemos avançar na questão da competência material dos entes federativos para o controle da poluição sonora e, logo de pronto, surge a seguinte indagação: *em meio a atuação administrativa e legislativa da União, Estados, e Municípios, qual deve prevalecer na questão da poluição sonora?*

Esclarece MENDES, COELHO E BRANCO⁸

Como Estado Federal há mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas, impõe-se a adoção de mecanismo que favoreça a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços e recursos. A repartição de competências entre as esferas do federalismo é o instrumento concebido para este fim. A repartição de competência consiste na atribuição, pela Constituição Federal, a cada ordenamento de uma matéria de lhe seja própria.

Pois bem, sabe-se que o Brasil adotou a forma Federativa de Estado chegando a instituí - lá como clausula pétrea, não sendo admissível sua alteração por emenda constitucional, consoante depreende-se do art. 60, § 4º, I da CF. No tocante a organização político-administrativa destes entes, o legislador constituinte originário estabeleceu no art. 18 da CF que todos são autônomos e se utiliza da repartição de competências para definir o Campo de atuação de cada

também à coletividade, nos termos da Constituição, mas é o poder público quem exerce exclusivamente a função indelegável de poder de polícia.

⁸MENDES, Gilma Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.. Cit. p. 799

um.

Precisa é a lição trazida por Paulo Afonso Machado⁹:

A autonomia não significa desunião dos entes federados. Também não deve produzir conflito e dispersão de esforços. Mas a autonomia deve ensejar que o Município tenha ou possa ter sistemas de atuação administrativa não semelhantes ou desiguais aos vigentes nos Estados. Os Estados, por sua vez, poderão ter, também, sua organização administrativa ambiental diferente do Governo Federal. Assim, as normas gerais federais ambientais não podem ferir a autonomia dos Estados e dos Municípios, exigindo dos mesmos uma estrutura administrativa ambiental idêntica à praticada no âmbito federal.

Importante ressaltar que o parágrafo único do art. 23 da CF estabelece um mecanismo de cooperação entre os entes federativos através de leis complementares que fixarão normas delineando o interesse de cada ente com o fito de alcançar harmonia em âmbito nacional. Entretanto, em razão da não atuação legislativa para efetivar este preceito a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão de forma cooperativa e solidária atuarem para enfrentar a poluição, cada um em sua respectiva área de atuação.

Diante da orientação constitucional acima exposta, torna-se necessário tecer breves comentários sobre a competência comum, visto que uma falsa compreensão desta repartição de competências pode levar a uma inexecução das atividades que possibilitariam combater a poluição sonora em todas as suas formas.

Consoante define o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva¹⁰: “a competência comum significa que a prestação do

⁹MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: editora Malheiros. 17ª edição, p. 110

¹⁰ SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 273.

serviço por uma entidade não exclui igual competência de outra – até porque aqui se está no campo da competência dever, porque se trata de cumprir a função pública de prestação de serviços à população”.

Como bem lembra Milaré,¹¹ citando artigo da revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul:

A questão está em saber, em cada caso concreto de competência comum, a que ente político, precipuamente, está afeto o poder de polícia ambiental. Seguro, nesse passo, o alvitre de Paulo Régis Rosa da Silva, no sentido de que a regra do art. 23 da CF deve ser interpretada da seguinte forma: a) matérias de interesse local, isto é, que não extrapolem os limites físicos do município, devem ser administradas pelo executivo municipal; b) quando a matéria extrapola os limites físicos do município, ou seja, quando os seus efeitos não ficam confinados na sua área física, ou envolvam mais de um município desloca-se a competência para o executivo estadual; c) nas hipóteses em que as matérias envolvam problemas internacionais de poluição transfronteiriça ou duas ou mais unidades federadas brasileiras, a competência será do executivo federal.

Concorrendo a não previsão constitucional de competência para os demais entes e o interesse local, terá a entidade pública municipal plena competência para dar efetividade material, com execução de políticas públicas voltadas à prevenção e repressão da poluição sonora, através do poder de polícia ambiental, essencial para efetivação da competência material¹².

A interpretação que se alcança com a regra da competência material comum insculpida no artigo 23, é que, precipuamente, com lastro no interesse local, os municípios desempenham papel de grande relevo na questão da poluição sonora.

¹¹Revista constitucional de competência em matéria ambiental. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, Nova Fase, v. L, n. 27, p. 198, 1992, citado por MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 6. ed. Rev., atual e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

¹²SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182-183

Infere-se desta constatação que por cuidar da execução administrativa de matérias que não ultrapassem o limite físico do município, cabe ao Executivo Municipal combater a poluição sonora, visto que normalmente esta afeta o interesse local, muito dificilmente estendendo-se para mais de um município.

2.2- AUTONOMIA MUNICIPAL NO CONTROLE DA POLUIÇÃO SONORA: ASPECTOS DA POLUIÇÃO SONORA EM ARACAJU

Insta salientar, como já exposto neste estudo, que no sistema federativo, no qual existe a repartição de competências definidas pela própria Carta Magna, a atuação dos entes federados na área administrativa é comum, ou seja, concorrem todos para a efetivação da proteção e combate à poluição sonora. Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi destinada ao município grande responsabilidade de cuidar do meio ambiente dentro dos seus limites territoriais. Neste sistema, no tocante ao controle e prevenção da emissão de ruídos, o município desempenha função de essencial importância, em face do predominante interesse local, voltado para uma política ambiental.

Verifica-se que na prática o grande empecilho para a atuação municipal encontra-se na sua própria inércia, na maioria das vezes repassando o que lhe era de sua atribuição para outro ente federado, Estado ou União, deixando de prevenir, fiscalizar, praticar políticas educativas em matérias ambientais, como a poluição sonora, que se mostra de interesse eminentemente local.

Neste sentido, enquadra-se perfeitamente a lição do professor Eduardo Lima de Matos¹³:

¹³ MATOS, Eduardo Lima de. *Autonomia municipal e meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001 p.125

Nesse contexto, entende-se que determinado assunto municipal poderá repercutir no Estado e na União, pois todos estão interligados por um laço forte e indissolúvel, que é o pacto federativo. No entanto, deve-se observar qual a predominância do interesse, buscando identificar se o interesse local é superior aos demais e assim estará determinada a competência.

Destaca-se aqui, desde já, que o presente estudo não tem o fito de abordar a atuação legislativa dos entes federados no combate à poluição sonora, e sim traçar uma análise da competência material, mormente, a dos municípios.

De forma prática, constata-se que o tema debatido neste artigo cresce assustadoramente nos centros urbanos, sob inúmeras maneiras de manifestação. Trazendo aqui a casuística da cidade de Aracaju, verifica-se que a regulamentação existe através das leis municipais 1.789/92 (código de proteção ambiental de Aracaju) e 2.410/96 (fiscaliza o setor da construção civil e indústrias em geral), entretanto, não são efetivados seus preceitos por meio de adoção de política pública ambiental voltada ao enfrentamento deste tipo de poluição, vejamos:

Art. 1º - É dever da Prefeitura articular-se com os órgãos competentes do Estado e da União para fiscalizar ou proibir no Município as atividades que, direta ou indiretamente:

II - Disseminem resíduos ou alterem características naturais tais como:

[...]

11- Ruídos (grifo nosso)

(art. 1º lei 1.789/92 código de proteção ambiental de Aracaju)

No código de proteção ambiental de Aracaju é dispensada grande atenção à poluição sonora, uma lei do ano de 1992, que se mostra de pouca aplicação prática. Perlustrando detidamente o seu conteúdo, vê-se que a regulamentação é bastante abrangente e específica, o que não se coaduna com o que é visto no cotidiano.

Neste mesmo diapasão, Matos¹⁴ ressalta que apesar do município de Aracaju ter criado o código de proteção ambiental, com o advento da lei 1.789/92, a sua aplicação deixa a desejar, visto que mesmo possibilitando, com as normas nela contida, o controle da poluição sonora pelo Poder Executivo Municipal não está sendo aplicado devidamente face a falta de estrutura que o Município detém para exercer esse controle. Destaca, ainda, que a razão em grande parte da precariedade da efetivação das regras determinadas pelo código de proteção ambiental municipal deve-se à inexistência em nível municipal de um órgão competente e estruturado.

Importante crítica feita acima, no tocante a inexistência no município de Aracaju de órgão competente para exercer controle e fiscalização das normas estabelecidas para proteção do meio ambiente. São outorgados a EMSURB o controle e a fiscalização da poluição sonora, entretanto tal empresa não é órgão integrante do SISNAMA.

Situação essa que no Estado de Sergipe perdura indefinidamente e não está restrita, apenas, a sua capital, como também a todos os municípios que não instituíram órgãos de controle e fiscalização integrante do SISNAMA- Sistema Nacional do Meio Ambiente, conforme previsto no art. 6º, VI na lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente)¹⁵.

¹⁴IBIDEM, p. 89

¹⁵Art 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

VI - Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições

O município de Aracaju não possui Conselho Municipal do Meio Ambiente, conforme determina o artigo supramencionado, assim como não instituiu órgão de fiscalização e controle das atividades potencialmente poluidoras, integrante do SISNAMA. É de atribuição da EMSURB- Empresa Municipal de Serviços Urbanos o controle da poluição, ressaltando que tal empresa pública municipal não faz parte do SISNAMA e que não possui estrutura suficiente para exercer esse múnus público.

Urge, salientar que a RESOLUÇÃO 001/90 CONAMA¹⁶ autoriza os órgãos públicos no âmbito estadual e municipal, dispor sobre a emissão de ruídos de acordo com o local, horário e natureza da atividade poluidora, desde que respeitando os limites impostos por esta resolução que remete para os valores de decibéis da norma 10.152 ABNT. Entretanto poderá fixar padrão mais rígido do que o estabelecido a nível federal, pois estaria resguardando direitos.

Por exemplo, o código de proteção ambiental de Aracaju, no seu art. 24, proíbe o nível sonoro superior a 60 dB no horário de 7:00 às 22:00 horas, e 50 dB de 22:00 às 7:00 horas.

2.3- ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A POLUIÇÃO SONORA

¹⁶RESOLUÇÃO 001/90 DO CONAMA:

V - As entidades e órgãos públicos (federais, estaduais e municipais) competentes, no uso do respectivo poder de polícia, disporão de acordo com o estabelecido nesta Resolução, sobre a emissão ou proibição da emissão de ruídos produzidos por qualquer meios ou de qualquer espécie, considerando sempre os local, horários e a natureza das atividades emissoras, com vistas a compatibilizar o exercício das atividades com a preservação da saúde e do sossego público.

O Ministério Público, instituição autônoma, permanente e essencial ao Estado Democrático de Direito emerge a partir do advento da Constituição Federal de 1988 com uma nova “roupagem”, não só imprescindível à função estatal jurisdicional, como também à defesa da ordem jurídica, do regime democrático de interesses sociais e individuais indisponíveis.

Portanto, a partir da diretriz do art. 127 da CF/1988 e o estabelecimento de suas funções, o *parquet* teve seu campo de atuação ampliado, voltado também para a defesa de interesses individuais indisponíveis, difusos, coletivos, utilizando para tanto dois instrumentos de valor imensurável, o inquérito civil e a ação civil pública.

Junto a isso, cumpre destacar que o art. 129 da Lei Maior determina que são funções institucionais do Ministério Público zelar pelos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na própria Constituição, assim como deve promover instrumentos legais de defesa do meio ambiente.

O inquérito civil instituído pela lei 7.347/85 (lei da ação civil pública) trata-se de um procedimento instaurado pelo Ministério Público, com o fim de promover uma investigação prévia coletando elementos que possam vir subsidiar uma ação civil pública ou chegar a uma solução por meio de composição ou assinatura de termo de ajustamento de conduta (TAC), entre as partes envolvidas no fato que afete direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos¹⁷.

Reconhecida, há de ser, a importância do inquérito civil para o deslinde de casos que diariamente chegam às Promotorias de Justiça por meio de reclamações de pessoas que se vêem molestadas nos seus direitos assegurados a nível constitucional, referindo-se aqui

¹⁷Cf MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p.317

ao meio ambiente equilibrado, indispensável a sadia qualidade de vidas das pessoas, nos termos do art. 225 da CF, que são afetadas direta e indiretamente pela degradação ambiental oriunda dos sons e ruídos.

Segundo Mazzilli¹⁸ é através da instrução realizada no inquérito civil que se investiga os fatos provenientes da reclamação e que “a posteriori” com a sua conclusão, torna-se possível, com a intervenção do membro do *parquet*, na maioria das vezes chegar a uma resolução, com acordo entre as partes ou celebração de TAC, título executivo extrajudicial, que servirá, em caso de descumprimento da obrigação nele contida, como título idôneo para promover execução contra o signatário inadimplente.

A atuação judicial do *parquet*, no caso aqui explanado da poluição sonora, encontra guarida na lei 7.347/85 (lei da ação civil pública), recepcionada pela nova ordem constitucional que prevê em seu art. 1º, I a promoção de ação civil pública em defesa do meio ambiente e por consequência é instrumento processual adequado para combater a emissão de sons e ruídos excessivos.

Importante se faz abrir um parêntese quanto atribuição do Ministério Público em instaurar inquérito civil, propor ação civil pública em casos de poluição sonora para a defesa de direitos individuais, pois não seria esta via a eleita. A ACP se propõe, como já fixado na defesa do meio ambiente, quando atingir interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Portanto, havendo dissídio individual, por exemplo entre vizinhos, não estará autorizado o *parquet* de promover tais instrumentos previstos na lei 7.347/85.

Destaca-se, finalmente, previsão contida no art. 14, §1º da lei 6.938/ 81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), o qual

¹⁸IBIDEM, p. 317

atribui legitimidade ao Ministério Público da União e dos Estados a ajuizar ação de responsabilidade civil e criminal em face de quem causar dano ao meio ambiente.

2.4- RESPONSABILIDADE JURÍDICA DO POLUIDOR

A norma contida no art. 225, §3º da nossa Carta Política Fundamental no capítulo destinado ao meio ambiente, veio estabelecer a concomitância de responsabilização nas esferas administrativa, penal e cível de quem causar degradação ambiental, vejamosAs condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Trata-se de mandamento de elogiável pertinência, erigido a nível constitucional e que deve ser seguido em âmbito infraconstitucional, impondo ao emissor de ruídos acima do permitido legalmente a responsabilização não apenas pecuniária, na esfera cível, como também responder penal e administrativamente.

Seguindo a diretriz dada pela Constituição Federal, a lei 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 4º, VII, fixa em seus objetivos a imposição ao poluidor (pessoa física ou jurídica de direito privado ou público), mesmo que indiretamente cause dano ambiental, o dever de reparar ou indenizar. Tratando-se de poluição sonora, mesmo quem não seja poluidor direto, será responsável se de algum modo contribuir com o evento danoso. Tem-se como exemplo rotineiro: dono de bar que permite a utilização pelos clientes de equipamentos sonoros potentíssimos em seu estabelecimento deverá ser responsabilizado na seara administrativa, criminal e cível.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente estabeleceu a responsabilidade civil objetiva a ser adotada na esfera ambiental para aferir a responsabilidade do agente poluidor, ou seja, a pessoa física ou jurídica que direta ou indiretamente causar poluição sonora deverá independente da perquirição de culpa, responder pela sua atividade nas três esferas já mencionadas. Reza o art. 14, §1º da lei 6.938/ 81:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (grifo nosso)

No tocante a cometimento de crime, necessário se faz dispensar algumas linhas em face da controvérsia deste tópico. O projeto original da lei 9.605/98 (Lei dos crimes Ambientais) previa em seu art. 59, o crime de *poluição sonora*, entretanto tal artigo foi vetado com a seguinte razões de veto:

O bem juridicamente tutelado é a qualidade ambiental, que não poderá ser perturbada por poluição sonora [...] o art. 42 do decreto-lei 3.688, de 03 de outubro de 1941, que define as contravenções penais, já tipifica a perturbação do trabalho ou sossego alheio, tutelando juridicamente a qualidade ambiental de forma mais apropriada e abrangente, punindo com prisão simples de 15 dias a 3 meses, ou multa, a perturbação provocada pela produção de sons em níveis inadequados ou inoportunos, conforme normas legais ou regulamentares[...]” (mensagem de veto nº 181, a projeto de lei 1.164/91, veto presidencial do art. 59

(disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1998/Vep181-98.pdf acesso em 01/06/2010)

Dessa forma, em caso de poluição sonora, aplicar-se-á

ao infrator as penalidades previstas no art. 42 da lei de contravenção penal (prevê a contravenção de perturbação do sossego alheio), assim como o art. 54 (que pune a poluição de qualquer natureza) da lei de crimes ambientais. Ressaltando que, é vedada aplicação simultânea de ambos artigos, sob pena de incorrer em *bis in idem*, visto que ninguém pode ser punido mais de uma vez pela mesma infração. Senão vejamos:

Por último, na seara administrativa, o poluidor estará sujeito as seguintes sanções, conforme Decreto n. 6.514/2008 em seu art. 3º:

Advertência; multa simples; multa diária; apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora e demais produtos e subprodutos objeto da infração, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; destruição ou inutilização do produto; suspensão de venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas; demolição de obra; suspensão parcial ou total das atividades; e restritiva de direitos.

O município de Aracaju, utilizando da sua competência legislativa para assuntos de interesse local (art. 30 CF), fixou no art. 8º da lei municipal 2.410/ 1996 (Lei de combate a poluição sonora), que os estabelecimentos cujo funcionamento utilize equipamentos emissores de som/ ruídos sem o alvará de utilização sonora incorrerão nas seguintes penalidades: a) na primeira autuação- advertência, para cessar a irregularidade em 48 horas. b) na segunda autuação- suspensão das atividades, apreensão da aparelhagem, fechamento do estabelecimento e multa.

3- O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL NO CONTROLE DA POLUIÇÃO SONORA

Como marco inicial na busca da compreensão, desenvolvimento e esclarecimentos a respeito do poder de polícia, mister se faz consignar o seu conceito legal, o qual é extraído do Código Tributário Nacional, art. 78¹⁹:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

O Estado exercendo uma das funções que lhe é inerente, controla a atividade privada limitando direitos em face do interesse da coletividade e o faz através do poder de polícia, que possui várias espécies, cada uma voltada para uma área de atuação, dentre elas a ambiental.

No tocante à terminologia de poder *de* polícia, não se deve confundir com poder *da* polícia, este se refere a formas de atuação da polícia judiciária (que compreende a Polícia Federal e a Civil) quando um ilícito penal ocorre, já aquele, objeto que aqui será desenvolvido na definição de *Di Pietro*²⁰: “o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”. Vê-se, portanto, que a polícia administrativa atua pela preponderância do interesse público em face do privado.

O poder de polícia ambiental, na doutrina de Paulo Affonso Leme Machado,²¹ é definido como:

¹⁹ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 p. 132.

²⁰PIETRO, Maria Sylvia Zanelle Di. *Direito Administrativo*. 21ª edição. São Paulo: atlas, 2008, p. 108.

²¹*Direito Ambiental Brasileiro*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 328 e 329.

Atividade da administração pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/ permissão ou licença do Poder Público, de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.

3.1-INSTRUMENTOS DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE APLICÁVEIS A POLUIÇÃO SONORA

A lei nº 6.938/81, no art. 9º, estabelece instrumentos para executar a política nacional do meio ambiente, que, desde já, registre-se que é muito pouco utilizado na prática pelo poder público. Insta destacar, que dentre os treze instrumentos postos na lei a disposição do gestor público para embasar as ações ambientais, destacam-se no controle da poluição sonora os seguintes, abaixo discriminados:

a) Padrão de qualidade para ruídos e Resoluções do CONAMA

O padrão de qualidade ambiental é instrumento que deve ser utilizado, exclusivamente, pelo poder público para, através dos órgãos competentes, editar normas que fixam padrões técnicos, por meio de pesquisas e análise da qualidade do meio ambiente. Tais padrões são estabelecidos por resolução do CONAMA- Conselho Nacional do Meio Ambiente²².

A emissão de ruídos, um sério causador de problemas afetos a saúde humana, como por exemplo, dano ao aparelho

²²Nesse sentido: SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 206.

auditivo, entre outras doenças causadas indiretamente, foi alvo de regulamentação pela resolução CONAMA 001/ 90²³, que remete os padrões para emissão de ruídos conforme os limites em decibéis adotados em determinados locais, definidos na NBR 10.152 da ABNT.

b) Avaliação de impactos ambientais: elaboração do EIA/ RIMA

Outro instrumento de caráter constitucional inserido na política nacional do meio ambiente, de suma importância na prevenção da poluição sonora, são os estudos de impactos ambientais, modalidade de avaliação de impacto ambiental, que devem ser exigidos pelo poder público a quem pretende instalar atividade potencialmente causadora de degradação ambiental. Deve ser tido como uma exigência preliminar e essencial no procedimento de licenciamento ambiental, objetivando a emissão de licença para funcionamento do empreendimento ou atividade que provavelmente vier a causar emissão de ruídos excessivos²⁴.

O órgão público ambiental estadual, integrante do SISNAMA, é que está legitimado a exigir o estudo prévio de impacto ambiental (EIA) que deverá vir acompanhado do respectivo relatório

²³Resolução 001 de 08 de março de 1990 CONAMA:

Considerando que os critérios e padrões deverão ser abrangentes e de forma a permitir fácil aplicação em todo o Território Nacional, RESOLVE:

I - A emissão de ruídos, em decorrência de qualquer atividade industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política. obedecerá, no interesse da saúde, do sossego público, aos padrões, critérios e diretrizes estabelecidos nesta Resolução.

II - São prejudiciais à saúde e ao sossego público, para os fins do item anterior aos ruídos com níveis superiores aos considerados aceitáveis pela norma NBR 10.152 - Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas visando o conforto da comunidade, da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.III - Na execução dos projetos de construção ou de reformas de edificações para atividades heterogêneas, o nível de som produzido por uma delas não poderá ultrapassar os níveis estabelecidos pela NBR 10.152 - Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas visando o conforto da comunidade, da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.

²⁴Cf GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 282-283.

de impacto ambiental (RIMA) de atividades ou obras potencialmente poluidoras. Supletivamente autoriza-se também o IBAMA, no caso de não atuação do Estado.

Segundo sintetização do tema elaborado por Sirvinskas²⁵:

O EPIA nada mais é do que a avaliação, mediante estudos realizados por uma equipe técnica multidisciplinar, da área onde o postulante pretende instalar a indústria ou exercer atividade de significativa degradação ambiental, procurando ressaltar os aspectos negativos e/ou positivos dessa intervenção humana.

Com propriedade, MATOS²⁶ pondera que o EIA, elaborado às custas do empreendedor, virá seguido de RIMA, este uma síntese daquele, devendo ser dado conhecimento a toda a comunidade por meio de audiência pública, realizada pelo órgão ambiental.

Ocorre que, apesar deste mecanismo posto à disposição da Administração Pública para avaliar a potencialidade lesiva ao meio ambiente, não é habitualmente utilizado, nos casos em que particular requer licença para realizar atividades ou obras, que por sua própria natureza, infere-se a presunção de poluidora, por exemplo, bares, casas de show, igrejas entre outros sem o devido isolamento acústico, têm o condão de causar dano a vizinhança.

c) Licenciamento Ambiental

Urge, inicialmente, elencar o licenciamento ambiental como instrumento mais importante posto ao alcance do órgão ambiental no controle da emissão de sons e ruídos por atividades que

²⁵SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 220.

²⁶MATOS, Eduardo Lima de. *Autonomia municipal e meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001 p. 86.

rotineiramente causam poluição sonora, são os casos de bares, casas de show, mini-trios, indústrias e comércio.

Dentre tantas definições encontradas na doutrina destaca-se a do ilustríssimo Hely Lopes Meirelles²⁷:

Licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, por exemplo, o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio

Pontos que reputa-se de suma relevância no conceito analisado, dizem respeito ao fato da licença, aqui referida a licença ambiental para utilização de instrumentos sonoros, pois em se tratando de ato administrativo, e como tal conter os requisitos de competência, finalidade, forma, motivo para a sua validade, e que deve ser concedida através de um procedimento de licenciamento. É vinculado, pois estando presentes os requisitos legais autorizadores não pode o administrador negar a sua emissão. E, por último autoriza o licenciado a praticar atos vedados ao particular. Nesse contexto Curt Trennepohl²⁸ destaca que: “merece atenção que inúmeros crimes ambientais e infrações administrativas decorrem da falta de anuência do Poder Público para determinadas atividades”.

Observação pertinente é feita em artigo da autoria de Eduardo Lima de Matos²⁹:

Muitos Municípios brasileiros colocam exigências

²⁷MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.p. 170.

²⁸TRENNEPOHL, Curt. *Infrações contra o meio ambiente: multas, sanções e processo administrativo: comentário ao decreto nº 6.514/2008*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum 2009, p. 62.

²⁹MATOS, Eduardo Lima de. *Poluição sonora: um abuso, uma omissão e uma falta de educação*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de Junho de 2010, p. 32.

específicas para o licenciamento de estabelecimentos comerciais que farão uso de equipamentos sonoros, geralmente ocorre a necessidade de uma licença ambiental para uso dos referidos aparelhos, como condição sine qua non para utilizá-los. Dessa forma, o comerciante que não possuir a referida licença não poderá utilizar equipamento sonoro em seu estabelecimento comercial. Observe que essa licença difere da licença de funcionamento, esta é específica, justamente para que o Órgão Público exerça o poder de polícia, evitando que a população seja surpreendida com atividades poluidoras e geradoras de conflitos.

Pertinente mencionar a resolução 237/97³⁰ do CONAMA, que regulamenta o licenciamento ambiental, abordando as atividades que estão sujeitas a licenciamento ambiental e a necessidade do EIA/RIMA neste procedimento.

No que se refere à competência para o licenciamento, a mencionada resolução determina que a atuação do órgão ambiental estadual é supletiva ao da União. O IBAMA licenciará empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, ao passo que as atividades de impacto local será de competência do órgão municipal³¹.

Apesar de todos os órgãos ambientais estarem legitimados para proceder o licenciamento em cada área de atuação, a

³⁰Resolução do CONAMA 237, de 19 de dezembro de 1997

Art. 2º- A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis. Art. 3º- A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

³¹Resolução do CONAMA 237, de 19 de dezembro de 1997.

própria resolução 237 do CONAMA, estabelece os empreendimentos e atividades potencialmente causadoras de impacto ambiental, os quais serão licenciados em apenas um nível de competência. Destacando, mais uma vez, no que pertine à poluição sonora, será de competência do órgão municipal ambiental, em razão do interesse local, evidenciado no caso concreto.

O art. 8º da resolução 237 do CONAMA divide em três tipos de licença que o poder público expedirá: a) Licença Prévia (LP), concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade; b) Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade; c) Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores.

O grande problema encontrado para a utilização deste mecanismo é a própria falta de conhecimento e implantação de uma política voltada para a adoção de meios que visem a proteção do bem estar da coletividade e do meio ambiente equilibrado, principalmente nos municípios que não se estruturam para tanto.

3.2- FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL

Na temática do poder de polícia ambiental merece destaque dentre as funções inerentes a este poder, a fiscalização pelo poder público da poluição sonora.

Como já mencionado, a resolução 001/90 remete os limites de decibéis a determinados locais a norma NBR 10.152 da

ABNT. Há de se frisar que exercendo a função de fiscalização o órgão competente deverá adotar certos critérios na avaliação da aceitabilidade do ruído em áreas habitadas, fixada na NBR 10.151 .

A proteção ambiental guarda íntima e importante relação com a fiscalização, já que é por meio desta que os danos ambientais são prevenidos, monitorados e possibilita a responsabilização do agente. Entretanto, o problema a ser enfrentado gira em torno da falta e execução incorreta das regras de fiscalização, evidenciado pelo indevida aplicação das normas, falta de política pública eficiente voltada a fiscalização.

4- CONCLUSÕES

O presente artigo, de forma breve, apresentou a problemática da poluição sonora nos grandes centros urbanos e os instrumentos que o poder de polícia ambiental tem a sua disposição para o combate, controle e fiscalização. Pode-se concluir que o direito de propriedade deve ser exercido de acordo com sua função social, sendo vedada sua utilização com abuso de direito, respeitando os limites legais e administrativos postos no combate da emissão de sons e ruídos acima do nível permitido.

Ademais no que concerne a competência material para combate da poluição sonora, a Constituição Federal estabelece a repartição comum e que, com lastro no interesse local, os municípios desempenham papel de grande relevo na questão da poluição sonora. Contudo os municípios, de maneira geral, não estão estruturados para

pôr em prática a legislação ambiental de combate a poluição sonora, grande parte disso deve-se a inexistência em nível municipal, em muitas das cidades brasileiras inclusive em Aracaju, de um órgão competente e estruturado para desempenhar este papel.

O Ministério Público, como instituição autônoma permanente tem dado imensa contribuição ao combate da poluição sonora, em defesa de interesses individuais indisponíveis, difusos, coletivos, tanto na esfera administrativa quanto judicial, utilizando para tanto dois instrumentos de valor imensurável, o inquérito civil e a ação civil pública.

Dessa forma o poluidor estará sujeito, em decorrência de sua atividade, a ser responsabilizado na esfera cível, penal e administrativa, com as penalidades a cada uma inerente.

Posto isto a poluição sonora, como um dano ambiental que atinge diretamente o bem estar social, deve ser combatida pelo poder de polícia ambiental, que tem a sua disposição os instrumentos da política nacional do meio ambiente, principalmente, os abordados neste artigo, quais sejam, o *padrão de qualidade ambiental*, os *estudos de impacto ambiental* e o *licenciamento ambiental* das atividades potencialmente poluidoras, utilizando-os de forma adequada, contínua e eficiente com vistas efetivar a proteção ambiental.

5- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 10.151*. Rio de Janeiro, 2000.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 10.152*. Rio de Janeiro, 2000.

BRASIL. *Lei 6.938*, dispõe sobre a política nacional do meio ambiente. <http://www.planalto.gov.br>. acesso em 28 de maio de 2010.

BRASIL. *Lei 9.605*, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br>. acesso em 28 de maio de 2010.

BRASIL. CONAMA. *Resolução 001/90*, de 08 de março de 1990. Dispõe sobre critérios e padrões de emissão de ruídos, das atividades industriais. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/CONAMA/index.cfm>. Acesso em: 08 out. 2003.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. acesso em 28 de maio de 2010.

GNIGLER, Miguel L. *A poluição sonora e o seu controle pelo poder de polícia*. Disponível em http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/9/docs/a_poluicao_sonora_e_o_seu_controle_pelo_poder_de_policia.pdf. Acesso em 01 de junho de 2010.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MATOS, Eduardo Lima de. *Poluição sonora: um abuso, uma omissão e uma falta de educação*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de junho de 2010.

MATOS, Eduardo Lima de. *Autonomia municipal e meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilma Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanelle Di. *Direito Administrativo*. 21ª edição. São Paulo: atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRENNEPOHL, Curt. *Infrações contra o meio ambiente: multas, sanções e processo administrativo: comentário ao decreto nº 6.514/2008*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum 2009.

O DIREITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

Bruno Oliveira Falcão**

RESUMO: O presente trabalho propõe-se a discutir a responsabilidade dos particulares na efetivação dos direitos fundamentais, conforme o que se convencionou denominar eficácia horizontal desses direitos, a partir do direito de crianças e adolescentes à saúde em caráter absolutamente prioritário.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, em um primeiro momento, foram concebidos enquanto defesas dos indivíduos contra atos arbitrários cometidos pelo Estado. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 4) ensina:

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Essa concepção de direitos fundamentais – apesar de ser pacífica na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais.

*Menção Honrosa no Concurso Melhor Arrazoado Jurídico 2010. Categoria Servidor do Ministério Público

**Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe exercendo a função de Assessor de Procurador de Justiça.

Com efeito, mesmo as modalidades de direitos fundamentais que vieram a ser reconhecidas posteriormente tiveram a responsabilidade por sua efetivação atribuída ao Poder Público, em especial, os direitos de cunho social, que exigem uma prestação positiva. Essa visão tradicional dos direitos fundamentais é sintetizada na lição de Emerson Garcia (2008, p. 48):

Os direitos civis consubstanciariam as liberdades públicas, impondo uma obrigação negativa ao Estado, que está proibido de violá-las. Os direitos políticos asseguram a participação do indivíduo na escolha dos dirigentes do Estado e, os demais, importam em um dever positivo do Estado, que teria a obrigação de realizar prestações positivas em prol da coletividade.

É nesse contexto que o problema concernente à efetivação dos direitos fundamentais chega ao Poder Judiciário quase exclusivamente na forma de demandas propostas em face do Estado. De fato, a judicialização da questão tem resultado em uma postura mais ativa por parte dos julgadores, que já não hesitam em conceder provimentos criando obrigações concretas para os entes públicos, a exemplo de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, notadamente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, relatada pelo Ministro Celso de Mello.

Entretanto, maior dificuldade se abate sobre a tentativa de alcançar provimento obrigando o setor privado a garantir a observância de direitos fundamentais que demandam prestação positiva, como é o caso do fornecimento de serviços de saúde.

Exemplifique-se com o déficit existente na prestação de serviços pediátricos nesta unidade federativa, que tem provocado sofrimento aos usuários e foi objeto de inúmeras matérias veiculadas pela imprensa, escrita e televisiva, tornando-se fato amplamente

conhecido pela população. Escapando do cenário mais comum em que as insuficiências se concentram nos serviços prestados pelo setor público, o problema se estende ao setor privado que, em larga maioria, não disponibiliza profissionais especialistas em Pediatria nos setores de urgência e emergência dos hospitais da capital sergipana.

Assim, questiona-se se seria possível conjugar o direito fundamental de crianças e adolescentes à saúde, garantido com absoluta prioridade, com a efetiva deficiência constatada no âmbito do Estado de Sergipe e com as características especiais que revestem a prestação de serviço de relevância pública, como a saúde, para obrigar estabelecimentos privados a orientarem seus serviços no sentido de colaborar para a efetivação de um direito fundamental.

Portanto, o presente estudo tem por escopo investigar em que medida um direito reconhecido constitucionalmente, mais especificamente o direito de crianças e adolescentes à saúde, é oponível a entidades privadas em decorrência da fundamentalidade de que se reveste.

2. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Convencionou-se chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais a vinculação de particulares às normas, tradicionalmente opostas apenas ao Estado, que compõem o conjunto de garantias e direitos, individuais ou sociais, reconhecidos no âmbito de uma determinada ordem constitucional.

Vale transcrever o preciso conceito de eficácia

horizontal dos direitos fundamentais de Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 237-238):

Entende-se por eficácia horizontal dos direitos fundamentais – também conhecida, conforme a preferência, como “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas” ou “eficácia privada dos direitos fundamentais” ou “eficácia externa dos direitos fundamentais” – a incidência e aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas (relações entre indivíduo e indivíduo).

Conforme observado acima, outras denominações como “eficácia privada” ou “eficácia externa” também fazem referência ao mesmo fenômeno. A denominação “horizontal” refere-se ao mesmo nível em que estariam os particulares envolvidos, tanto o sujeito do direito quanto aquele a quem o direito é oposto, contrastando com a submissão (verticalidade) que haveria na relação entre particular e Estado. Embora sejam admissíveis críticas à suposta igualdade que haveria entre os particulares, que na prática costumam encontrar-se em situações inteiramente diferenciadas, interessa nessa nomenclatura o contraste à relação travada com o Estado, uma característica essencial do fenômeno, razão pela qual será adotada neste trabalho.

O reconhecimento da vinculação de particulares aos direitos fundamentais foi debatido, principalmente, pela doutrina alemã a partir da década de 1950, como decorrência da superação da concepção clássica de Estado liberal, em que os direitos fundamentais exigiam uma postura omissiva do Estado, que deveria abster-se de intervir na esfera de direitos dos cidadãos. Se, por um lado, passou-se a reconhecer cada vez mais direitos que exigiam uma prestação por parte do Estado, por outro, constatou-se a necessidade de proteger os indivíduos das ameaças emanadas de outros particulares a sua liberdade e, indo além, foi colocada em pauta a possibilidade de se exigir de particulares a conformidade de suas condutas aos direitos

fundamentais em seus mais variados aspectos.

A expressão máxima do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é a Constituição Portuguesa de 1976, que em seu art. 18, 1, determina que os *“preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”*. Portugal vem, assim, prestar homenagem à tradição formalista ibérica ao positivizar a vinculação de particulares aos direitos fundamentais, contudo, ainda que a nossa Lei Maior não possua disposição análoga, a eficácia horizontal pode e deve ser reconhecida e aplicada no âmbito de nosso ordenamento jurídico, consoante as razões abaixo expostas.

O fenômeno da eficácia horizontal tem por fundamentos no ordenamento brasileiro, sobretudo, a dimensão objetiva com que se projetam esses direitos e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Inicialmente, quanto a esse primeiro aspecto, esclareça-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais representa a projeção dessas normas enquanto valores, objetivos e diretrizes que permeiam todas as atividades de interesse da sociedade e, dessa forma, excedem os limites dos direitos subjetivos individuais.

Gilmar Mendes (2004, p. 119) explicita as razões em função das quais os direitos fundamentais se apresentam em sua dimensão objetiva:

A par do seu inegável significado como direito de proteção ou de defesa contra atos lesivos por parte do Poder Público, cumprem os direitos fundamentais um relevante papel como elementos da ordem jurídica objetiva da comunidade. A disposição expressa da Lei Fundamental que considera essas garantias como

fundamento de qualquer comunidade humana (Grundlage jeder menschliche Gemeinschaft) (LF, art. 1, II) ressalta exatamente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Também entre nós pode-se afirmar que, ao gravar os direitos fundamentais com a cláusula da eternidade (CF, art. 60, § 4º), pretendeu o constituinte explicitar o especial significado objetivo dos direitos fundamentais como elementos da ordem jurídica objetiva.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao reportar-se aos fenômenos históricos ligados ao surgimento do debate em torno da eficácia horizontal, relaciona diretamente a compreensão dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva ao reconhecimento da vinculação de particulares aos direitos fundamentais (2006, p. 396):

É neste contexto que assume relevo a assim denominada (e já analisada) perspectiva (ou dimensão) jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com a qual estes exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais. A propósito, verifica-se que a doutrina tende a reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento da sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado.

A mesma correlação é encontrada na obra de Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 462):

A associação entre dimensão objetiva e eficácia privada decorre do fato de as duas teorias haverem sido adotadas na jurisprudência de forma simultânea e imbricada. (...) De fato, a admissão da eficácia dos direitos fundamentais em relações inter privados pode ser entendida como a consequência mais importante do reconhecimento da sua dimensão objetiva.

Assim, na medida em que os direitos fundamentais

transcendem o direito individual subjetivo e firmam-se enquanto ordem valorativa por meio da qual deve ser orientada qualquer atividade desenvolvida no seio de uma sociedade, a atuação ou a omissão do Estado tornam-se por demais estreitas para abarcar todos os efeitos que decorrerão da compreensão mais ampla desses direitos.

Entretanto, não basta ter uma ordem valorativa vaga e abstrata que dependa da interpretação subjetiva de cada indivíduo; faz-se necessária uma efetiva aplicação desses valores às relações privadas concretas, no sentido de garantir a vinculação das atividades particulares ao conteúdo material dos direitos fundamentais.

Com efeito, no ordenamento jurídico brasileiro, a efetivação plena dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre do princípio da aplicabilidade imediata, previsto na Constituição Federal, no art. 5º, § 1º, onde resta consignado que *“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*.

Comentando e delimitando o alcance do dispositivo constitucional acima mencionado, o entendimento de Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 277):

Como se observa, era nítida a intenção do Constituinte em evitar que os direitos fundamentais ficassem ao obséquio do legislador infraconstitucional. (...) Ademais disso, também considerando o método histórico de interpretação do art. 5º, § 1º, da CF, e consciente de que deve o jurista perquirir no sistema normativo, até a exaustão, todas as potencialidades dos comandos normativo-constitucionais, notadamente o ora sob investigação, firmamos nossa posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer interpositio legislatoris, que é até desnecessária. Isso significa que a norma-princípio do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a plena justiciabilidade destes direitos, no

sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação.

A respeito da eficácia imediata aplicada à relação travada entre particulares, a lição do autor acima citado (2008, p. 239-240):

No Brasil há uma tendência, na doutrina e jurisprudência do STF, em se adotar a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Essa tendência não é mais senão a aplicação do que preconiza, entre nós, o § 1º do art. 5º, que determina a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais. Ora, se os direitos fundamentais também vinculam os particulares, é mais natural que essa vinculação se dê na mesma medida da vinculação do poder público.

Assim, é interessante notar que, após transpor os limites dos direitos subjetivos, passando a ser compreendidos em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais tornaram-se oponíveis a particulares e, alando-se ao princípio da aplicabilidade imediata, voltaram a ser direitos subjetivos dos cidadãos, com a peculiaridade de não mais se dirigirem apenas ao Estado, mas também a outros indivíduos e ao setor produtivo privado.

3. O DIREITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À SAÚDE EM CARÁTER ABSOLUTAMENTE PRIORITÁRIO

A Constituição Federal de 1988 concedeu tratamento especial a crianças e adolescentes, firme na compreensão de que a situação peculiar de desenvolvimento demanda cuidados diferenciados. Sob esse prisma, além de estarem obviamente inseridos na previsão constitucional dos direitos e garantias fundamentais, crianças e adolescentes conquistaram a prerrogativa de prioridade absoluta na

efetivação de seus direitos, conforme a inteligência do art. 227¹.

A respeito da prioridade de tratamento consignada no texto constitucional e seu alcance prático, ensina Martha de Toledo Machado (2003, p. 407):

A estrutura peculiar do direito material de crianças e adolescentes se caracteriza por conformar todos eles para gerarem prestações positivas (obrigação comissiva e não meramente omissiva) aos obrigados (representados pelo trinômio Estado, Família e Sociedade, empregado no caput do art. 227 da CF), sob a ótica de maior garantia, impondo-lhes dever de asseguração prioritário.

Voltando a atenção para a questão do direito à saúde em particular, frise-se que o já mencionado art. 227, da Constituição Federal, elenca a saúde dentre os direitos fundamentais de crianças e adolescentes que deverão ser tutelados com absoluta prioridade. Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente especifica o que se entende pela garantia de prioridade, situação que ganha especial relevo no que diz respeito ao direito à saúde:

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;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

Não é demais lembrar que o art. 197², da Constituição

¹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

² Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Federal, determina que os serviços de saúde são de relevância pública. De outra forma não poderia ser, face à elementaridade que caracteriza a saúde na vida de qualquer ser humano. Em verdade, o direito à saúde é decorrência direta do direito à vida, conforme entende Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 340-341):

Com efeito, a despeito do reconhecimento de certos efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana mesmo após a sua morte, o fato é que a dignidade é, essencialmente, uma qualidade inerente à pessoa humana viva, mais precisamente, expressão e condição da própria humanidade da pessoa. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, precondição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posição jurídica de fundamentalidade indiscutível.

Portanto, em face do especial relevo atribuído ao direito à saúde e da evidente relevância pública que os serviços prestados nessa área assumem, foram desenvolvidos mecanismos de controle das atividades referentes à saúde que são igualmente válidos para o setor público e o privado. Não se pode deixar de notar que a forte presença estatal, exercendo sua função reguladora, nas atividades desenvolvidas por particulares na área de saúde é um sinal da compreensão do direito à saúde em sua dimensão objetiva e, em última análise, uma forma de eficácia horizontal de um direito fundamental.

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde, contribuindo para a concretização dos preceitos constitucionais acima mencionados, prevê a regulamentação do setor privado que atua na área de saúde:

Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à

saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento.

Acerca da regulamentação exercida pelo Poder Público sobre as atividades que o setor privado desenvolve na área de saúde, os comentários de Andrea Lazzarini Salazar, Karina Rodrigues e Vidal Serrano Nunes Júnior (2003, p. 353-354):

Ora, partindo-se do enunciado constitucional, da abrangência da LOS, que já em seu art. 1º determina sua competência para regular quaisquer ações ou serviços de saúde, inclusive os prestados pela iniciativa privada, que, por sua vez, são referidos em título específico e, em matéria legislativa, de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, é lógico se concluir que a prestação de serviços de saúde – seja de iniciativa de integrantes do sistema único, seja de iniciativa privada – deve seguir as mesmas diretrizes e os mesmos princípios. É claro que suas diferenças e peculiaridades devem ser respeitadas, mas sempre tendo em vista que o interesse da coletividade, o bem comum que se pretende buscar com o fornecimento de serviços de saúde adequados, se sobrepõe aos interesses particulares, quaisquer que sejam eles, e, paralelamente, que o interesse social está acima do econômico.

A concretização do direito de crianças e adolescentes à saúde é de tal forma avançada em nosso ordenamento, que normas técnicas minuciosas exigem a presença de especialistas em Pediatria nos setores de urgência e emergência dos hospitais, consoante se observa da Resolução nº 1451/1995³, do Conselho Federal de Medicina, e da Portaria nº 2048/2002⁴, do Ministério da Saúde. Registre-se que as normas mencionadas fazem expressa menção a sua aplicabilidade ao setor privado.

Por fim, destaque-se outra peculiaridade que reveste os direitos de crianças e adolescentes, trata-se da determinação constitucional de que a observância e efetivação dos direitos conferidos

³Publicada no Diário Oficial da União de 17/03/1995, Seção I, p. 3.666.

⁴Publicada no Diário Oficial da União de 12/11/2002, Seção I, p. 32.

a esse grupo específico serão responsabilidade não apenas do Estado, mas também da família e da sociedade. Nesse ponto, nota-se o inequívoco desígnio do constituinte no sentido de fazer os direitos ali consignados transporem a relação entre indivíduos e Estado, fazendo com que todos os setores que compõem a sociedade sejam vinculados aos preceitos constitucionais.

Portanto, o direito de crianças e adolescentes à saúde, por força do que dispõe expressamente a Constituição Federal, não é responsabilidade exclusiva do Estado, mas de toda a sociedade, em especial daqueles que desenvolvem atividades de relevância pública, o que inevitavelmente leva à conclusão de que se trata de hipótese de eficácia horizontal de direito fundamental.

4. A INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Já tendo sido analisados o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o direito prioritário de crianças e adolescentes à saúde, cabe investigar um último aspecto que diz respeito à solução prática da questão, o papel desenvolvido pelo Poder Judiciário na concretização dos preceitos constitucionais estudados.

Se há alguma dúvida quanto à vinculação de particulares aos direitos fundamentais, o mesmo não se pode dizer no tocante ao Estado, que não deve ser compreendido apenas na sua função executiva, mas em todas as facetas que assume a atuação estatal, inclusive em sua função jurisdicional.

Tratando especificamente da vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e das diferentes implicações que desse fato decorrem, Gilmar Mendes (2004, p. 118) registra seu posicionamento:

Também indiscutível se afigura a vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais. Dessa vinculação resulta para o Judiciário não só o dever de guardar estrita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, em especial dos direitos fundamentais, seja nas relações entre os particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre particulares.

No mesmo sentido, a lição de Sarlet (2006, p. 389):

A vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais – leciona Gomes Canotilho – manifesta-se, por um lado, por intermédio de uma constitucionalização da própria organização dos tribunais e do procedimento judicial, que, além de deverem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais, por estes são influenciados, expressando-se, de outra parte, na vinculação do conteúdo dos atos jurisdicionais aos direitos fundamentais, que, neste sentido, atuam como autênticas medidas de decisão material, determinando e direcionando as decisões judiciais.

Interessa a esse estudo, em particular, a observância dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário quando profere suas decisões, que deverão estar sempre voltadas à concretização dos preceitos constitucionais. Dessa forma, torna-se evidente que, quando provocado a aplicar direitos fundamentais a relações privadas, o julgador deverá seguir esse caminho, antes de mais nada, por ser seu dever funcional de atribuir a maior efetividade possível a esses direitos.

Esse aspecto da vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais também pode ser visto enquanto um

desdobramento do dever de proteção que assume o Estado. A respeito do dever de proteção, o ensinamento de Jane Pereira (2006, p. 468-469):

A teoria dos deveres de proteção do Estado surgiu na jurisprudência germânica como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa noção está ligada à idéia de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, pressupondo que o Estado não apenas deve abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas tem o dever de atuar positivamente, promovendo-os e os protegendo de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de outros indivíduos.

É necessário esclarecer que a vinculação das relações privadas aos direitos fundamentais não constitui ingerência indevida ou ofensa à autonomia da vontade dos particulares, tendo em vista que comumente o exercício de um direito importará na limitação do direito de outrem, trata-se de postulado básico da vida em sociedade.

Cumpre, então, ponderar os interesses envolvidos e estabelecer os limites no caso concreto. Em especial quando se está tratando da exploração econômica de uma atividade de relevância pública, a ponderação naturalmente tenderá a favorecer aqueles que necessitam de uma prestação específica, ressalte-se que no caso dos hospitais privados sequer se trata de uma liberalidade, antes é um serviço pago.

Sarlet (2006, p. 400-401) advoga a eficácia direta (imediata) dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares, o que deverá ser aplicado com a ponderação das circunstâncias concretas, de modo a evitar ingerência indevida no Poder Judiciário na autonomia dos particulares:

Tal entendimento, dentre outras razões que aqui não iremos desenvolver, justifica-se especialmente entre nós, pela previsão expressa da aplicabilidade direta

(imediate) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que, por sua vez, não se contrapõe ao fato de que, no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares.

Também a respeito da ponderação entre a autonomia dos particulares e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, leciona Jane Pereira (2006, p. 488):

Nessa perspectiva, a crítica de que a eficácia direta compromete o valor constitucional da autonomia escamoteia o verdadeiro ponto de divergência: a questão não se encontra em saber se a autonomia privada deve ou não ser protegida, mas sim se esta deve prevalecer em face dos demais direitos fundamentais quando tratar-se de relações jurídicas entre particulares. Ao admitir-se a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações inter privados, a autonomia não é amesquinhada, e sim colocada no mesmo plano dos demais bens jurídicos fundamentais.

Desse modo, nada há a temer a respeito de uma atuação do Poder Judiciário no sentido de reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, desde que seja feita a devida análise do caso concreto, pesando os diferentes princípios envolvidos.

Com efeito, ao vincular os particulares aos direitos fundamentais, os julgadores não estarão realizando ingerências ou excedendo suas funções, muito ao contrário, a aplicação desses direitos às relações privadas é antes um dever do Poder Judiciário na qualidade também de destinatário das mesmas normas.

5. CONCLUSÃO

Conforme exposto, a compreensão que se tem atualmente da Constituição como referencial axiológico a permear todas as relações desenvolvidas no âmbito de uma sociedade levou ao reconhecimento de que os direitos fundamentais vinculam não apenas o Estado, mas também os particulares. A partir desse entendimento e somando-se ao princípio da aplicabilidade imediata consignado no texto constitucional, o modelo de país traçado na Carta de 1988 permite e até mesmo exige que as relações privadas estabelecidas no âmbito de nosso ordenamento jurídico estejam vinculadas aos direitos fundamentais de forma direta.

No caso de prestações positivas, como o atendimento em hospitais, é evidente que o excesso de subjetividade pode ser um entrave à efetivação de direitos fundamentais, de modo que normas regulamentadoras sempre serão necessárias, mormente quando se trata da eficácia no plano horizontal, que ainda sofre maior resistência por parte dos julgadores. De fato, os limites para a exigibilidade de direitos sociais não são claros, por outro lado, a conformidade da atuação do setor privado aos padrões estabelecidos pelo Estado garante a supremacia da ordem valorativa que emana dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva.

No caso específico do direito de crianças e adolescentes à saúde, já existe exaustiva regulamentação com o fim de garantir que qualquer atividade relacionada a essa questão será desenvolvida em consonância com a previsão constitucional de prioridade absoluta.

Assim, a ingerência do Estado sobre o setor privado, nessa questão específica, é mais que devida, trata-se da garantia de que ao texto constitucional será atribuída a necessária efetividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 2004. Diário da Justiça de 04/05/2004, p. 12.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; RODRIGUES, Karina e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Assistência Privada à Saúde: Regulamentação, Posição IDEC e Reflexos no Sistema Público. In ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito Sanitário e Saúde Pública*, Vol. I. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

UMA NOVA CONCEPÇÃO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR*

Alexsandro de Araujo Trindade**

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Clássica visão do Arrependimento Posterior; 3 – Nova Concepção do Arrependimento Posterior; 4 – Conclusão; 5 – Referências.

RESUMO: O artigo visa demonstrar que o Arrependimento Posterior possui nova definição jurídica, em detrimento da clássica visão, por muitos ainda adotada.

PALAVRAS CHAVE: *Arrependimento Posterior, Princípios, Extinção da Punibilidade.*

1 - INTRODUÇÃO

O artigo irá comprovar que, com a edição da Lei 10.684/03, a velha estrutura do Arrependimento Posterior, capitaneada no Art. 16 do CPB, veio abaixo. A referida lei deu-lhe uma nova concepção, a qual rompe com a ordem elitista, seletiva e preconceituosa que permeia o Sistema Criminal, privilegiando, pois, o princípio da isonomia e uma política criminal humanitária.

2 – CLÁSSICA VISÃO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR

Alguém que furta duas caixas de gomas de mascar, no

*Menção Honrosa no Concurso Melhor Arrazoadado Jurídico 2010. Categoria Servidor do Ministério Público.

**Analista de Direito do MP/SE. Texto elaborado em junho de 2010.

valor de R\$ 98,80 (noventa e oito reais e oitenta centavos)¹, e as restitue ao seu dono, até o recebimento da denúncia, de forma voluntária, terá a sua pena reduzida de um a dois terços; caso seja depois do recebimento, só terá direito a atenuação da mesma. No entanto, se alguém sonegar, por exemplo, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), e restituí-lo, antes da execução da pena, sua punibilidade será extinta.

Por que tamanha diferença? Se os delitos supracitados são patrimoniais e cometidos sem violência ou grave ameaça a pessoa, por qual razão ambos não tem o mesmo tratamento? O Princípio da Especialidade!

Quem sonega é especial, pois não vive em favela, pelo contrário, integra o mesmo meio social daqueles que legislam e julgam. Assim, aparentemente não representam perigo algum para a sociedade. *A contrario sensu*, aquele que furta, tem um histórico de criminalidade, em geral, de quem vive na periferia, sendo um perigo em potencial para a sociedade; é um não cidadão, que deve ser controlado através do Direito Penal, que merece toda a repressão do sistema criminal, para que não venha a perturbar a paz dos verdadeiros cidadãos de bem!

Só que, para o desespero daqueles que reforçam a ideia da seletividade do Direito Penal, os quais entendem que o criminoso nato deve ser punido a todo custo, a velha estrutura do instituto do Arrependimento Posterior ruiu. Não há dois Arrependimentos Posteriores, um para o Direito Penal Clássico e outro para Direito Penal Econômico, mas só há um. Com uma nova concepção, que privilegia o Princípio da Isonomia e atende aos anseios de uma Política Criminal liberal.

O Arrependimento Posterior, como ainda se concebe

¹HC nº 98.944 (STF).

para o Direito Penal Clássico, está previsto no art. 16 do Código Penal da seguinte forma: Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)².

Segundo Guilherme de Souza Nucci, o arrependimento chama-se posterior para diferenciá-lo do eficaz. Quer dizer que ocorre posteriormente ao momento consumativo (2005, p. 167). Entretanto, linguisticamente a expressão não foi das mais felizes, tendo em vista que todo arrependimento é posterior a algo, pois ninguém pode se arrepender de um feito que não aconteceu!

Na verdade, o instituto deveria qualificar-se como Arrependimento Restaurador, vez que “o arrependimento, no caso, representa não um sentimento de pesar pelo crime cometido, mas sim a vontade de restaurar a ordem perturbada” (Juan Cordoba Roda apud PEDROSO, p. 323). Dessa maneira, dever-se-ia chamar Arrependimento Restaurador, e não posterior, não só por questão de respeito à língua portuguesa, como também porque privilegia seu fim último: restaurar a situação da vítima anterior à prática do delito.

Por se tratar de causa de diminuição de pena e por estar prevista na parte geral do Código Penal, sua natureza jurídica é de Causa Geral de Diminuição de Pena³. Portanto, “(...) sua inserção no contexto da teoria do crime foi indevida, merecendo situar-se no capítulo pertinente à aplicação da pena” (NUCCI, 2005, p. 167)⁴.

² Veto à tona com a reforma da Parte Geral do Código Penal efetuada através da lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que só veio a entrar em vigor em 13 de janeiro de 1985.

³ “Assim, diante da redação do art. 16 e em virtude de sua localização no Código Penal, chegamos à conclusão de que se trata de causa geral de diminuição de pena, também reconhecida como minorante” (GRECO, 2008, p. 277).

⁴ “Não se trata de uma causa impeditiva (excludente) da punibilidade abstrata ou mesmo de uma causa extintiva da punibilidade concreta. Não elimina, destarte, o poder punitivo estatal, apenas delimita, dando à reposta estatal menor intensidade. Não se cuida, de outro lado, de instituto que afete a teoria do delito (fato formal e materialmente típico + antijuridicidade). Não desonera tampouco a culpabilidade (entendida como fundamento da pena). É algo que interessa

O arrependimento restaurador aplica-se aos crimes de cunho eminentemente patrimonial, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Claro que se praticada a infração com violência somente a coisa, não há impeditivo para a incidência do referido instituto.

No furto, por exemplo, é perfeitamente viável a aplicação do arrependimento posterior, mesmo que tenha sido ele qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo (art. 155, §4º, I), uma vez que a violência repelida pelo art. 16 é aquela dirigida contra a pessoa, e não contra a coisa (GRECO, 2008, p. 278).

Contra este requisito, no entanto, opõe-se Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de requisito indispensável para a aplicação do benefício, embora se devesse, em futura modificação da lei penal, ampliá-lo para qualquer delito que produza efeito patrimonial, independentemente de ter sido praticado com violência ou grave ameaça. Ao roubo, cometido com grave ameaça ou lesão leve, por exemplo, cujo agente, arrependido do que fez, procure a vítima ou a polícia, devolvendo, integralmente, a coisa subtraída, bem como pagando qualquer dano remanescente, deveria ser efetivada a causa de diminuição da pena. Não se privilegiam, no direito penal pátrio, as formas de arrependimento do autor. Se, por um lado, quer-se que a pena sirva – e é a concepção mais difundida atualmente – de instrumento para a reeducação, quando se vislumbra uma forma real de arrependimento, significando uma natural reeducação, não se dá valor (2005, p. 167).

Acertada, no entanto, a decisão do legislador ao impor tal requisito, vez que não se pode esquecer que a gravidade da violência, por menor que seja, não se tem como reparar. Além do que, dois pontos devem ser considerados, que o benefício privilegia mediatamente o infrator, mas tem como alvo principal a vítima. Assim

exclusivamente à teoria da pena (GOMES, 2007, p. 487).

como, quem pratica um roubo e repara o dano tem direito a atenuante genérica, prevista no art. 65, III, b, do CP, não ficando, pois, sem nenhuma proteção.

Ainda com relação à violência, aduz Luiz Flávio Gomes que a violência exposta no art. 16 do CP é dolosa e não culposa, ou seja, refere-se a delitos dolosos e não culposos (Ex: Homicídio culposos no trânsito) (2007, p. 488). Portanto, preleciona que:

Excluídos os crimes violentos e dolosos contra a pessoa, não há outro impedimento para se dar efetividade ao dispositivo legal. Crimes patrimoniais, crimes funcionais (cometidos por funcionário público) etc... Todos admitem (plenamente) a diminuição da pena nele contemplada (2007, p. 488).

Pensa de forma contrária Júlio Fabbrini Mirabete:

Entretanto, não se aplica nos crimes em que não haja lesão patrimonial direta. Não cabe, por exemplo, no crime de lesões corporais culposas quando o agente repara o dano patrimonial do ilícito. Não se pode concordar, portanto, com decisões que concedem a redução nessa hipótese (2008, p. 158).

Salutar frisar que o pano de fundo da questão não é o dolo ou a culpa da violência ou do delito, mas sim o efeito patrimonial decorrente da infração. Então a indagação que há de ser feita é: o Arrependimento Posterior incide sobre toda e qualquer infração que tenha efeito patrimonial?

Límpido que não! O instituto só derrama suas águas sobre as infrações que possuam como lesão principal, e não acessória, o patrimônio. Numa Lesão Corporal Culposa, o prejuízo advindo com tal ilícito é secundário e não principal, pois este é a integridade física do agente que não há como ser reparada, ou será que num Homicídio Culposos, no qual a violência é culposa, tem como se reparar a vida

ceifada?

Claro que ao adotar tal postura, almeja-se privilegiar a vítima, entretanto tem que se ter bom senso nessa situação, pois na verdade, pode-se estar agindo contra o seu anseio, como fora bem frisado. Além do que o fim do instituto não foi este, mas de agir sobre os delitos de cunho eminentemente patrimonial. No mais, saliente-se que, para as hipóteses acima fustigadas, existe a atenuante genérica do art. 65, III, b, do CP, que na realidade é a que deve ser aplicada a estes casos.

Em relação ao quanto há de se reparar, para gozar do benefício labutado, existem três posicionamentos: O primeiro defende que a reparação deve ser integral, e não parcial, só que isto será verificado pelo juiz, através do conformismo da vítima, admitindo até uma reparação quase integral, mas não parcial; Já o segundo preleciona que a reparação parcial pode dar ensejo ao Arrependimento Restaurador, desde que a vítima consinta com tal satisfação patrimonial; Por fim, o terceiro aduz que a restituição deve ser total, não se indagando da aceitação da vítima, entretanto se impossível esta, e a vítima se conforma com a reparação parcial, pode ser o agente beneficiado com o instituto ventilado.

Ao lado do primeiro:

Guilherme de Souza Nucci: Deve ser feita de modo integral. Sendo parcial, não se pode aplicar o benefício ao agente. Entretanto, é preciso ressaltar que a verificação da completude do reparo ou da restituição deve ficar a cargo da vítima, salvo em casos excepcionais. Exemplificando: se o agente furta veículo do ofendido, devolvendo-o sem calotas, é possível que a vítima se dê por satisfeita, podendo-se considerar concretizado o arrependimento posterior. Entretanto, se o agente devolvesse somente os pneus do veículo, ainda que a vítima concordasse, seria uma forma de burlar o texto legal, não o aceitando o juiz (2005, p. 168).

Perfilhando o segundo, prelecionam: I – Paulo José da Costa Junior: É possível que a reparação do dano não seja integral, correspondendo, então, a uma menor diminuição da pena do que ocorreria se fosse completa (apud NUCCI, 2005, p. 168); II – Alberto Silva Franco: Em princípio, ser total, mas se a vítima se satisfaz com a reparação parcial é de se admitir o arrependimento posterior (apud GRECO, 2008, p. 281).

Nos trilhos do último:

Rogério Greco: Há duas situações distintas que merecem ser objeto de análise. Na primeira delas, que diz respeito à restituição da coisa, esta deve ser total, para que se possa aplicar a redução, não se cogitando, aqui, do conformismo ou da satisfação da vítima quanto à recuperação parcial dos bens que lhe foram subtraídos. Na segunda, ou seja, não havendo mais a possibilidade de restituição da coisa, como quando o agente a destruiu ou dela se desfez, para que se possa falar em arrependimento posterior é preciso que exista reparação do dano. Nessa situação específica é que devemos aplicar o raciocínio de Alberto Silva Franco, conjugando-se o conformismo da vítima com a reparação parcial do dano levada a efeito pelo agente, para que possa ser ele beneficiado com a redução (2008, p. 281).

Na esteira do explicitado, o Superior Tribunal de Justiça comunga com a tese de que, para gozar do benefício, a reparação deve ser integral, como se pode inferir:

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PRÓPRIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NÃO-CONHECIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA IGUAL OU INFERIOR A UM ANO DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DA REGRA DO § 2.º, DO ART. 44, DO CP. MATÉRIA DECIDIDA EM SEDE DE HC. PROVA ILÍCITA. CONDENAÇÃO QUE SE BASEOU EM OUTRAS EVIDÊNCIAS. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. REPARAÇÃO DO DANO ANTES DA DENÚNCIA

NÃO CONFIGURADA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. (...).

II. (...).

III. (...).

IV. *Se não restou comprovada, de plano, a efetiva reparação do dano, antes do oferecimento da denúncia, não se aplica a causa de diminuição de pena relativa ao arrependimento posterior.*

IV. *Recurso parcialmente conhecido e desprovido.*

(Resp. 505284 / SC; RECURSO ESPECIAL 2003/0021082-4 / Relator Ministro GILSON DIPP / DJ 03.11.2003).

O direito não pode ser interpretado de modo que leve a graves distorções. A reparação do dano, independente de ser através do pagamento ou da restituição da coisa, deve ser integral. No entanto, por acaso se não reparado integralmente, mas reparada uma quantia que a vítima e o magistrado julgam satisfatória, o acusado faz jus ao Arrependimento Restaurador.

Então, inicialmente a reparação deve ser integral. Contudo, se não for, analisa-se se a vítima concorda com o que foi reparado, assim como se o juiz também a aceita. Importante, o policiamento do magistrado nesta questão, para evitar, por ventura, fugas ao pretendido pelo instituto ventilado. Portanto, exige-se não só o conformismo da vítima, como também, o do juiz, por motivo de segurança não só jurídica, como daquela.

Para que o instituto em tela espraie seus efeitos, não necessita que a ideia da reparação nasça em sua mente, ou seja, que a mesma ocorra de forma espontânea, somente reclama que o acusado a pratique. Não sendo possível a sua observância, caso a reparação venha a ser efetivada, por meio de uma apreensão policial.

Dessa forma,

"Contentou-se o art. 16 do Código Penal em permitir a aplicação da causa de diminuição de pena por ele prevista quando o arrependimento posterior for voluntário, não se exigindo, aqui, o requisito da espontaneidade.

(...)

Contudo, se, v.g., a coisa subtraída pelo agente não é por ele voluntariamente entregue a autoridade policial, mas, sim, é descoberta e apreendida no curso das investigações, não se falará na aplicação da redução de pena, porque não se vislumbra, in casu, a voluntariedade do agente" (GRECO, 2008, p. 279-280).

Agora, indaga-se se a voluntariedade é sinônimo de pessoalidade do ato, ou se pode conferir o Arrependimento Posterior através de uma reparação empreendida por terceiro, em seu nome.

"Nessa hipótese, temos pelo menos, duas correntes. A primeira, cuja interpretação atrela-se à letra da lei, exige a pessoalidade do ato, não permitindo a redução da pena se a reparação do dano ou restituição da coisa forem levadas a efeito por terceira pessoa; a segunda corrente, numa interpretação mais liberal, que atende tanto aos interesses da vítima como aos do agente, permite a aplicação da redução mesmo que reparação do dano ou restituição da coisa tenham sido feitas por terceiro" (GRECO, 2008, p. 280).

Atrelado a primeira corrente, traz Júlio Fabbrini Mirabete que: Para a existência da causa de diminuição da pena, a reparação deve ser pessoal, completa e voluntária (2008, p. 157). Ao contrário, perfilhando o outro pensamento, expõe Paulo Queiroz:

No entanto, se, como diz a Exposição de Motivos do Código, tal providência de Política Criminal é instituída menos em favor do agente do que da vítima, não faz muito sentido recusar idêntico efeito quando um terceiro, intervindo em favor do agente, restitua a coisa ou repare integralmente o dano, como pode ocorrer em se tratando de indiciado pobre (2006, p. 269).

Exigir pessoalidade do ato é por demais exarcebado, pois se um terceiro faz a reparação do dano em nome de outrem, se não há certeza de que este se arrependeu, porque não aplicar o *in dubio pro reo*? Ou seja, porque não presumir que com a reparação do dano, efetuada por terceiro, o agente arrependeu-se do ato praticado?

Assim, tendo em vista uma política criminal mais liberal, que privilegia não só a vítima, como também o acusado, deve-se presumir voluntária a reparação do dano, procedida por terceiro, desde que não haja prova em contrário.

Nesse diapasão, outra questão tormentosa é a trazida pelo art. 16 do CP, qual seja, se a circunstância apresentada pelo mesmo é objetiva ou subjetiva, ou seja, se no concurso de pessoas, reparado o dano por um dos agentes, ao (s) outro (s) aproveita o benefício.

Conforme preleciona Luiz Flávio Gomes:

O tema é polêmico, havendo duas posições (uma afirmativa e outra negativa). Prepondera o entendimento negativo, apesar de se tratar de uma causa objetiva de diminuição da pena. Sendo causa objetiva, diz a doutrina, o normal seria favorecer todos os agentes. Ocorre que o art. 16 do CP exige ato voluntário do agente (que é algo eminentemente pessoal). De outro lado, o fundamento da diminuição da pena é a suavização do desvalor do resultado (que fica atenuado com a reparação dos danos ou restituição da coisa). Se um só agente cumpriu as exigências do art. 16 do CP, apenas em relação a ele o desvalor do delito foi minorado. Por isso que o entendimento preponderante sustenta que apenas ele deve ser beneficiado.

(...)

Depois que um dos co-autores já pagou todo o prejuízo, pode ser que outro co-autor pague (ao primeiro) a parte dele. Nesse caso este último também pode se valer do art. 16 do CP (2007, p. 488-489).

Na contramão do exposto, denota a posição do Superior Tribunal de Justiça, como se percebe:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO A CO-RÉUS.

Apesar de a lei se referir a ato voluntário do agente, a reparação do dano, prevista no art. 16 do Código Penal, é circunstância objetiva, devendo comunicar-se aos demais réus.

Recurso conhecido e provido.

(REsp 264283 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2000/0062057-2 / Relator Ministro FELIX FISCHER /DJ 19.03.2001).

Aquele que compreende que a voluntariedade, significa pessoalidade do ato, ou seja, que o agente tem que de corpo presente efetuar a restituição ou reparação, defende, sem sombra de dúvida, que tal circunstância é pessoal, subjetiva, intrínseca ao sujeito que a pratica. Pois, dessa maneira, não havendo pessoalidade também dos demais concorrentes, não há que se falar na extensão da redução para estes.

Contudo, há de se recordar que voluntariedade, quer dizer desejo de reparar o dano, e não a presença do acusado, no momento de sua prática. Vontade esta que pode ser manifestada pela própria pessoa ou por outrem em seu nome. Claro, destarte, consubstanciar uma circunstância objetiva, pois, não está dentro da esfera subjetiva do agente.

Isso porque a condição da reparação, não pertence somente ao acusado que a realiza, visto que se faz em nome de todos, até que se prove o contrário, a estes deve ser estendida a redução da pena.

No mais, se assim não se compreender, nenhum co-

autor ou partícipe terá direito ao benefício. Senão, veja-se: Reparado integralmente o dano por um dos concorrentes, os demais para ter direito a redução ou efetuam a reparação juntamente com este ou lhe restituem aquilo que foi reparado em seu nome; como se conceber alguém beneficiar-se da própria torpeza! Será que se não percebeu que o concorrente devolvendo sua parte ao que reparou, este estará lucrando com seu evento criminoso! Absurdo imaginar tal hipótese!

Portanto, com esteio em tudo que foi exposto, o art. 16 do CP configura circunstância objetiva, extrínseca ao sujeito, estendendo, pois, a redução da pena a todos os sujeitos integrantes da relação criminosa, quando algum deles restitua a coisa ou repare o dano, ou quando um terceiro estranho o faça por estes.

Nessa toada, o Arrependimento Restaurador reclama um limite temporal. O art. 16 do CP é claro ao prelecionar que, só poderá gozar do seu benefício, quem atender aos requisitos até o recebimento da denúncia ou da queixa. Note-se que não é do oferecimento da denúncia, mas sim do seu recebimento.

Mister observar que o oferecimento ocorre com a proposição da denúncia pelo Ministério Público ou da queixa pelo Querelante, enquanto o recebimento dá-se no momento em que o magistrado põe na peça acusatória o despacho de recebido. Assim, a partir desta fase, mesmo que preenchidos os demais pressupostos, não terá direito ao Arrependimento Posterior.

“Deve ser ressaltado, por oportuno, que o artigo fala em possibilidade de arrependimento posterior até o recebimento da denúncia. Assim, embora oferecida a denúncia, se o juiz não a tiver recebido, o agente poderá beneficiar-se com esta causa geral de diminuição de pena” (GRECO, 2008, p. 278).

Portanto, para fazer jus ao art. 16 do CP, o acusado há de justificar os seus preceitos, antes de recebida a denúncia pelo magistrado. Entretanto, se proceder à reparação do dano depois de recebida a denúncia, não terá direito, como bem afirmado, ao Arrependimento Posterior, mas gozará da atenuante genérica, preceituada no art. 65, III, *b* do CP.

Sacramentados os pressupostos exigidos, o réu terá direito, por enquanto, a ver sua pena reduzida de um a dois terços. Para Guilherme de Souza Nucci, “deve-se levar em consideração dois fatores: a) espontaneidade do agente; b) celeridade na devolução. Quanto mais sincera e rápida for a restituição ou reparação, maior será a diminuição operada” (2005, p. 170).

Para verificar o quanto será reduzido, o magistrado deve levar em consideração o tempo em que se procedeu a reparação, assim como se foi o mesmo quem a efetuou ou se outra pessoa a fez em seu lugar. Verificadas tais hipóteses, reduz-se substancialmente a pena.

Assim, ante tudo o que fora adunado, vislumbra-se que o Arrependimento Posterior é, para os conservadores, uma causa geral de diminuição de pena, que reduz a pena de um a dois terços, nos crimes de cunho patrimonial, praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, ao agente que, por si mesmo ou mediante terceiro, restitui a coisa ou repara o dano causado à vítima, antes de recebida a denúncia ou a queixa.

3 – NOVA CONCEPÇÃO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR

Entretanto, com a edição da Lei 10.684/03⁵, esta velha estrutura veio abaixo. O instituto do Arrependimento Posterior, além de estar situado noutro local, possui novos contornos, sendo a principal mudança a alteração de sua natureza jurídica, que de simples causa geral de diminuição de pena, passa a ser de extinção da punibilidade.

Nessa norma, o assunto foi disciplinado no art. 9º, caput e §§ 1º e 2º da respectiva lei, conforme se pode inferir:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Inicialmente, salutar notar os crimes que são açambarcados pelo art. 9º, da lei 10.684/03. Constam da lei os delitos previstos nos arts. 1º e 2º da lei 8.137/90 e 168-A e 337-A do Código Penal. Os dois primeiros tratam-se dos crimes praticados por particulares contra a ordem tributária, enquanto os posteriores são Apropriação Indébita Previdenciária e Sonegação de Contribuição Previdenciária, respectivamente.

⁵De 30 de maio de 2003, é por uns chamada de REFIS II (Programa de Recuperação Fiscal) e por outros de PAES (Programa de Parcelamento Especial).

Cristalino o fato de que o bem jurídico tutelado pelos arts 1º e 2º, da lei 8.137/90, é o erário público, o patrimônio do Estado, ou seja, o dinheiro de todos. Com relação aos dois delitos previdenciários, apesar de um constar no título II, dos crimes contra o patrimônio, e no título X, dos crimes contra a administração pública, o bem jurídico protegido por ambos é o patrimônio da Previdência Social, que na bem da verdade, é o dinheiro do Estado.

Portanto, claro está que os delitos agraciados no art. 9º, do PAES, o bem jurídico em questão é o erário público, o patrimônio de todos. Além do bem jurídico protegido por esses delitos, outro aspecto que desponta é que são delitos que não possuem como característica a violência ou grave ameaça à pessoa. Dessa maneira, os seus preceitos são aplicados a infrações penais cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Observa-se que o *caput* do art. 9º (do REFIS II) prevê a suspensão da pretensão punitiva do Estado, e a interrupção do prazo prescricional no §1º, os quais constituem efeitos do parcelamento do débito existente com o ilícito penal.

No caso, suspender-se-á a pretensão punitiva do Estado, quando parcelado o dano causado pelo delito praticado. Significa dizer que se parcelado o crédito decorrente da infração penal, se estiver na fase do inquérito policial, este será trancado e se já tiver sido instaurado o processo, o mesmo será suspenso. Tentando minimizar, estipula que se suspende também o curso normal da prescrição.

Além dessas suspensões, previu no §2º a extinção da punibilidade, decorrente do pagamento do débito. Apesar de constar, tão somente, a pessoa jurídica, desarrazoado é imaginar que só esta

tem direito a extinção da punibilidade, não alcançando também os seres humanos. Reforçando, frise-se que o parágrafo fala na “pessoa jurídica relacionada com o agente”, ou seja, não necessita que seja este quem efetue o pagamento, podendo ser uma terceira pessoa, no caso a própria empresa⁶ utilizada na prática do delito.

Aqui impende esclarecer mais uma característica, que é o fato de que a reparação é voluntária, mas não precisa ser pessoal, podendo ser realizada por uma terceira pessoa, no caso a empresa pode efetuar o pagamento devido pelo agente, que terá direito a extinção da punibilidade. Portanto, não exige que o agente pessoalmente repare o dano, podendo ser feito por outra pessoa.

Para que venha gozar da extinção da punibilidade, o acusado deve reparar integralmente o dano realizado, ou seja, se pago parcialmente não fará jus ao benefício. Entretanto, ao contrário das leis anteriores⁷, cai, por terra, o limite temporal, qual seja o recebimento da denúncia. Dessa maneira, enquanto não executada a pena, o agente terá direito a extinção da punibilidade, se reparado integralmente o dano.

Portanto, percebe-se que, consoante dispõe o art. 9º, da lei 10.684/03, para os delitos sem violência ou grave ameaça à pessoa, de cunho eminentemente patrimonial (arts. 1º e 2º, da lei 8137/90 e 168-A e 337-A do CP), reparado integralmente o dano, pelo próprio agente ou por terceira pessoa, antes de executada a pena, terá direito a extinção da punibilidade.

⁶ Para aqueles que admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, seria também como co-autora.

⁷ Refere-se à lei 9.249/95, mais precisamente ao seu art. 34: “extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”; e à lei 9964/2000, relativamente ao 53º do seu art. 15: “Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal”.

Cediço, como se pode inferir, que o art. 9º, da citada lei, criou outro Arrependimento Posterior, tão somente para delitos ali previstos, em detrimento dos demais. Ocasionalmente a coexistência do Arrependimento do art. 16 do Código Penal, que prevê uma redução de pena e o daquele artigo que estabelece a extinção da punibilidade, para a mesma situação de reparação do dano.

Essa coexistência deveu-se inicialmente pela figura do legislador, que restringiu a atuação do Arrependimento Posterior criado no art. 9º, do PAES. Depois mantida pelos tribunais, tendo em vista que entendem que por ser lei especial, em relação aos delitos previstos no Código Penal, não pode ser ampliada para ser aplicada a estas infrações.

Nesse aspecto, é a jurisprudência do Superior Tribunal Justiça, como se pode inferir:

PENAL. HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. RESSARCIMENTO DA VÍTIMA APÓS CONSUMAÇÃO DO DELITO.

Na linha de precedentes desta Corte, no delito de apropriação indébita o ressarcimento do prejuízo antes do recebimento da exordial acusatória não enseja a extinção da punibilidade, podendo incidir apenas como causa de diminuição da pena (v. g. arrependimento posterior) ou como circunstância atenuante. Habeas corpus denegado.

(HC 38770 / SP; HABEAS CORPUS 2004/0141791-2 / Relator Ministro FELIX FISCHER / DJ 01.08.2005).

Cristalino que a diferença substancial, entre as infrações penais agraciadas pelo art. 9º, da lei 10.684/03 e as do Código Penal é no tocante ao bem jurídico tutelado, pois ambos abarcam delitos sem violência ou grave ameaça à pessoa e de cunho eminentemente patrimonial. Portanto, a diferença reside no fato de que os primeiros têm como bem jurídico o erário público, enquanto os demais o patrimônio do indivíduo.

Assim, como justificar um tratamento melhor para quem possui um bem jurídico muito mais importante que outro? Ou seja, como não permitir a extensão do benefício para aquele, que nas mesmas condições, infringe um bem jurídico de menor valor, em relação aquele que goza o privilégio?

Dessa maneira, a partir do momento em que se restringiram os benefícios da 10.684/03, para as infrações penais ali aclamadas, gerou-se uma desigualdade latente na lei. Pois, somente é isonômico dispensar tratamento diferenciado para sujeitos, desde que entre os mesmos haja uma desigualdade que o justifique⁸.

Fato que certamente não ocorre no presente caso, já que em vez de igualar a balança, desnivelou ainda mais. Óbvio que é injustifiável a desigualdade proporcionada pela lei do PAES. Como pode alguém que sonega dinheiro público, que poderia ser utilizado para merenda das crianças, para custear as aposentadorias dos idosos, merecer um tratamento absurdamente privilegiado, em relação àquele que furta duas caixas de goma de mascar, ou daquele que furta um protetor solar.

Não há como se conceber, flagrante o desrespeito ao princípio da isonomia, tendo em vista a injustificada desigualdade vivenciada na lei. Contudo, tal desigualdade, tristemente, é mantida pelos tribunais, quando não permitem que os delitos açambarcados pelo Arrependimento Restaurador do art. 16, do CP, tenham direito a extinção da punibilidade. Mantêm-se, dessa maneira, perante a lei, a desigualdade gerada na lei.

⁸A doutrina e a jurisprudência já assentaram o princípio de que a Igualdade jurídica consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes, o que significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nos limites de suas desigualdades, visando garantir sempre o equilíbrio entre todos" (CAPEZ, 2005, p. 222).

Para tanto, justifica tal desigualdade sob o manto da especialidade, visto que por ser a lei 10.684/03 especial, e também por falta de previsão, não poderia ser aplicada aos demais delitos que ali não se encontram. Constitui um posicionamento exacerbadamente elitista e preconceituoso. Porque em razão da dignidade do bem jurídico tutelado, não há como se justificar tamanha falta de isonomia.

Não há outro argumento que não atrelar a voracidade da arrecadação tributária, de buscar, de reaver, a todo custo, aquilo que foi retirado do Estado, através do Direito Penal, com a proposição de que não se vê os delinquentes econômicos, como criminosos, mas sim pessoas que tiveram a infelicidade de sofrer as amarguras do sistema criminal.

Dessa forma, utiliza-se o Sistema Penal, escancaradamente, como meio eficiente de execução fiscal. Além do reforço da ideia de que a Repressão Penal é para quem está à margem da sociedade, para aquele que reside nas vielas escuras e sombrias da sociedade, que somente é mais um nas estatísticas de noticiários policiais.

Clarividente que, para novamente restabelecer o desequilíbrio gerado na lei, e mantido perante a lei, deve-se romper a restrição imposta na lei 10.684/03, permitindo que todos os crimes que se encontrem na mesma situação, qual seja, sem violência ou grave ameaça à pessoa, de cunho eminentemente patrimonial, gozem dos mesmos direitos do grupo seletivo estabelecido na respectiva norma.

Com a quebra da seletividade, abrindo o leque para todo e qualquer crime que se encontre nessas condições, retorna-se a sintonia do princípio da igualdade, o respeito aos seus postulados. Isto

é possível, vez que o caso não é do princípio da especialidade, mas sim do princípio da posterioridade.

Uma lei posterior que, de qualquer forma beneficie o agente, deve retroagir para que a ele se aplique. Assim como se desrespeita ao princípio da igualdade, de índole constitucional, deve ser estendida a todos que se encontrem na mesma situação. O que está sendo feito aqui, com o devido respeito a um dos valores supremos do país, que é o princípio da isonomia.

Portanto, uma lei posterior, lei 10.684 de 2003, em relação ao Código Penal, de 1940, que flagrantemente viola o princípio da isonomia, deve ser harmonizada, alargando os seus preceitos a todos que se amoldem a situação por ela proposta. Então, todo agente que, cometa crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, de cunho eminentemente patrimonial, repare integralmente o dano ou restitua a coisa, antes de executada a pena, deverá ter a sua punibilidade extinta.

Mas o que é isso, senão Arrependimento Posterior. Na verdade, então, não há dois Arrependimentos Posteriores, um para o Direito Penal Clássico e outro para o Direito Penal Econômico. Após a edição da lei 10.684/03, só há um. Um novo Arrependimento Restaurador, com uma nova natureza jurídica, um novo limite temporal, e, principalmente, com outro efeito, em relação ao antigo, previsto no art. 16 do CP.

Na realidade, a lei do REFIS II não criou um outro Arrependimento Restaurador, mas sim modificou o antigo, previsto no art. 16 do CP, revogando-o. Isto perfeitamente possível, tendo em vista que a Lei do PAES é da mesma índole hierárquica do Código Penal, leis ordinárias⁹[9], posterior, vez que aquele é de 2003 e este de 1940, e, no

⁹Apesar do Código Penal ser um decreto-lei, pelo princípio da recepção, a Constituição Federal de 1988 o recepcionou

seu art. 9º, tratou, de forma diferente do tema estabelecido no art. 16 do CP. Dessa forma, o instituto do Arrependimento Posterior não é mais o previsto no art. 16 do CP, mas sim o do art. 9º, da lei do 10.684/03.

O antigo Arrependimento Posterior, previsto no art. 16 do CP, era uma causa geral de diminuição de pena, que, para o agente que cometesse crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, de efeito patrimonial direto, reparado o dano ou restituída à coisa, pelo próprio agente ou por terceira pessoa em seu nome, antes de recebida a denúncia, tinha direito a uma redução de um a dois terços da pena.

Agora o instituto do Arrependimento Restaurador, veiculado não mais no art. 16 do CP, e sim no art. 9º da lei 10.684/03, preceitua que, para o agente que cometa delito sem violência ou grave ameaça à pessoa, de cunho eminentemente patrimonial, reparado integralmente o dano, pelo próprio sujeito ou por terceira pessoa, inclusive pessoa jurídica, em seu nome, até antes de ser executada a pena, verá extinta a sua punibilidade.

Percebe-se que além da natureza jurídica, que antes era causa geral de diminuição de pena e agora extintiva da punibilidade, substancialmente modificou do velho, para o repaginado Instituto, o limite temporal, que dantes era o recebimento da denúncia, atualmente é possível até o momento anterior ao de ser aplicada a pena, ou seja, até mesmo depois de transitada em julgado a decisão. Por fim, a primordial mudança, passou de uma simples redução de pena, ao de quem furta duas caixas de goma de mascar, reparando integralmente o dano, terá a extinção da sua punibilidade.

Impende ainda observar a disciplina do art. 65, III, b, do CP. Sob a égide da antiga disciplina do Arrependimento Posterior, como se lei ordinária fosse.

quando reparava o dano, depois de recebida a denúncia, não incidia o art. 16, do CP, e sim aquela atenuante genérica. Como agora, com a nova concepção do Arrependimento Restaurador, se fizer isso terá direito a extinção da punibilidade, como fica a atenuante do art. 65, III, *b*, do CP? Também caiu por tabela?

Nota-se que o instituto do Arrependimento Posterior, assim como era antes, não é para todo e qualquer delito, contudo, para aqueles que são praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa e de efeito patrimonial direto. Portanto, para todo e qualquer delito que não se enquadre nessa situação, reparado o dano da vítima, continua sendo aplicável a atenuante genérica do art. 65, III, *b*, do CP. Além do que, mesmo para aquelas infrações, caso não se repare integralmente o dano, mas se minore de alguma forma a situação vivenciada pela vítima, não fará jus ao Arrependimento Posterior, mas a atenuante genérica do art. 65, III, *b*, do CP.

Ademais, extremamente importante mencionar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, lentamente, está caminhando neste sentido, de extinguir a punibilidade daquele que, voluntariamente, nos crimes de cunho patrimonial, independente de sua origem (Direito Penal Econômico ou Clássico), cometidos sem violência ou grave ameaça a pessoa, restitui a coisa ou repara o dano, como se pode perceber:

Apropriação indébita (em razão da profissão). Advogado (verba trabalhista). Restituição do bem antes da denúncia (caso). Punibilidade do fato (extinção). 1. A ação penal proposta contra advogado que deixou de repassar a clientes quantia recebida em razão de ação trabalhista não há de ir adiante quando, antes mesmo do oferecimento da denúncia, ocorreu o ressarcimento dos valores. 2. Ora, se se pode considerar desnecessário

o Direito Penal quando possível garantir a segurança e a paz jurídica por meio do Direito Civil, Administrativo ou por meio de medidas preventivas extrajurídicas, mais desnecessário será em caso de restituição do bem apropriado indevidamente. 3. Há, pois, de se responder, com a extinção da punibilidade do fato, à pergunta formulada em caso análogo: “se o indivíduo que sonegou milhões de reais não responde pelo crime de sonegação caso pague o valor sonegado antes do recebimento da denúncia, por que não dispensar o mesmo tratamento a alguém que comete um delito contra o patrimônio, sem violência, na hipótese da vítima não sofrer prejuízo (por devolução ou restituição dos bens/valores)?” 4. Recurso ordinário provido – extinção da ação penal. (RHC - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS – 25091 / HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) / SEXTA TURMA / DJE DATA:17/05/2010 / Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves, que deu provimento ao recurso, e os votos da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e do Sr. Ministro Celso Limongi, no mesmo sentido, por maioria, dar provimento ao recurso em habeas corpus nos termos do voto do Sr. Ministro Nilson Naves, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Relator, que lhe negava provimento. Votaram com o Sr. Ministro Nilson Naves a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

4 – CONCLUSÃO

Então, a partir do art. 9º, da lei 10.684/03, o Instituto do Arrependimento Posterior deve ser interpretado da seguinte forma: O agente que, cometido um crime, sem violência ou grave ameaça à pessoa, de cunho eminentemente patrimonial, reparado integralmente o dano, pessoalmente ou mediante terceira pessoa, em seu nome, antes de ser executada a pena, verá extinta a sua punibilidade.

Tal posicionamento privilegia uma política criminal humanitária, na qual põe a vítima acima da voracidade punitiva do Estado. Pois, este diz ao agente que abre mão de puni-lo, para que a vítima possa ter seu problema solucionado. Coloca a vítima em seu devido lugar, como eixo central do Sistema Criminal.

Assim como, beneficia a todos os agentes que estavam à margem da lei 10.684/03, que em vez de uma mera redução de pena, tem direito a extinção da punibilidade. Pois o erro não está em permitir que quem sonegue R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) tenha sua pena extinta, caso devolva todo o dinheiro, entretanto, em não permitir que quem furete uma Bicicleta tenha o mesmo direito.

Por fim, aqui não se está a pregar a impunidade, mas sim defender que as normas sejam aplicadas de forma justa a todos os sujeitos, sem eleger possíveis inimigos. Vislumbra-se um jogo justo, em que todas as regras sejam aplicadas, a todos agentes, da mesma forma, sem que se tenha em mente sua condição social. Um Direito Penal justo, que tenha suas normas aplicadas indistintamente, sem visualizar uma clientela habitual. Em assim sendo, quem furtar duas caixas de goma de mascar, deverá ter as mesmas regras de quem sonegar um milhão

de reais. Portanto, pugnar por oportunidades iguais, para aqueles que se encontram em situação de igualdade; isto sim é sinônimo de justiça.

5 - REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 528p.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito Penal Tributário. Crimes Contra a Ordem Tributária e Previdência Social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. 187p.

BATISTA, Weber Martins. *O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal. Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 483p.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral 1*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 813p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806p.

BRASIL. Presidência da República. Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 16 mar. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 15 mai. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo.

Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em: 15 mai. 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 463p.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Legislação Penal Especial*. Volume 4. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 792p.

_____. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Volume 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 613p.

_____. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005. 296p.

CORRÊA, Antonio. *Dos Crimes Contra a Ordem Tributária (Comentários à Lei n. 8.137, de 27-12-1990)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 292p.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 1078p.

FERRACINI, Luiz Alberto. *Do Crime de Sonegação Fiscal. Teoria e Prática. Legislação e Jurisprudência*. São Paulo: LED, 1996. 164p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio. O Minidicionário da Língua Portuguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. 790p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 191p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. A nova Parte Geral*. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1991. 470p.

GARCIA, Waléria Garcelan Loma. *Arrependimento Posterior*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 184p.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal*. V.2. *Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 937p.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal. Parte Geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 754p.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 506p.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 831p.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000. 1972p.

_____.; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal. Parte Geral. Arts. 1º a 120 do CP. Volume 1*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 483p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 918p.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: LTR, 2003. 716p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 1180p.

_____. *Júri. Princípios Constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. 363p.

_____. *Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1072p.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor. Com Exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004. 776p.

OLIVEIRA, Antonio Cláudio Mariz de. (Cord.). *Direito Penal Tributário Contemporâneo. Estudos de Especialistas*. São Paulo: Atlas, 1999. 118p.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal. Parte Geral. Doutrina e Jurisprudência*. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Método, 2008. 864p.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral – arts 1º a 120*. V. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 701p.

_____. *Direito Penal Econômico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 432p.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 477p.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 393p.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 873p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 878p.

SILVA, José Geraldo da. *Direito Penal Brasileiro. Vol 1. Arts. 1º a 31 do CP*.

História do Direito Penal. A lei penal e Teoria do Crime. São Paulo: Direito, 1996. 312p.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal. Parte Geral.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. 297p.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 362p.

VARGAS, José Cirilo de. *Instituições de Direito Penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 464p.

II - PRÊMIO MELHOR ARRAZOADO FORENSE 2010



1. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 5ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ARACAJU/SE - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM DECORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - NÃO INCIDÊNCIA DOS ARTS. 366 E 420 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Rogério Ferreira da Silva

2. ALEGAÇÕES FINAIS – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MP – DESNECESSIDADE DE ALEGAÇÕES FINAIS PELA DEFESA

Adson Alberto Cardoso de Carvalho

3. APELAÇÃO CÍVEL – DECLARAÇÃO DE INTERESSE CULTURAL DA IGREJA NOSSA SENHORA DO AMPARO

Sandro Luiz da Costa

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 5ª VARA CRIMINAL DA
COMARCA DE ARACAJU/SE - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM
DECORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO - CONVENÇÃO AMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS - NÃO INCIDÊNCIA DOS ARTS. 366 E
420 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO***

Rogério Ferreira da Silva**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por intermédio do Promotor de Justiça com titularidade nesta Promotoria de Justiça, na qualidade de titular exclusivo da ação penal pública e como *fiscal da correta aplicação da lei*, vem apresentar RECURSO EM SENTIDO ESTRITO¹, este interposto diante da decisão proferida nas folhas de n.º 91/92, nos autos do Processo Crime n.º 198820503458, que indeferiu o pedido de reconhecimento da prescrição e, por conseguinte o da declaração da Extinção da Punibilidade para o réu J.P.M.F, fazendo-o com os fundamentos do artigo 581, inciso IX, do Código de Processo Penal Brasileiro. Após o recebimento do presente recurso, requer o cumprimento da norma disposta no artigo 588 do mesmo diploma legal.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através do Agente que abaixo subscreve, no uso das atribuições que

*Primeiro lugar no Concurso Melhor Arrazoador Forense 2010.

**Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe, titular da 3ª Promotoria de Justiça do 1º Tribunal do Júri da Comarca de Aracaju/SE.

¹Recurso apresentado nos autos do Processo Crime n.º 198820503458, em Mai/2010, referente ao crime de homicídio qualificado. Parte recorrida – Ministério Público e parte recorrente J.P.M.F.

lhes são conferidas em Lei, nos autos da presente AÇÃO PENAL, onde figura como autora A JUSTIÇA PÚBLICA, réu J.P.M.F. e vítima L.B.R., obedecendo ao disposto no artigo 588, do Código de Processo Penal, vem, dentro no prazo e forma legais oferecer RAZÕES AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, através dos pressupostos fáticos, jurídicos e probatórios a seguir deduzidos:

I – DA INCONSTITUCIONALIDADE PELO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Inicialmente, extrai-se dos autos do processo criminal em epígrafe que o Ministério Público deflagrou ação penal, mediante o oferecimento de denúncia, em desfavor do acusado J.P.M.F., vez que suposto autor do delito de homicídio consumado qualificado pelo motivo fútil e por ter sido cometido em circunstância que não possibilitou reação ou defesa à vítima L.B.R. O evento ocorreu em 04 de fevereiro de 1988, nas imediações da Rua 18 do Forte, Conjunto JK, nesta Capital.

A denúncia foi recebida, nos termos de decisão de fl. 02, no dia 25 de maio de 1988. Dando-se o normal andamento ao feito, em despacho de fl. 27v, foi designada data futura destinada à realização do ato de qualificação e interrogatório do acusado J.P.M.F. Em atenção ao supramencionado despacho, foi expedido o respectivo mandado de citação do acusado J.P.M.F. sendo que, nos termos de certidões de fl. 30v e 31, o mesmo não logrou êxito, por estar o réu em lugar incerto e não sabido.

Diante de tal situação, em despacho de fl. 32, foi

designada nova data destinada à realização do ato de qualificação e interrogatório do acusado J.P.M.F., devendo, desta vez, ser o mesmo citado por edital. De igual forma, tal modalidade de citação não logrou êxito, nos termos de certidão de fl. 39. Assim, em despacho de fl. 40, foi decretada a revelia do acusado. Dando-se o normal andamento a ação penal, em despacho de fl. 42, foi designada data futura destinada à realização de audiência para a oitiva das testemunhas listadas na inaugural. Tais testemunhas foram inquiridas em fl. 45/47.

Encerrada a fase instrutória o réu J.P.M.F. foi pronunciado consoante decisão de fl. 62/63. Da decisão interlocutória mista não terminativa, restou infrutífera a tentativa de intimação pessoal do hostil, conforme informa o conteúdo do documento de fl. 66/67, embora vigesse à época o artigo 414 do Código de Processo Penal, segundo o qual: *“A intimação da sentença de pronúncia, se o crime for inafiançável, será sempre feita ao réu pessoalmente”*. Mesmo assim, o Ministério Público apresentou o Libelo Crime Acusatório, ao passo que a Defensoria Pública ofertou Contrariedade ao Libelo Crime-Acusatório.

Depreende-se da trajetória do presente processo criminal que o acusado J.P.M.F. nunca tomou conhecimento formal acerca da existência da ação penal inculpada em seu desfavor, pois não restou citado pessoalmente ou intimado para qualquer ato do processo, nem tampouco constituiu advogado. Tal situação, por si só, ensejaria a nulidade dos atos processuais praticados nos autos ora compulsados, em razão do nítido cerceamento de defesa. Cumpre ainda destacar, o fato de não ter o réu sido qualificado e interrogado perante este Juízo, portanto, não lhe foi garantido, dessa maneira, o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório.

Dessa forma, se considerarmos que a citação a que faz

alusão o artigo 366, do CPP, em vigor na época da decisão é a citação pessoal, nos autos em epígrafe, não poderia o Ministério Público nem a Defesa ofertar suas alegações finais, nem tampouco, este Juízo de Direito prolatar sentença de pronúncia, considerando-se o fato de não ter sido o réu cientificado acerca da existência da presente ação penal, consoante já dito.

A citação é uma garantia fundamental do indivíduo, conforme consagrado na Constituição Federal e inerente ao postulado do devido processo legal, consoante o disposto em seu artigo 5º, incisos LIV e LV. Não haverá processo judicial válido, privando o indivíduo da sua liberdade de locomoção, sem que lhe dê o direito de defesa e de contraditar a acusação. O direito ao devido processo legal vem consagrado pela Constituição Federal no artigo 5º, incisos LIV e LV, quando estabelece que ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e ao garantir a qualquer acusado em processo judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

De acordo com os ensinamentos de Afrânio Silva Jardim², torna-se incompatível com o sistema constitucional vigente, que assegura expressamente o contraditório e a ampla defesa, bem como incombinável com os princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito, alguém ser processado sem que tenha sido efetivamente cientificado da acusação e da existência do processo instaurado contra si. O Código de Processo Penal por sua vez também apresenta preceitos garantidores do devido processo legal, como o artigo 366, que em sua redação atual estabelece a impossibilidade de julgamento à revelia de réu citado por edital.

²JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 362.

Por outro lado devemos também destacar como garantidores do devido processo legal e, portanto, do contraditório e da ampla defesa pactos internacionais subscritos e adotados pelo direito pátrio. Estes além de outras proibições vedam a adoção pelos seus signatários de sistema processual penal inquisitório, ou seja, que admita a tramitação de processos sem que os acusados tenham tomado conhecimento expresso dos mesmos.

Nesse sentido, vale transcrever o artigo XI, item 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos – adotada e proclamada pela Resolução n.º 217A, da III Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Não é possível analisar essa matéria tão somente à luz da legislação infraconstitucional, mas é crucial repousar os olhos sob a ótica da legislação constitucional e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pela República Federativa do Brasil, em 25 de setembro de 1992, por meio do Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992, o qual transcrevo abaixo:

Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos DECRETO No 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992 Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, e Considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, 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 de seu art. 74;

Considerando que o Governo brasileiro depositou a carta de adesão a essa convenção em 25 de setembro de 1992; Considerando que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992, de conformidade com o disposto no segundo parágrafo de seu art. 74;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º Ao depositar a carta de adesão a esse ato internacional, em 25 de setembro de 1992, o Governo brasileiro fez a seguinte declaração interpretativa: "O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado".

Art. 3º O presente decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 6 de novembro de 1992; 171º da Independência e 104º da República.

ITAMAR FRANCO

Fernando Henrique Cardoso

(grifo nosso)

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) estabelece em seu artigo 8º:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. *Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*

2. *Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes*

garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;*
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;*
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à 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;*
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;*
 - 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;*
 - g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;*
 - h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.*
- 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.*
- 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.*
- 5. O processo penal deve ser público, salvo no caso for necessário para preservar os interesses da justiça.*
(grifo nosso)

Cumpra esclarecer que existem no processo penal duas espécies de citação: a real e a ficta. A citação real, chamada de pessoal, é a regra, ou seja, é feita pessoalmente ao réu, na sua própria pessoa. A citação ficta ou presumida é exceção e somente pode ser utilizada quando o réu se encontrar em lugar incerto e não sabido ou se ocultar para não ser citado, é a chamada citação por edital. Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira³, para que haja a citação ficta, ou seja, por edital, imprescindível que todos os esforços necessários para localizar o

³DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, p. 467.

réu tenham sido feitos. Não é suficiente apenas a certidão do oficial de justiça, dizendo que o réu se encontra em lugar incerto e não sabido ou que se oculta. É necessário constar nos autos do processo a realização de diligências visando à sua localização.

Conforme já dito alhures a instrução do processo em epígrafe transcorreu sem a presença do réu J.P.M.F., que também não constituiu advogado para a defesa da causa. Não há nos autos registro de qualquer diligência realizada no sentido de localizar o mesmo. Além disso, o acusado só teve ciência do processo por meios fictos, tanto por ocasião da citação quanto da intimação da pronúncia. Portanto, patente resta configurada a inconstitucionalidade que consiste na vulneração do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “a”, da Constituição Federal: *“plenitude de defesa ao acusado no Tribunal do Júri”*. Noutro passo, também vislumbro ofensa ao artigo 8º, número 4, do Pacto de São José da Costa Rica, que prevê como garantia judicial, a *“comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”*.

Entendemos no presente caso que o acusado permaneceu revel durante todo o processo, sem conhecer o teor da imputação que fora feita. Logo, o reconhecimento da validade dos atos processuais nos termos da decisão prolatada pelo nobre magistrado em fl. 91/92, provocará, efetivamente, a continuidade do processo e conseqüente o julgamento, em que pese o réu J.P.M.F. não ter tomado conhecimento acerca da acusação imposta pelo Estado. Ante o aqui exposto, deve a preliminar aqui suscitada ser acolhida, com a conseqüente anulação da decisão de fl. 91/92, tendo em vista a nulidade absoluta demonstrada, frente à inconstitucionalidade da decisão prolatada.

II – DA NULIDADE ABSOLUTA

Diante do caminho acima percorrido verificamos que o presente processo transcorreu sem que o réu J.P.M.F. tivesse sido citado pessoalmente para vir em Juízo se defender da acusação que lhe foi imputada. Segundo o artigo 564, inciso III, alínea “e”, primeira parte, do Código de Processo Penal a nulidade ocorrerá pela falta da citação do réu para ver-se processar. Atos nulos são aqueles praticados com violação à forma prescrita em lei, tendo como consequência dos seus vícios ora a nulidade absoluta ora a nulidade relativa.

Segundo as lições de Eugênio Pacelli de Oliveira⁴ as nulidades encontram-se estreitamente ligadas à questão relativa ao prejuízo, efetivo ou potencial, isso ocorre porque elas sempre serão uma consequência da não observância da forma prevista em lei para a prática de determinado ato processual. Como é sabido o processo possui uma finalidade muito clara, qual seja: o provimento judicial final, constituída com a participação efetiva e em igualdade de condições da acusação e da defesa. Assim, a não observância de forma prescrita em lei terá relevância na exata medida em que promova o desequilíbrio na participação das partes, afetando o exercício da função jurisdicional do Estado.

Ainda, segundo o já citado autor, ocorre que nas nulidades absolutas o vício esbarra em questões de fundo, essenciais à configuração do devido processo penal. Com efeito, os vícios processuais que resultam na nulidade absoluta referem-se ao processo penal enquanto função jurisdicional, afetando não só o interesse de algum litigante, mas de todo e qualquer acusado, em todo e qualquer

⁴Op. Cit. p. 659.

processo. Continua, e que, portanto, vícios passíveis de nulidades absolutas constituem em violações aos princípios fundamentais do processo penal, tais como o do juiz natural, o do contraditório e da ampla defesa, o da imparcialidade do juiz, a exigência da motivação das decisões judiciais. Além destes há outros princípios a serem inferidos dos sistemas de garantias constitucionais, que, embora não explicitados, integram a estrutura do processo penal brasileiro. Assim, preceitua o artigo 570 do Código de Processo Penal.

De acordo com o texto de lei acima informado, em relação à ausência ou ao vício na citação do acusado, o próprio CPP regulamentou a hipótese de convalidação da ausência do ato, que ocorre pelo comparecimento do acusado ao seu interrogatório. Inexistindo o comparecimento espontâneo, ocorrerá a nulidade absoluta insanável do processo, por manifesta violação do devido processo legal, tendo em vista, a ausência do contraditório, da ampla defesa e da igualdade entre as partes.

Conforme entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira⁵, o interrogatório se constitui como meio de defesa para o acusado, sendo possível a sua realização até mesmo após a prolação da sentença, consoante o disposto no artigo 616 do CPP. A não realização injustificada do interrogatório, isto é, a não renovação do ato quando o réu não tiver comparecido a ele por motivo justificado, é causa de nulidade absoluta do processo, por cerceamento do direito de defesa.

A sentença de pronúncia foi prolatada em 25 de abril de 1994 e publicada em 27 de abril do mesmo ano. Portanto, deveria estar não só em consonância com a lei processual penal, mas principalmente guardar harmonia com o texto constitucional. Ressalto que ao tempo

⁵Op. Cit. p. 664.

da pronúncia já se encontravam em vigor, em todo o território nacional, as regras processuais estabelecidas nos termos do Pacto de São José da Costa Rica que entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992.

Os Tratados ingressam no ordenamento jurídico pátrio após a assinatura dos protocolos e a sua ratificação pelo Congresso Nacional, por meio de um Decreto Legislativo. E, portanto, à adesão as referidas normas firmadas implicarão na adoção de regras processuais ali previstas. Neste sentido preceitua o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal em vigor, quando declara que os direitos e garantias ali previstos, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotado, ou os tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Para o Supremo Tribunal Federal, o Tratado Internacional, qualquer que seja ele, uma vez celebrado em nome do Presidente da República, referendado pelo Congresso Nacional por meio de Decreto Legislativo, promulgado e publicado por Decreto Presidencial, entra no sistema jurídico pátrio como Lei Ordinária Federal.

Firma-se esse posicionamento, principalmente, pela interpretação e observância da forte tendência literal do artigo 102, inciso III, alínea “b”, da Constituição da República. É de se deduzir pela inteligência do artigo ser cabível a apresentação de recurso extraordinário em caso de decisão que “declarar a inconstitucionalidade do tratado”. Não especificando o Constituinte que tipo de tratado seria, é porque o Constituinte quis afirmar a superioridade da Constituição em face de todas as fontes internacionais do direito. É o conhecido entendimento do Ministro Moreira Alves do Supremo Tribunal Federal (STF):

Assim como não afirma com relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados a hierarquia

está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (art. 102, III, b) (RHC 7878, RJ, julgado em 29.03.2000, publicada em 21.11.2002, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno).

Igualmente, argumenta-se que o procedimento de admissão do Tratado Internacional no direito pátrio exige quórum de votação assemelhado ao da lei ordinária, razão pela qual deveria a Convenção Internacional ser a este ente normativo assemelhado. A conclusão a que chegou o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 80.004-SE foi a de que dentro do sistema jurídico brasileiro, onde tratados e convenções guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais, permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas.

Com esse entendimento da Excelsa Corte, a norma convencional passou a ser considerada como tendo o mesmo *status* e valor jurídico das demais disposições legislativas internas. A Constituição da República, ao tratar da competência do STF, teria colocado os Tratados Internacionais, ratificados pelo Estado brasileiro, no mesmo plano hierárquico das normas infraconstitucionais⁶. Em sendo assim, deve ser aplicado, em caso de conflito, o princípio geral relativo às normas de idêntico valor, isto é, o critério cronológico, onde a norma mais recente revoga a anterior com ela conflitante.

Há, entretanto, outro ponto que merece ser lembrado,

⁶Posicionamento adotado antes da Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004, que acrescentou o § 3º, do art. 5º, da CF/88. Nesse sentido, deliberou que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais.

que diz respeito à questão da especialidade das leis no sistema jurídico brasileiro, da qual vem se valendo ultimamente o Supremo Tribunal Federal, para dar prevalência, por exemplo, a certas normas de direito interno. Significa que uma lei geral não pode derrogar uma lei especial, pois segundo o entendimento do STF, nem toda lei nova, somente porque é lei nova, tem força para revogar uma lei anterior que com ela conflite. Não basta somente ser lei nova. Exige-se mais: além de nova, deve ser apta a revogar a lei anterior. E esta qualidade só se verifica nas hipóteses em que ambas as leis, nova e anterior, sejam gerais, ou ambas sejam especiais.

Em suma, pode-se afirmar que além do critério de que lei posterior derroga lei anterior, o STF aplica ainda outro, qual seja, o de que a lei posterior geral não derroga lei anterior especial, através do qual algumas leis internas infraconstitucionais têm prevalência sobre alguns Tratados Internacionais, por serem estes considerados normas também infraconstitucionais gerais. De acordo com esse entendimento, resta claro que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) é norma aplicável ao processo em comento tendo em vista que entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992, como já transcrito acima, e a sentença de pronúncia foi prolatada em 25 de abril de 1994. E sendo assim, os dispositivos constantes do retro mencionado pacto internacional devem incidir nos processos a partir da sua vigência.

Cumpre lembrar que a redação do artigo 366, *caput*, do Código de Processo Penal, antes da alteração promovida pela Lei Federal n.º 9.271, de 17 de abril de 1996, tinha o seguinte teor: *“O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado”*.

O artigo 366 do CPP, antes do ano de 1996 quando teve sua redação modificada, permitia que o curso do processo sem a presença do réu, todavia, limitado pela obrigatoriedade da intimação pessoal da sentença de pronúncia, inteligência do art. 414 do CPP (revogado). Ocorre que, como já dissemos, o Pacto de São José da Costa Rica entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992. Como alhures já dito o artigo 8º, item 2, do acima referido Tratado Internacional, estabelece algumas garantias para o acusado no processo, dentre elas destacamos :

Artigo 8º - Garantias judiciais

2-Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;*
- b) (...)*
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;*

As garantias acima referidas constituem na realidade um desdobramento do princípio do devido processo legal, e por consequência do contraditório e da ampla defesa. Estes visam assegurar ao acusado o direito de conhecer a imputação que é feita contra si ao mesmo tempo em que possa se defender da mesma. Ao analisarmos o processo em epígrafe podemos observar que não foram conferidas ao réu J.P.M.F. as garantias acima esposadas, tendo em vista que apenas tomou conhecimento do processo através do meio ficto. É de se observar que foi pronunciado sem que tivesse sido oportunizada a possibilidade de apresentar defesa, além do fato de ter sido intimado da

retro mencionada sentença por via de edital.

Cumpre ainda destacar que de acordo com o Pacto de San José da Costa Rica, norma que entrou em vigor no Brasil em 25 de setembro de 1992, o presente processo não poderia prosseguir sem a citação pessoal do réu, tendo em vista as garantias estabelecidas na retro mencionada legislação. Estas, como já dito, asseguram ao réu o direito de tomar conhecimento prévio e pormenorizado da acusação que lhe é imputada, além do tempo necessário para formular sua defesa.

Assim sendo, entendo que todos os atos praticados no processo em epígrafe, que se seguiram após a conclusão da instrução processual são nulos tendo em vista a ausência de citação pessoal do réu, e, por esta razão, deve ser acolhida a presente preliminar de nulidade absoluta.

III – DA PRESCRIÇÃO

Inicialmente, tem-se que a prescrição nada mais é do que a perda do direito de punir do Estado pelo decurso de tempo. Em assim sendo, a prescrição é dividida em prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. De igual forma, a prescrição da pretensão punitiva pode ainda ser dividida em prescrição intercorrente e prescrição retroativa, sendo que o presente caso não comporta nenhuma delas, uma vez que pressupõem a prolação de sentença de mérito. Assim, dando-se continuidade à nossa argumentação, tem-se que a prescrição da pretensão punitiva, no caso do delito de homicídio, nos termos do artigo 109, inciso I, do Código Penal Brasileiro, é de 20 (vinte) anos.

Nesse diapasão, no caso em epígrafe, por se tratar de direito material, o prazo prescricional teve início no dia em que o crime se consumou, ou seja, no dia 04 de fevereiro de 1988, conforme disposto no artigo 111, inciso I, do Código Penal Brasileiro. Entretanto, o curso do prazo prescricional se encontra sujeito a causas interruptivas, nos termos do artigo 117, do CPB. Tais causas possuem o condão de fazer com que o prazo anteriormente vencido, salvo na hipótese de prescrição retroativa, perca a eficácia, passando, portanto, a fluir a partir da interrupção, novo e independente prazo prescricional. Isto é, a partir da verificação de causa interruptiva, deve o prazo anterior ser desconsiderado. Em assim sendo, nos termos do artigo 117, inciso I, do CPB, é causa interruptiva da prescrição o recebimento da denúncia. Assim, no processo ora compulsado, o recebimento da denúncia se deu em 25 de maio de 1988, conforme se vê em fl. 02, dos autos.

Desse modo, estamos diante da primeira causa de interrupção do prazo prescricional no processo em tela, qual seja, o recebimento da denúncia. Sendo assim, o lapso temporal entre o dia em que o delito se consumou e o dia do recebimento da denúncia é de, aproximadamente, 04 (quatro) meses, ou seja, não é de 20 (vinte) anos. Logo, conclui-se que, até o presente momento, não há que se falar em prescrição. Prosseguindo-se na análise do processo em comento, diante da supracitada causa de interrupção do prazo prescricional, inicia-se, portanto, nova contagem, desta vez, com início no dia 25 de maio de 1988.

Nesse diapasão, no presente processo criminal, não se vislumbra nenhuma outra causa interruptiva da prescrição, considerando-se as nulidades da sentença de pronúncia de fl. 62/63 e da decisão de fl. 69, que suspendeu o curso do processo e do prazo prescricional em desfavor do réu. Sendo assim, o prazo prescricional

em apreço se findou no dia 24 de maio de 2008, considerando-se o decurso dos 20 (vinte) anos já mencionados. Logo, ante o exposto, requer o Ministério Público a declaração da extinção da punibilidade do agente ativo do crime, pela ocorrência da prescrição, com fulcro no artigo 107, IV, do Código Penal Brasileiro. Na sequência, requer que seja determinado o arquivamento do presente processo criminal.

IV – DA INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 420 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

De acordo como noutra parte narrado, em que pese o réu J.P.M.F. estar ausente durante toda a instrução do processo em epígrafe, foi aberto prazo para Acusação e Defesa apresentarem alegações derradeiras, consoante se depreende das manifestações de fl. 51/52 e 57/60, respectivamente. Em decisão de fl. 61/63, este Juízo de Direito pronunciou o Acusado. Note-se que mesmo não sendo o increpado intimado pessoalmente acerca da sentença de pronúncia, consoante preconizado pelo artigo 414, do Código de Processo Penal, vigente à época, segundo o qual: *“A intimação da sentença de pronúncia, se o crime for inafiançável, será sempre feita ao réu pessoalmente”*, em fl. 66/67, o Ministério Público apresentou Libelo Crime-Acusatório. Por seu turno, em fl. 69, a Defensoria Pública ofertou Contrariedade ao Libelo Crime-Acusatório.

Cumpre observar que a época da prolação da retro mencionada decisão, qual seja, em 25 de abril de 1994, o artigo 414 do Código de Processo Penal vigente à época preconizava que a intimação do acusado da sentença de pronúncia deveria ser pessoal. E, no caso deste não ser encontrado, aplicava-se a regra do artigo 413

do retro mencionado diploma legal, segundo o qual: *"O processo não prosseguirá até que o réu seja intimado da sentença de pronúncia"*. No que se refere às leis processuais no tempo, segue-se a regra de toda legislação processual: aplicam-se de imediato, desde a sua vigência, respeitando, porém, a validade dos atos realizados sob o império da legislação anterior. Nesse sentido o artigo 2º da Lei Processual Penal: *"A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos anteriores realizados sob a vigência da lei anterior"*.

Conquanto aos crimes inafiançáveis estabelecia o artigo 323 do Código de Processo Penal, vigente a época, as hipóteses em que não seria concedido o instituto da fiança:

I – nos crimes punidos com pena de reclusão, salvo ao réu maior de setenta anos ou menor de vinte e um, no caso de não ser superior a dois anos o máximo da pena cominada;

II – nas contravenções previstas nos arts. 50, 51 e seu parágrafo 1º, 52 e seu parágrafo, 53 e seu parágrafo, 54 e seu parágrafo, 58, 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;

III – nos crimes ou contravenções punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por infração penal da mesma natureza em sentença irrecorrível;

IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;

*V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977).
(grifo nosso)*

Resta claro que a lei em comento determinava a intimação pessoal do réu da sentença de pronúncia quando esta se referisse a crimes que não comportassem fiança. E caso, este não fosse intimado da referida decisão, o processo deveria ser paralisado, ou seja, não se poderia praticar qualquer outro ato processual, inteligência do

artigo 414 do CPP (revogado). Todavia, não havia comando legislativo no sentido de determinar a suspensão dos prazos prescricionais. No caso em epígrafe não foi observado por este Juízo, naquela oportunidade, os dispositivos ora analisados, como acima afirmado. Mesmo sem ser o réu intimado pessoalmente da sentença, foi apresentado pelo Órgão Ministerial em fl. 66/67 o Libelo Crime Acusatório, e por seu turno, em fl. 69, a Defesa apresentou Contrariedade ao mesmo.

No curso do processo ingressou no mundo jurídico nova legislação processual, esta introduzida pela redação dada pela Lei Federal n.º 9.271, de 17 de abril de 1996, que será objeto de discussão em momento oportuno. Passou o art. 366 do CPP a ter a seguinte composição:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

E o cerceamento do direito de defesa do denunciado ainda não encontrou seu limite final. Com o advento da Lei Federal n.º 11.689/2008, entendeu este Juízo por determinar a intimação, por edital, do acusado J.P.M.F., para ficar certo, aceitando ou inadmitindo a sentença de pronúncia, consoante se vê em despacho de fl. 82. De acordo com o artigo 420, Parágrafo único, do Código de Processo Penal, através da redação atual, a intimação da decisão de pronúncia será feita por edital caso o acusado esteja solto e não seja encontrado. Segundo o entendimento esposado pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a Lei Federal n.º 11.689/08, que deu nova redação ao artigo 420 do CPP, acabou com a denominada “crise de instância”, ou seja, o feito não podia prosseguir até que se procedesse

a intimação pessoal do pronunciado, nos crimes inafiançáveis. Agora, permite que a intimação a cerca da sentença de pronúncia seja feita por edital quando o acusado não for encontrado.

Continuando afirma que a Lei Federal n.º 9.271/96 ao alterar a redação do artigo 366 do CPP, impôs que, na hipótese do denunciado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, sejam suspensos o processo e o curso do prazo prescricional. *E, que não se aplica aos feitos iniciados antes da sua vigência, já que a suspensão do curso do prazo prescricional é regra de direito material, por isso, é prejudicial ao réu.*

E conclui que nova regra contida no artigo 420, Parágrafo único, do CPP, deve ser interpretada em harmonia com a redação atual do artigo 366 do mesmo Diploma. Na hipótese, quando o processo não fosse suspenso pela não localização do réu, em razão da aplicação do artigo 366 do CPP (revogado), este poderia ser pronunciado, mas não poderia ser intimado da pronúncia por edital, eis que vigente a norma prevista no artigo 414 do CPP, sob pena de ferir o princípio da ampla defesa. Desse modo, por se tratar de crime inafiançável, restaria esperar que o réu fosse localizado a fim de que pudesse ser intimado pessoalmente da sentença de pronúncia, desde que isso não ocorresse após o esgotamento do prazo prescricional.

A inovação legislativa trazida pela Lei Federal n.º 11.689/08, que deu nova redação ao artigo 420 do CPP, passou a autorizar a intimação por edital da sentença de pronúncia. Entretanto, essa norma não admite aplicação retroativa, porque viola o princípio da aplicação da lei processual no tempo "*tempus regit actum*" e fere o princípio do devido processo legal. No caso em exame o réu não teve conhecimento da acusação, logo, não pode ser intimado da sentença de pronúncia via edital. Nesse sentido os seguintes julgados: TJMG; HC 1.0000.09.502915-

3/0001; Governador Valadares; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Joaquim Herculano Rodrigues; Julg. 24/09/2009; DJEMG 13/11/2009; TJMG; HC 1.0000.09.503796-6/0001; Governador Valadares; Quinta Câmara Criminal; Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho; Julg. 29/09/2009; DJEMG 13/10/2009; TJMG; HC 1.0000.09.502272-9/0001; Pará de Minas; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Júlio Cezar Guttierrez; Julg. 02/09/2009; DJEMG 30/09/2009; TJMG; HC 1.0000.09.498700-5/0001; Governador Valadares; Quinta Câmara Criminal; Relª Desª Maria Celeste Porto; Julg. 25/08/2009; DJEMG 08/09/2009. Dentre os quais dou maior destaque ao julgado TJ/DF - 20090020024079HBC, Relator MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, julgado em 26/03/2009, DJ 08/05/2009 p. 194, o qual transcrevo a sua ementa:

TJ/DF PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 420 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, QUANDO APLICADO A CASOS ANTERIORES AO ADVENTO DA LEI Nº 9.271/1996. REJEIÇÃO. QUESTÃO DE DIREITO INTERTEMPORAL. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA NOVA NORMA, INTRODUZIDA PELA LEI Nº 11.698/2008, AOS CASOS EM QUE, CITADO POR EDITAL O RÉU, TENHA O PROCESSO PROSEGUIDO, NOS TERMOS DO ARTIGO 366 DO CPP NA ANTIGA REDAÇÃO, ATÉ A SENTENÇA DE PRONÚNCIA. INCIDÊNCIA, TAMBÉM, DO ARTIGO 8º, 2 "B", DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. CONCESSÃO DA ORDEM.

Diante do exposto, restou claro que todos os atos praticados no processo em comento, após o magistrado dizer a sentença de pronúncia, são nulos, tendo em vista que o réu J.P.M.F., não fora intimado pessoalmente da mesma, consoante a disposição do artigo 414 do Código de Processo Penal em vigor na época. Logo, não merece prosperar a decisão presente Juízo de Direito, inserida em fl. 91/92, que determina o andamento do curso processual.

V – DA INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Conforme outrora narrado, em decisão de fl. 69v, com o advento da Lei Federal n.º 9.271/96, este Juízo de Direito determinou a suspensão do curso do processo e do prazo prescricional em relação ao réu J.P.M.F., nos termos do artigo 366, do Código de Processo Penal Brasileiro. A lei federal retrocitada, reformulou completamente a regulamentação da citação por edital, ao prever, a suspensão do processo, com a correspondente suspensão do curso do prazo prescricional, sempre que o acusado, citado por edital, não comparecer ao interrogatório nem constituir advogado para a defesa dos seus interesses.

De acordo com a redação anterior, o não comparecimento do réu ao interrogatório, quando citado por edital, autorizava o prosseguimento do processo à sua revelia, bastando apenas a nomeação de um defensor (dativo) para acompanhar a ação penal. Essa norma tem conteúdo misto, contendo disposições de Direito Penal e de Direito Processual Penal. Ou seja, na parte que determina a suspensão do processo, tem natureza processual, e, na parte relativa à suspensão do curso do prazo prescricional, natureza penal material.

Ocorre que a sua aplicação não pode ser cindida. Ou seja, não é cabível ter aplicação isolada apenas na parte que suspende o processo, e não ter quanto à parte que suspende o curso do prazo prescricional. O texto da lei é claro: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, tendo a conjunção “e” cunho aditivo, não permitindo, portanto, a aplicação isolada do dispositivo legal. Portanto, tratando-se de normas de conteúdo misto, como acima referido, é

imperioso seguir o conteúdo normativo das normas penais materiais. É que a regra da irretroatividade da norma penal desfavorável ao acusado deve prevalecer sobre os comandos de natureza processual. Nestes casos o que não poderá ocorrer é a separação entre uma e outra parte da mesma norma. Isso resultaria, na verdade, na criação de uma terceira legislação, esta produzida à revelia do processo legislativo regulamentar.

Assim o atual artigo 366, *caput*, do CPP, ao determinar a suspensão do curso do prazo prescricional, é mais gravoso para o acusado e, portanto trata-se de uma *novatio legis in pejus*, não podendo haver retroatividade. Outrossim, sendo norma processual penal material prejudicial ao réu, somente poderá ser aplicada a partir da sua entrada em vigor, ou seja, para os fatos que ocorreram a partir do dia 17 de junho de 1996. Nesse sentido há posicionamentos do STF e STJ:

Supremo Tribunal Federal

HC- 74695/SP. Habeas Corpus. Relator Ministro Carlos Velloso. Publicação DJ : 9/5/1997, P18130. Julgamento: 11/3/1997- Segunda Turma Penal. Processual Penal. Habeas Corpus. Réu Revel. Suspensão do processo. Suspensão do curso do prazo prescricional. CPP, art. 366, com a redação da Lei 9.271/96.

I- Impossibilidade de aplicar a suspensão do processo quando se tratar de réu revel. Conforme previsto no artigo 366, com a redação da lei 9.271/96, deixando de aplicar a regra da suspensão do curso do prazo prescricional também prevista no mesmo dispositivo legal.

II- H.C. Indeferido. Unânime.

Superior Tribunal de Justiça

RHC 7052/RJ. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Ministro Félix Fischer. Publicação DJ: 13/5/1998, P 114. Julgamento 7/4/1998- Quinta Turma.

Processual Penal. Revelia. Art. 366 do CPP com a alteração introduzida pela lei 9.271/96. Aplicação imediata. Período máximo de duração da fluência do prazo prescricional.

I- A suspensão do processo, prevista atualmente no art. 366, do CPP, só pode ser aplicada em conjunto com a

suspensão do prazo prescricional.

II- É inadmissível a cisão do texto legal que evidencia, claramente, sob pena de restar sem conteúdo e finalidade, a necessidade de sua obrigatória incidência unificada.

III- Incabível sustentar o conflito de leis entre o texto revogado e texto posterior que já se encontrava em vigor quando da ocorrência do evento delituoso.

IV- O período máximo de suspensão da fluência do prazo de prescrição, hipótese do art. 366 do CPP, corresponde ao que está fixado no art. 109 do CP, observada a “pena máxima” cominada para a infração penal. Recurso conhecido e parcialmente provido. Unânime.

Diante de todo o exposto, resta cristalina a inaplicabilidade no processo em epígrafe da redação atual do artigo 366, caput, do CPP, tendo em vista que o evento criminoso em comento fora perpetrado em 04 de fevereiro de 1988, época em que a redação do artigo 366 do Código Penal ainda possibilitava a decretação da revelia do acusado citado por edital, entretanto, não determinava a suspensão do prazo prescricional. Somente com o advento da Lei Federal n.º 9.271/96, que alterou a redação do artigo 366 do CPP, passou-se a impor, na hipótese do denunciado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional.

Pelo conjunto dos argumentos lançados, o Ministério Público reitera que no caso em testilha já se operou a extinção da punibilidade do agente ativo J.P.M.F., pela ocorrência da prescrição, com fulcro no artigo 107, IV, do Código Penal Brasileiro. Assim afirmo, pois que entre a data do recebimento da denúncia (25 Mai 1988) e a data de hoje (28 Mai 2010), já transcorreram exatos vinte e dois anos e quatro dias.

VI – DA AUSÊNCIA DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Consoante com o já narrado, ainda, em que pese não ter sido o acusado J.P.M.F., intimado pessoalmente acerca da sentença de pronúncia, consoante preconizado pelo artigo 414, do Código de Processo Penal, vigente à época, em fl. 66/67, o Ministério Público apresentou Libelo Crime-Acusatório. Por seu turno, em fl. 69, a Defensoria Pública ofertou Contrariedade ao Libelo Crime-Acusatório. Em decisão de fl. 69v, com o advento da Lei Federal nº 9.271/96, este Juízo de Direito determinou a suspensão do curso do processo e do prazo prescricional em relação ao réu J.P.M.F., nos termos do artigo 366, do Código de Processo Penal Brasileiro.

Somando-se a isso, agora com o advento da Lei Federal nº 11.689/2008, entendeu este Juízo por determinar a intimação, por edital, do acusado J.P.M.F., acerca da sentença de pronúncia, consoante se vê em despacho de fl. 82. Assim, efetivada essa forma de intimação, em despacho de fl. 85, este Juízo determinou que viessem os autos com vista ao Ministério Público, para os fins do disposto no artigo 422 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Em manifestação de fl. 86/90 o Ministério Público requereu a declaração da extinção da punibilidade do agente ativo do crime, pela ocorrência da prescrição, com fulcro no artigo 107, IV, do Código Penal Brasileiro, e na sequência que os autos do processo em epígrafe fossem arquivados. Ocorre que em decisão de fl. 91/92 este Juízo de Direito indeferiu o pleito Ministerial, por entender que não ocorreu a prescrição, ao mesmo tempo em que fez a remessa dos autos em epígrafe com carga para o Ministério Público tomar ciência da retro mencionada decisão.

De acordo com o previsto no artigo 581, inciso IX, do Código de Processo Penal, caberá recurso em sentido estrito da decisão do juiz que indeferir o pedido de reconhecimento de prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade. Como é sabido, o devido processo legal deve garantir a possibilidade de revisão de julgados. A possibilidade de erro humano e o inconformismo natural de quem sai vencido nos seus argumentos jurídicos, estão a exigir o reexame da matéria decidida em primeira instância, a ser feito por juízes coletivos e magistrados mais experientes.

A Constituição Federal prevê o duplo grau de jurisdição, não somente no artigo 5º, inciso LV, como também no seu artigo 93, inciso III: *"o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância"*. Tal garantia também foi estabelecida na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), no seu artigo 8º, número 2, letra "h":

Artigo 8º - Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Nesse passo entendo que a ausência de intimação pessoal do Acusado da sentença de pronúncia inibe a possibilidade de levar a matéria a nova apreciação, desta forma viola o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, tendo em vista a possibilidade legal de recurso cabível contra a mesma. Além disso, constitui uma afronta ao devido processo legal, por não respeitar os

seus preceitos. Nesse ponto tenho a matéria como pré questionada para fins de interposição de recurso especial ou extraordinário.

VII – DA CONCLUSÃO

Considerando as argumentações suso lançadas, o Ministério Público apresenta as presentes Razões ao Recurso em Sentido Estrito, para que o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, após manifestação da Procuradoria Geral de Justiça e regular processamento desse recurso, declare a EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE em relação ao agente ativo J.P.M.F., pela ocorrência da prescrição, com fulcro no artigo 107, IV, do Código Penal Brasileiro, ou, em não sendo esse o entendimento, que promova o sobrestamento da presente ação penal até que o réu seja intimado pessoalmente da sentença de pronúncia.

São as razões.⁷

⁷Razões de recurso apresentadas em 28 de maio de 2010.

ALEGAÇÕES FINAIS – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MP – DESNECESSIDADE DE ALEGAÇÕES FINAIS PELA DEFESA*

Adson Alberto Cardoso de Carvalho**

I – RELATÓRIO

O Representante do Ministério Público, fundamentando-se em inquérito policial, ofereceu denúncia contra E. C. D. S., com qualificação nos autos, em virtude de, no dia 24/04/2004, por volta das 19:00 h, próximo ao Povoado Tanque Novo, neste município, haver sido flagrado conduzindo uma motocicleta Honda CG 125, de cor vermelha, com sinal identificador do veículo automotor adulterado, ou seja, com a placa policial HZP 6531, que era fria, posto que dizia respeito, na verdade, a uma moto Honda BIZ, de cor azul, da cidade de Itabaiana.

Constatou-se ainda que a citada motocicleta fora vendida ao ora denunciado por uma pessoa da cidade de São Miguel do Aleixo, neste Estado, conhecida por “Monte Alegre”, sem qualquer placa, negócio este que foi acompanhado pelo policial militar Cabo J. D., segundo o próprio denunciado, que garantiu a procedência do veículo ao comprador, assegurando que não seria produto de crime.

*Menção Honrosa no Concurso Melhor Arrazoado Forense 2010

**Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe, Professor de Direito Processual Penal da Faculdade Pio Décimo

Segundo o apurado, a numeração do chassi da moto apreendida seria oriunda de João Pessoa/PB, e a placa policial era originariamente MMU-3727;

Apurou-se também, que a propriedade da motocicleta era transmitida através de um B.O., emitido pela autoridade policial da cidade de Paulo Afonso, Estado de Bahia, acostado ao IP, o qual garantiria a condição de depositário, impedindo, no entanto, a venda da coisa gravada ou litigiosa.

Denúncia devidamente recebida, citação editalícia e produção emprestada dos autos nº 200465010190 de provas apenas pela Acusação.

Decorrido o prazo editalício, vieram os autos para manifestação.

É o relatório.

II – AS PROVAS ATÉ ENTÃO PRODUZIDAS.

Na questão em foco, evidencia-se claramente nos autos que, consoante o relato das testemunhas arroladas na denúncia, não houve, em momento algum, referência ao denunciado E.C.D.S. Vejamos:

Depoimento de J. N. J. P. (fls. 155):

"Que efetuou a prisão de José Carlos Lima, vulgo "Pirão"; que conhece o senhor José Deraldo Nunes, pois é "colega de farda", sem nada mencionar em seu relato sobre o

terceiro indiciado;

Depoimento de R.V. S. (fls. 185):

"Que não conhece o denunciado E. C. da S."

Depoimento de A. A. D. (fls. 186):

"Que é conhecido por Monte Alegre e não conhece os denunciados";

Depoimento de T. S. O. (fls. 210):

"Que convive com o denunciado J. C. L. e vive como se esposa; que o seu marido procurou o CB PM A. N., sem nada mencionar em seu relato sobre o terceiro denunciado.

III – O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DEFENSOR DA LEGALIDADE DEMOCRÁTICA, DOS DIREITOS DOS ACUSADOS E DA SOCIEDADE.

Diante de um quadro probatório desta natureza, não pode o Ministério Público permanecer postulando pela manutenção do processo contra o acusado.

Não estranha o posicionamento ministerial de, antecipadamente e mesmo sem manifestação de qualquer peça defensiva do acusado, postular pelo encerramento do feito com a absolvição do mesmo.

Se é que em algum tempo foi o Ministério Público

órgão puramente acusatório, não mais subsiste tal perfil em nenhum ordenamento jurídico do mundo, ou pelo menos naqueles ordenamentos em que o Brasil buscou abeberar-se juridicamente.

Com efeito, a Constituição Portuguesa, em seu art.219, 1, prescreve:

1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, Exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.

Nesta perspectiva, a lei portuguesa organizadora do Ministério Público lusitano, em seu art. 75, 1, é luminosa quando deixa clara a verdadeira posição do Ministério Público dentro e fora do processo, o que dele faz um verdadeiro magistrado requerente:

Artigo 75.º

Paralelismo em relação à magistratura judicial

1 - A magistratura do Ministério Público é paralela à magistratura judicial e dela independente.

2 - Nas audiências e actos oficiais a que presidam magistrados judiciais, os do Ministério Público que sirvam junto do mesmo tribunal tomam lugar à sua direita.

Já a Constituição Espanhola, em seu art. 124, 1, preceitua:

1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

Na linha de coerência com Portugal e de resto com toda a Europa Continental, existe equiparação de responsabilidade e, portanto, de prerrogativas com a magistratura judicial, o que significa que o Membro do Ministério Público Espanhol, lá mais conhecido por Ministério Fiscal, atua em defesa da Constituição, da Lei e da Justiça, sendo obrigado a ser imparcial, objetivo e justo, conforme disposições de seu direito positivo, notadamente o Estatuto do Ministério Público Espanhol, segundo nos demonstram os seus artigos 6, 7 e 33:

Artículo 6. Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan. Si el Fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el artículo 27 de este Estatuto.

Artículo 7. Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados.

Artículo 33.

1. Los miembros de la Carrera Fiscal están equiparados en honores, categorías y retribuciones a los de la Carrera Judicial.

2. En los actos oficiales a que asisten los representantes del Ministerio Fiscal ocuparán el lugar inmediato siguiente al de la autoridad judicial.

Na terra da teoria da tripartição dos poderes, o Ministério Público ou *magistrat du parquet* divide o mesmo artigo constitucional com a *magistrats du siège* e se inclui como autoridade judiciária, tendo tratamento exatamente igual na conformação do Conselho Superior. Vejamos o texto do art.65 da Constituição Francesa de 04 de outubro 1958:

Titre VIII - De l'autorité judiciaire

Art. 65. - Le Conseil supérieur de la magistrature comprend une formation compétente à l'égard des magistrats du siège et une formation compétente à l'égard des magistrats du parquet.

La formation compétente à l'égard des magistrats du siège est présidée par le premier président de la Cour de cassation. Elle comprend, en outre, cinq magistrats du siège et un magistrat du parquet, un conseiller d'État désigné par le Conseil d'État, un avocat ainsi que six personnalités qualifiées qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif. Le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat désignent chacun deux personnalités qualifiées. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable aux nominations des personnalités qualifiées. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée du Parlement sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée intéressée.

La formation compétente à l'égard des magistrats du parquet est présidée par le procureur général près la Cour de cassation. Elle comprend, en outre, cinq magistrats du parquet et un magistrat du siège, ainsi que le conseiller d'État, l'avocat et les six personnalités qualifiées mentionnés au deuxième alinéa.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège fait des propositions pour les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation, pour celles de premier président de cour d'appel et pour celles de président de tribunal de grande instance. Les autres magistrats du siège sont nommés sur son avis conforme.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les nominations qui concernent les magistrats du parquet.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège statue comme conseil de discipline des magistrats du siège. Elle comprend alors, outre les membres visés au deuxième alinéa, le magistrat du siège appartenant à la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les sanctions disciplinaires qui les concernent. Elle comprend alors, outre les membres visés au troisième alinéa, le magistrat du parquet appartenant à la formation compétente à l'égard des magistrats du siège.

Le Conseil supérieur de la magistrature se réunit en formation plénière pour répondre aux demandes d'avis formulées par le Président de la République au titre de l'article 64. Il se prononce, dans la même formation, sur les questions relatives à la déontologie des magistrats ainsi que sur toute question relative au fonctionnement de la justice dont le saisit le ministre de la justice. La formation plénière comprend trois des cinq magistrats du siège mentionnés au deuxième alinéa, trois des cinq magistrats du parquet mentionnés au troisième alinéa, ainsi que le conseiller d'État, l'avocat et les six personnalités qualifiées mentionnés au deuxième alinéa. Elle est présidée par le premier président de la Cour de cassation, que peut suppléer le procureur général près cette cour.

Sauf en matière disciplinaire, le ministre de la justice peut participer aux séances des formations du Conseil supérieur de la magistrature.

Le Conseil supérieur de la magistrature peut être saisi par un justiciable dans les conditions fixées par une loi organique.

La loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

No âmbito do Tribunal Penal Internacional, o Ministério Público que ali oficia é obrigado a buscar fatos e provas que tanto interessem à Acusação quanto à Defesa, conforme disposto no art. 54, 1, a) do Estatuto de Roma. *In verbis*:

Artigo 54:

1. O Procurador deverá:

a) *A fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente Estatuto e, para esse*

efeito, investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa;

A ONU, através da Carta elaborada por ocasião do 8º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes, adotou princípios orientadores relativos à função dos Magistrados do Ministério Público, a serem observados pelos Estados integrantes da referida Organização. Relacionado à atividade dos magistrados do Ministério Público no processo penal, nos artigos 12, 13 e 14 está consignado:

12. Os magistrados do Ministério Público exercem as suas funções em conformidade com a lei, eqüitativamente de maneira coerente e diligente, respeitam e protegem a dignidade humana e defendem os direitos da pessoa humana, contribuindo, assim, para garantir um procedimento criminal correto e o bom funcionamento do sistema de Justiça.

13. No exercício das suas funções os magistrados do Ministério Público:

a) Dão prova de imparcialidade e evitam toda a discriminação política, social, religiosa, racial, cultural sexual ou outra;

b) Protegem o interesse público, agindo com objetividade, tomam devidamente em consideração a posição do suspeito e da vítima e têm em conta todas as circunstâncias pertinentes, quer sejam favoráveis ou desfavoráveis ao suspeito.

14. Os magistrados do Ministério Público não encetam nem continuam investigações criminais ou fazem o possível para as suspender se um inquérito imparcial revelar que a acusação não é fundada.

Na esteira de toda a legislação internacional contemporânea, o Ministério Público não é, em nenhum ordenamento jurídico, parte acusatória, mas verdadeiro magistrado requerente, encontrando-se apenas vinculado à Lei, à Constituição e à Justiça, na mesma medida em que se encontram os magistrados judiciais. Daí o fundamento da equiparação entre uma carreira e outra, como ocorre em Portugal, Espanha, França e Itália, sendo nominados, inclusive pela

própria ONU, os membros do Ministério Público de *magistrados*.

Toda esta gama de leis e princípios, sobretudo de países que inspiram o nosso direito, é para deixar fora de dúvidas que as mesmas responsabilidades e finalidade legais são cometidas a Juizes e a membros do Ministério Público. Ambos se encontram obrigados a buscar a defesa da legalidade, da Justiça e do Bem comum, ainda que exercendo funções processuais diversas entre si. Em todo caso, nota-se identidade de finalidade e, como simples consequência, identidade de tratamento legal e protocolar.

Na linha do pensamento universal, o Magistrado do Ministério Público, como quer a linguagem da ONU, só sustentará a acusação quando houver elementos de fato e de direito que assim imponham. Caso haja elementos que imponham a absolvição, com a mesma virilidade e coragem que sustenta a acusação, deverá fazê-lo em relação à absolvição, ainda que de forma contrária pense a magistratura judicial.

IV – DA DOUTRINA – O PROCESSO ACUSATÓRIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS: DA DESNECESSIDADE DE ALEGAÇÕES FINAIS PELA DEFESA.

De fora a parte a questão relacionada à essência da atividade do Ministério Público nos mais respeitados ordenamentos jurídicos atualmente vigentes, é de se atentar para o posicionamento da moderna doutrina constitucionalista de feição acusatória.

Sendo assim, a doutrina moderna, defensora do sistema acusatório, aos poucos introduzido de forma expressa no nosso

ordenamento jurídico infraconstitucional, não admite a condenação quando o Ministério Público, também detentor de parte da soberania estatal, postula pela absolvição.

Aury Lopes Júnior, jovem, porém já renomado processualista da atualidade, invocando as lições de Goldsmidt e do magistrado fluminense Geraldo Prado, ensina:

O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não-exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. Então, recordando que GOLDSCHMIDT afirma que o poder judicial de condenar o culpado é um direito potestativo, no sentido de que necessita de uma sentença condenatória para que se possa aplicar a pena e, mais do que isso, é um poder condicionado à existência de uma acusação. Essa construção é inexorável, se realmente se quer efetivar o projeto acusatório da Constituição. Significa dizer: aqui está um elemento fundante do sistema acusatório. É absurda a regra prevista no art. 385 do CPP, que prevê a possibilidade de o Juiz condenar ainda que o Ministério Público peça a absolvição, o que significa uma clara violação ao Princípio da Necessidade do Processo Penal, fazendo com que a punição não esteja legitimada pela prévia e integral acusação, ou, melhor ainda, pleno exercício da pretensão acusatória. Analisando a problemática, mas desde outro enfoque, GERALDO PRADO perfila-se ao nosso lado, ao afirmar que "isso não significa dizer que o juiz está autorizado a condenar naqueles processos em que o Ministério Público haja requerido a absolvição do réu, como pretende o artigo 385 do Código de Processo Penal Brasileiro. Pelo contrário. Como o contraditório é imperativo para validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição. O fundamento da nulidade

é a violação do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República)”. (grifamos).Igualmente grave – e nula a sentença – é a previsão feita na última parte do art. 385 do CPP: poderá o juiz reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada na acusação.Aqui, sequer invocação existe. Menos ainda exercício integral da pretensão acusatória para legitimar a punição. Pior ainda, está o juiz, literalmente, acusando de ofício para poder, ele mesmo, condenar. Ferido de morte está, ainda, o princípio constitucional do contraditório, art.5º, LV, da Constituição da República.Além disso, estará avocando um poder que ele, Juiz, não tem e não deve ter. Ferido de morte está o sistema acusatório. Violado, ainda, o princípio supremo do processo: a imparcialidade. Como consequência, fulminados estão a estrutura dialética do processo, a igualdade das partes, o contraditório etc.Argumento costumeiramente invocado pelo senso comum teórico, para justificar uma sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição, ou o reconhecimento de ofício de uma agravante, em geral é o velho e mofado discurso da verdade real.A mitológica (e autoritária) verdade real será objeto de desconstrução a seu tempo. Contudo, para não deixar lacuna nesse momento, cumpre apenas explicar que a tal verdade real, afirma FERRAJOLI, ao ser perseguida fora das regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera o juízo de valor, amplamente arbitrário sobre o fato, assim como o cognoscitivismo ético sobre o qual se embasa o substancialismo penal, e resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracional do processo penal. Inadmissível, portanto, como argumento legitimante. Dessa forma, pedida a absolvição pelo Ministério Público, necessariamente a sentença deve ser de extinção do feito sem julgamento do mérito (ou ao menos absolutória, considerando a lacuna legislativa), pois na verdade o acusador está deixando de exercer sua pretensão acusatória, impossibilitando assim a efetivação do poder (condicionado) de penar. (Sem negritos no original.) (Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, Vol. I, 3ª Edição, 2008, pág.103/105)

Na mesma linha de entendimento, Paulo Rangel, festejado autor de processo penal, afirma:

“... o juiz, hodiernamente, está impedido de investigar a prova em desconformidade com o que quer o autor, sob pena de descer do ápice da pirâmide do tripé da relação jurídico-processual e se misturar com as partes, quebrando sua imparcialidade. A investigação probatória, em nome do famigerado princípio da verdade processual, decidindo contrário ao que quer o autor, somente é válida para dar ao acusado uma sentença absolutória e livra-lo das grades que a justiça quer lhe impor. Normalmente, confundem acusação e ação penal, institutos distintos entre si, e quem nos ensina é Geraldo Prado, magistrado fluminense, citando Giovanni Conso, quando diz que a acusação é atribuição de uma infração penal face à possibilidade de uma condenação de uma pessoa apontando como, eventualmente, culpável, enquanto a ação penal consiste em ato da parte autora, representada por sua dedução em juízo (Apud Prado, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Penais, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2001, p. 132). Razão pela qual pode existir, como existiu e não deve existir mais acusação sem ação penal na época da inquisição em que, no direito brasileiro, juiz promovia a acusação e depois julgava. Ou seja, o juiz batia o pênalti e corria para agarrar a bola : não havia tempo hábil e o gol(entenda-se condenação) era inevitável. Há o exercício da ação penal e o MP dele não pode desistir, mas não há mais acusação: a imputação da acusação da ação penal. O MP desistiu da pretensão acusatória do crime descrito na denúncia e não da ação penal. Não podemos confundir ação com processo. Ação deflagra a jurisdição e instaura o processo, porém se esgota quando a jurisdição é impulsionada. Agora, daqui para frente, o que temos é processo, não mais ação. Aquela (pretensão acusatória) é que é o objeto do processo penal e aqui é que tudo se resume: objeto do processo.” (Direito Processual Penal, Lumen Juris, 15ª Edição, 2008, pág.63/64)

De outro prisma, a questão relacionada ao tema processual-constitucional, nos moldes do sistema acusatório, faz necessário investir-se sobre as questões direcionadas aos direitos fundamentais dos Acusados.

Como o Judiciário, o Ministério Público é órgão comprometido à defesa da legalidade, do regime democrático de direito, e do ordenamento jurídico, nele incluído, principalmente, os

direitos fundamentais da sociedade e do cidadão.

Na medida em que o Ministério Público, órgão incumbido de prover a Justiça Penal (não apenas a acusação), retira a imputação da denúncia, ou se esta se demonstra extremamente frágil do ponto de vista probatório, interdita-se ao Judiciário a possibilidade de agravar a situação do Acusado, porque o Ministério Público já se posicionou, primeiramente, pela defesa da liberdade e da permanência da presunção de inocência do cidadão. Além disso, patente a defesa do princípio da celeridade processual que, no processo penal, ganha dimensões hiperbólicas, suprimindo-se uma etapa do processo penal, qual seja, abertura de prazo para a apresentação de razões finais defensivas.

Pois bem. Qual seria a legitimidade de um Judiciário de garantias que condenasse alguém já visto pelo Acusador Processual-Constitucional como inocente? Desfaz-se e viola-se toda a expectativa social de que o Judiciário exista para coibir excessos e não aprofundar os gravames aos cidadãos e, pior do que isso, exercendo a dialética processual de forma a violar direitos humanos fundamentais.

Para evitar abusos na forma omissiva, em caso de discordância, deve o Julgador aplicar o art. 28 do CPP, para fins de controle do posicionamento do Ministério Público de 1º grau.

Na estrita defesa da legalidade democrática, da ordem jurídica justa, dos direitos da pessoa humana, e do direito individual indisponível, *in casu*, a liberdade, não há qualquer utilidade na manutenção do presente processo contra a pessoa do acusado, porque a ação penal já se mostrou, antecipadamente, fadada ao fracasso.

Assim, na esteira do mandamento consagrado pelos princípios orientadores da ONU, o magistrado do Ministério Público de tudo deve fazer para suspender um procedimento criminal imparcial e injusto que revele que a acusação não é fundada.

A persistência da presente ação penal é desumana, e já neste instante processual, não vê razões para o seu prosseguimento, propugnando este Magistrado do Ministério Público, pela absolvição do acusado E. C. D S., de forma antecipada e independente de oitiva de defesa, conforme autoriza o art. 386, V, do CPP.

Pede deferimento.

Carira(SE), 23 de março de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL – DECLARAÇÃO DE INTERESSE CULTURAL DA IGREJA NOSSA SENHORA DO AMPARO*

Sandro Luiz da Costa**

A. Peça de interposição. B. Fundamentação recursal: 1. Dos fatos. 2. Fundamentos: I. Declaração de interesse cultural. II. Da existência de valor cultural da igreja Nossa Senhora do Amparo. III. Da impossibilidade da utilização da própria torpeza em benefício próprio. IV. Da coisa julgada secundum eventus litis. V. Dos prequestionamentos expressamente efetivados neste recurso. 3. Conclusão.

A – PEÇA DE INTERPOSIÇÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através de seu Promotor de Justiça que esta subscreve, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fulcro no artigo 513 e ss., do Código de Processo Civil, inconformado com a sentença proferida, interpor, pelos fundamentos de fato e de direito abaixo, a presente APELAÇÃO requerendo seu recebimento e remessa ao Douto Juízo *ad quem*, E. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em vista das anexas razões, seguindo os trâmites legais pertinentes.

15 de março de 2010

Sandro Luiz da Costa
Promotor de Justiça

*Menção Honrosa no Concurso Melhor Arrazoado Forense 2010.

**Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe, com atuação na 2ª Promotorias Distrital (com funções também do Meio Ambiente e Urbanismo) de Nossa Senhora do Socorro. Mestrando em Desenvolvimento e Meio Ambiente – UFS e professor de Direito Ambiental e Penal no curso de Direito da FANESE.

B - RAZÕES RECURSAIS

Colenda Câmara
Preclaros Desembargadores
Excelentíssimo Procurador de Justiça

OMINISTÉRIOPÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através de seu Promotor de Justiça que esta subscreve, vem, respeitosamente, perante Vossas Excelências, apresentar suas razões recursais.

1 - DOS FATOS

Com fundamento em laudo técnico do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) foi ajuizada ação civil pública contra o município e a AA (retificação da inicial às fls. 104), *cujo o único objeto* era o pedido de declaração do interesse cultural para o município da Igreja Nossa Senhora do Amparo, localizada na sede do referente ente federativo.

Embora se tratasse de fato notório e existisse laudo do IPHAN no Inquérito Civil, foi produzida, durante o processo, prova pelo autor, arrolando-se como testemunha o próprio Secretário Municipal do Meio Ambiente (ouvida como declarante pelo juízo, após contradita, pasmem, do próprio município réu), o qual, além de ser Secretário do Meio Ambiente da própria requerida, é pessoa idosa nascida neste município e que confirmou o valor histórico-cultural do referido patrimônio para o município réu.

Entretanto, a MM. Juíza, a despeito do laudo do IPHAN, da prova testemunhal produzida e da notoriedade da importância de tal Igreja para a história e a cultura do primeiro requerido julgou improcedente o pedido por entender não caracterizado o interesse cultural do referido patrimônio.

Inconformado apenas no plano jurídico com a respeitável decisão proferida pela competente Juíza *a quo*, o Ministério Público interpõe o presente recurso, cujos pontos discutidos são: a) a natureza jurídica do instituto da declaração de interesse cultural; b) a existência de valor cultural ou não da Igreja Nossa Senhora do Amparo e c) Impossibilidade da utilização da própria torpeza em benefício próprio e d) da coisa julgada *secundum eventus litis*. Ao final, apresenta a síntese dos prequestionamentos efetivados no presente recurso em caso de eventual Re ou Resp.

2 - FUNDAMENTOS

I - DECLARAÇÃO DE INTERESSE CULTURAL

Vê-se nos fundamentos da sentença recorrida clara confusão entre os distintos institutos da declaração de interesse cultural e do tombamento (este é um *plus* em relação ao primeiro), sendo que este não foi objeto do presente processo:

"Ressalte-se, ainda, que, embora não se reconheça nesta sentença o alegado valor cultural do templo, para fins de tombamento, é certo que existem outras formas de acautelamento e preservação do bem que devem ser utilizados pelos requeridos com a colaboração da

comunidade" (sentença recorrida, fl. 264v).

Mais ainda, verifica-se pelos argumentos acima que a própria Magistrada reconhece a necessidade de proteção do referido bem e seu valor cultural, mas não pelo tombamento. Entretanto, o Ministério Público, em nenhum momento requereu que o Poder Judiciário declarasse o tombamento do bem, mas somente seu valor cultural para o município com o fim de proteção.

A declaração de interesse cultural é uma forma menos limitadora do que outros instrumentos, tais como o tombamento, de se proteger o patrimônio cultural e histórico brasileiro, consistindo em um ato administrativo, por parte do poder público, onde se reconhece a importância cultural-histórica de determinado bem, evitando-se assim intervenções indevidas por parte do proprietário e de terceiros.

Como o poder público e os proprietários não providenciaram este reconhecimento, o Ministério Público buscou o Poder Judiciário, visando o reconhecimento de tal valor, como forma de proteção do meio ambiente cultural, vez que, durante todo o processo, os próprios proprietários reconheceram que estão descaracterizando o bem:

"Por outro lado informou que o piso do templo não é mais o original e que foram construídos banheiros, descaracterizando assim a estrutura original do imóvel, inviabilizando a pretensão autoral" (alegações finais do proprietário requerido, fl. 261).

Aqui se adota como fundamento destas razões recursais, os argumentos trazidos na inicial¹ demonstrando a pertinência, objetivo e distinções da declaração de interesse cultural e mostrando que a decisão viola expressamente o artigo 216 da Constituição Federal:

"A nossa Constituição Federal dispõe acerca do patrimônio

¹Baseados em peça elaborada pelo Promotor de Justiça Augusto Cesar L. de Resende.

cultural brasileiro:

"Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§1º O Poder Público, com a colaboração da coletividade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

[...]

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei."

No entanto, não basta o mero reconhecimento objetivo do valor cultural do bem para que este possa se submeter ao especial regime de proteção jurídica, de modo que faz-se mister o reconhecimento formal por parte do Poder Público de tal valor, segundo lição Marcos Paulo de Souza Miranda¹: "...apenas o imóvel individuado e expressamente reconhecido pelo poder público como bem cultural submete-se ao especial regime jurídico..."

Infelizmente, a Igreja Nossa Senhora do Amparo não é expressamente reconhecida de relevante valor cultural pelos Poderes Públicos, daí porque ser cabível a presente ação civil pública declaratória de valor cultural da mesma. De fato, o art. 216, § 1º, da Constituição Federal é claro ao estabelecer que o tombamento é apenas uma das formas de proteção do patrimônio cultural, mas não a única, de modo que a doutrina e jurisprudência e, mais recentemente, a legislação federal, vêm consagrando a possibilidade do Poder Judiciário reconhecer o valor cultural de determinado bem, independentemente de prévio ato de tombamento.

A respeito da defesa do patrimônio cultural em juízo, aponta a doutrina:

"Além da defesa de outros interesses difusos e coletivos, cuida expressamente a Lei nº 7.347/85 da defesa em juízo dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a que se vem convencendo chamar em doutrina de patrimônio cultural (artigo 1º, III, da Lei da Ação Civil Pública). A Constituição de 1988, nos seus artigos 215-6, alargou bastante a abrangência dos interesses culturais, que evidentemente passam a merecer proteção também por via judicial. (MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 5. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 102).

O escólio de Mazzilli é esclarecedor:

"Fica claro, no exame da legislação, que tanto se protege o patrimônio público tombado como o não tombado. Em caso de tombamento, temos proteção administrativa especial. Sempre que o legislador, por qualquer razão, quis exigir tombamento, ele o explicitou claramente. Na Lei 7.347/85, entretanto, o legislador não limitou a proteção jurisdicional de valores culturais apenas aos bens tombados — e seria rematado absurdo se o fizesse. Afinal, nada impede que um bem tenha acentuado valor cultural, mesmo que ainda não reconhecido ou até mesmo se negado pelo administrador; quantas vezes não é o próprio administrador que agride um bem de valor cultural?!"

O tombamento, na verdade, é um ato administrativo complexo: de um lado, declara ou reconhece a preexistência do valor cultural do bem; de outro, constitui limitações especiais ao uso e à propriedade do bem. Quanto ao reconhecimento em si do valor cultural do bem, o tombamento é ato meramente declaratório e não constitutivo desse valor; pressupõe este último e não o contrário, ou seja, não é o valor cultural que decorre do tombamento." (MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 85).

Com efeito, não há nenhuma exigência da lei condicionando a defesa do patrimônio cultural ao prévio tombamento administrativo do bem, que, como se viu, é apenas uma forma administrativa, mas não sequer a única forma de regime especial de proteção que um bem de valor cultural pode ensejar,

Não é outro o entendimento jurisprudencial sobre o tema: "[...] cabe ao Judiciário identificar o valor histórico e estético do bem, independentemente do critério administrativo". (RJTJESP 114/38, maioria).

"O reconhecimento de que determinada coisa tem valor estético, histórico, turístico ou paisagístico pode ser feito

pelo Poder Judiciário e não é privativo do Poder Legislativo ou do Executivo". (RJTJESP 122/50).

O eminente Marcos Paulo de Souza Miranda, in Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro, Ed. Del Rey, 2006, p. 179, assinala que: "a ação civil tem se mostrado como instrumento extremamente útil em caso de omissão dos Poderes Executivo e Legislativos no dever de preservar o patrimônio cultural brasileiro, sendo viável o reconhecimento judicial do valor de determinado bem e a imposição a seu proprietário e ao Poder Público de obrigações de fazer e não fazer necessárias à manutenção de sua integridade".

Nesse diapasão, a presente ação civil pública mostra-se juridicamente possível, necessária, útil e adequada para o reconhecimento judicial do valor cultural da Igreja [Nossa Senhora do Amparo]". (fls. 02-11 c/c 104).

Exemplo disto em nosso Estado é o caso da Ponte do Imperador em Aracaju, patrimônio cultural/histórico que apesar de não ser tombado foi declarado pelo referido município como de valor cultural, o que justificou a intervenção do Poder Judiciário para impedir recente tentativa de descaracterização do bem efetivada pelo município de Aracaju.

II - DA EXISTÊNCIA DE VALOR CULTURAL DA IGREJA NOSSA SENHORA DO AMPARO

O Instituto Nacional do Patrimônio Histórico Nacional é um organismo federal de grande importância à proteção do patrimônio cultural brasileiro criado nos anos 30:

"O Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional foi criado em 13 de janeiro de 1937 pela Lei nº 378, no governo de Getúlio Vargas. Já em 1936, o então Ministro da Educação e Saúde, Gustavo Capanema, preocupado com a preservação do patrimônio cultural brasileiro, pediu a Mário de Andrade a elaboração de um anteprojeto

de Lei para salvaguarda desses bens. Em seguida, confiou a Rodrigo Melo Franco de Andrade a tarefa de implantar o Serviço do Patrimônio. Posteriormente, em 30 de novembro de 1937, foi promulgado o Decreto-Lei nº 25, que organiza a “proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”. O Iphan está hoje vinculado ao Ministério da Cultura.

Rodrigo Melo Franco de Andrade contou com a colaboração de outros brasileiros ilustres como Oswald de Andrade, Manuel Bandeira, Afonso Arinos, Lúcio Costa e Carlos Drummond de Andrade. Técnicos foram preparados e tombamentos, restaurações e revitalizações foram realizadas, assegurando a permanência da maior parte do acervo arquitetônico e urbanístico brasileiro, assim como do acervo documental e etnográfico, das obras de arte integradas e dos bens móveis.

A próxima etapa consistiu na proteção dos acidentes geográficos notáveis e paisagens agenciadas pelo homem. Há mais de 60 anos, o Iphan vem realizando um trabalho permanente de identificação, documentação, proteção e promoção do patrimônio cultural brasileiro².

Pois bem, o IPHAN, órgão do próprio poder executivo federal e com a importância e credibilidade acima apresentadas nos presentes autos, realizou inspeção no bem, objeto do presente processo, a pedido do Ministério Público Estadual e, embora reconheça que tenha havido várias intervenções, como, v.g., a substituição do piso e a construção de banheiros novos, aponta em seu laudo que o prédio apresenta feições coloniais, sendo *“um edifício com importância histórica e artística, tendo grande valor cultural para o município em que se encontra e para o Estado de Sergipe”* (fl. 23).

Aqui deve ser logo observado que, embora a ação, retificada posteriormente, tenha buscado a proteção do poder executivo municipal apenas, calcada na responsabilidade solidária, estabelecida na competência comum de todos os entes federativos

²Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=12149&sigla=Institucional&retorno=detalheInstitucional>. Acesso em 15.mar.2010.

protegerem os bens de valor artístico, histórico e cultural (artigos 23 c/c 30 da Constituição Federal), permitindo-se assim o ajuizamento da ação contra todos, um ou alguns dos devedores solidários, o que ocorreu no presente caso, vê-se pela conclusão do laudo acima, que o referido bem tem valor cultural não somente para o município, mas também para o Estado de Sergipe.

No entanto, a decisão recorrida, em sua fundamentação questiona tal conclusão do IPHAN:

"Isto porque, quando examinado, este próprio laudo de vistoria deixa sérias dúvidas quanto a sua conclusão, pois ao tempo em que afirma o valor cultural e artístico do prédio, relaciona dados que retira tais qualidades do imóvel.

Nesse passo, merecem destaque, entre outros, os seguintes pontos do laudo:

a) "O jardim não apresenta qualidades artísticas em si." (...) (fl. 16) - grifei;

b) "Instalações elétricas aparentes e improvisadas. O banheiro está localizado em uma construção nova, colada à sacristia da Igreja. (...) Apesar disso, a construção recente prejudica a percepção volumétrica original do edifício "(...) (fl. 17) - grifei;

c) "Os primeiros degraus da escada que acessa o coro são de alvenaria. O restante é de madeira, mas não aparentam ser originais da construção." (...) (fl. 20) - grifei; "(...) Para qualquer intervenção neste edifício, com intenção de restaurá-lo, exigirá acurada pesquisa histórica, entendendo-se a época de tais intervenções e os materiais antes existentes" (...) - (fl. 23).

Observa-se que a argumentação decisória acima se fundamenta, em suma, nas intervenções posteriores que retiram a originalidade do bem, argumentação aduzida como defesa pela Arquidiocese e acolhida pela MM. Juíza.

Entretanto, repita-se, embora o laudo tenha constatado as alterações introduzidas no referido bem pela requerida e

pelo transcurso do tempo, tal descaracterização não foi total, restando ainda valor cultural ao referido bem:

Neste sentido, o próprio laudo demonstra a importância do bem em conjunto com a Igreja Matriz do município (esta tombada pela União): “contrapõe-se com a imponência da Matriz de Nossa Senhora do Perpétuo Socorro”, caracterizando-se assim, um conjunto arquitetônico.

De outro lado, o laudo demonstra, apesar das intervenções, a importância artística, histórica e cultural ainda remanescente do bem:

“A Igreja de Nossa Senhora do Amparo aparenta ser muito bem mantida pela comunidade de [do município] [...] Por possuir imagens valiosas, é aberta somente quando solicitada visita ou durante as celebrações”.

Mesmo que a originalidade do bem tenha sido afetada totalmente ou parcialmente pelas intervenções da própria Arquidiocese, ou pelo tempo, isto não descaracteriza o valor ambiental-cultural do referido bem e nem o interesse da presente ação, cabendo posteriormente, caso seja declarado tal valor cultural, aos responsáveis a obrigação de recuperar e restaurar o bem e sendo isto impossível, de indenizar a coletividade pelos prejuízos materiais e morais causados, independentemente de culpa. A decisão recorrida, neste aspecto viola as normas estampadas no art. 225, §3º, da CF c/c artigo 14, §1º, da Lei 6.938/1981.

Sobre a testemunha arrolada pelo Ministério Público e ouvida em Juízo, o Secretário do Meio Ambiente do Município é interessante observar que sendo um agente do município, ainda mais

exercendo um cargo político de alto escalão e de confiança, era de se estranhar tal indicação no rol de testemunhas do autor, pois haveria uma tendência do mesmo distorcer os fatos para o lado do município, diante dos interesses em jogo, entretanto, já conhecendo o trabalho do Secretário na defesa do meio ambiente do município e sabendo que o mesmo, além disto, era natural do município requerido, tendo amplo conhecimento dos patrimônios culturais daquele local, o Ministério Público o apontou como testemunha. No entanto, apesar de ser óbvio que qualquer distorção da verdade seria utilizada contra a tese autoral, para nossa surpresa, foi o município que tentou de todas as formas impedir que o secretário fosse ouvido no processo, sendo acolhida pelo juízo sua oitiva como declarante (fl. 197).

Tal testemunho também não foi suficiente para convencer a Nobre Magistrada:

“A testemunha trazida pelo Ministério Público, sr. Manoel Messias Vasconcelos, que foi ouvida como declarante (fls. 197 e v), apesar de também afirmar que a Igreja de N. Sra do Amparo possui valor cultural em relação ao Município e relatar alguns eventos religiosos ligados à Igreja, não apontou dados relevantes que venham subsidiar tal afirmação, nem tão pouco trouxe qualquer elemento que venha a somar a análise feita pelo IPHAN quanto ao valor cultural do templo.

Sob esse aspecto, destaco os seguintes trechos de suas declarações:

“(…) Que não tem dados da época em que foi construída. O altar se assemelha ao da Igreja Matriz, não sabendo informar o estilo do mesmo. (...) Que não sabe informar se a igreja necessita de alguma obra de reparo. Que não sabe informar se existe algum problema com infiltração. (...) Que não sabe informar se o piso é original. Que não tem conhecimento se o altar foi reconstruído recentemente. (...)”

Analisando os questionamentos efetivados pela nobre magistrada, verifica-se uma preocupação com perguntas técnicas e

voltadas para o grau de degradação e intervenção na originalidade do bem, entretanto, vale lembrar que o Secretário é uma testemunha e não um perito, até porque a prova pericial já havia sido produzida por um órgão oficial e os requeridos não produziram contra-perícia e o objetivo do Ministério Público, ao ouvir a testemunha acima, era o de exatamente confirmar o valor cultural do bem para o município, o que foi verificado e justificado não na visão de um perito, mas na visão do Secretário do Meio Ambiente do requerido e que ao mesmo tempo é um ancião, nascido e criado no local, sendo conhecedor de suas culturas e tradições:

"Que a Igreja de Nossa Senhora do Amparo tem valor cultural em relação ao município [...], pois o município tem duas padroeiras, Nossa Senhora do Perpétuo Socorro e Nossa Senhora do Amparo, tendo duas festas no município para homenageá-las. Que as festas religiosas homenageando as duas santas existem há muitos anos, inclusive o declarante tem 70 anos e desde pequeno as festas já existiam. A festa de Nossa Senhora do Amparo, significa Assunção de Nossa Senhora e no dia da festa é a igreja de Nossa Senhora do Amparo que assume a festividade, celebrando missa, realizando novenário e procissão pelas ruas da cidade. Dentro da igreja fica a imagem de Nossa Senhora do Amparo, a qual é de período anterior ao nascimento do declarante [...] Que além da imagem da padroeira, a igreja também tem a imagem de São José, São Benedito e um crucifixo. As imagens existem também há mais de 70 anos, que é a idade do declarante". (fls. 197 e 197v).

Como fundamento decisório ainda aduz a MM. Magistrada que:

"[...] Saliente-se que poucos são os eventos religiosos ligados diretamente à aludida igreja, além do que o conjunto arquitetônico original da Igreja foi descaracterizado, mediante a realização de obras e reparos sem qualquer orientação técnica quanto à preservação do pouco que restava de valor relevante para a comunidade, além do imóvel ter sofrido acentuado

desgaste com a ação do tempo”.

É importante destacar, como registrado pela testemunha acima, que a cidade tem duas padroeiras, sendo representadas pelas igrejas respectivas. Uma destas festas, Nossa Senhora do Amparo, cuja Santa de mesmo nome, está dentro da igreja, objeto do presente procedimento, é organizada tendo como centro catalisador a própria igreja e isto é feito há mais de 100 anos, sendo inclusive data prevista no calendário municipal como feriado da cidade no dia 15 de agosto³.

Vale frisar que somente existem três feriados municipais, sendo um referente à data de emancipação política do município (07/07), outro referente à festa da Padroeira do município (02/02) e o outro referente à festa catalisada pela Igreja objeto do presente processo.

Ora, vê-se assim que a padroeira de Nossa Senhora do Amparo é tão importante para o município que tal fato *CULTURAL, HISTÓRICO E ARTÍSTICO*, materializado no patrimônio, objeto do presente processo, é uma festividade tradicional e histórica do município, alcançando a importância de se constituir em um dos poucos feriados municipais existentes.

Estes bens da Igreja, no Brasil, um país tradicionalmente, desde sua colonização, seguidor de tal religião, são de suma importância para sua história e cultura, não se entendendo como a própria instituição religiosa quer negar este valor, quando, em recente Acordo Internacional ratificado pelo Brasil em fevereiro deste ano, foi firmado o Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, na Cidade do Vaticano,

³ Disponível no site oficial da Prefeitura de Nossa Senhora do Socorro: <http://www.ansocorro.com.br/>. Acesso em 15.03.2010.

elaborado em 13 de novembro de 2008, onde a Santa Sé reconheceu a importância cultural, histórica e artística dos bens da Igreja Católica no Brasil e a obrigação do Brasil e da Igreja de salvaguardar estes bens:

"As Altas Partes reconhecem que o patrimônio histórico, artístico e cultural da Igreja Católica, assim como os documentos custodiados nos seus arquivos e bibliotecas, constituem parte relevante do patrimônio cultural brasileiro, e continuarão a cooperar para salvaguardar, valorizar e promover a fruição dos bens, móveis e imóveis, de propriedade da Igreja Católica ou de outras pessoas jurídicas eclesiais, que sejam considerados pelo Brasil como parte de seu patrimônio cultural e artístico.

§ 1º. A República Federativa do Brasil, em atenção ao princípio da cooperação, reconhece que a finalidade própria dos bens eclesiais mencionados no caput deste artigo deve ser salvaguardada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sem prejuízo de outras finalidades que possam surgir da sua natureza cultural.

§ 2º. A Igreja Católica, ciente do valor do seu patrimônio cultural, compromete-se a facilitar o acesso a ele para todos os que o queiram conhecer e estudar, salvaguardadas as suas finalidades religiosas e as exigências de sua proteção e da tutela dos arquivos". (Art. 6º, do Decreto 7.107 de 11/02/2010. Publicado no DOU em 12/02/2010, com vigência na data da publicação).

A decisão também viola a norma federal acima citada que ratifica este Acordo Internacional.

III - IMPOSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA PRÓPRIA TORPEZA EM BENEFÍCIO PRÓPRIO

A Arquidiocese de Aracaju, proprietária do bem, aduziu durante o processo que o fundamento para a improcedência da presente ação seria a descaracterização da estrutura original do

imóvel e tal fundamento foi acolhido como razão de decidir no *decisum* combatido:

"[...] além do que o conjunto arquitetônico original da Igreja foi descaracterizado, mediante a realização de obras e reparos sem qualquer orientação técnica quanto à preservação do pouco que restava de valor relevante para a comunidade, além do imóvel ter sofrido acentuado desgaste com a ação do tempo". (fl. 64, grifou-se).

Ora, conforme já observado acima, além deste fato confessado não desonerar a requerida da sua obrigação de reparar o dano e tratar-se de reafirmação do valor cultural do bem, ofende máxima jurídica de que ninguém pode se valer de sua torpeza em benefício próprio, não podendo ser acolhido como argumento para fundamentar a decisão combatida.

Neste sentido tem se posicionado este Egrégio Tribunal de Justiça:

*"Nº do processo: 1999201025
Relator: DESA. CLARA LEITE DE REZENDE
Recurso: APELAÇÃO CÍVEL
Julgamento: 30-05-2000
Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE NOTA PROMISSÓRIA CUMULADA COM CANCELAMENTO DE PROTESTO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE NOTA PROMISSÓRIA PAUTADA NA CONFIANÇA DEPOSITADA NO GERENTE DA INSTITUIÇÃO FIANÇEIRA. CARACTERIZAÇÃO DE SIMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DO TÍTULO DE CRÉDITO SOB O DA PRÓPRIA TORPEZA. A IRREGULARIDADE DA EMISSÃO DO TÍTULO TEVE ANUÊNCIA DO APELADO QUE NA INICIAL CONFESSA HAVER ASSIM PROCEDIDO EM RAZÃO DA ESTIMA QUE DEPOSITAVA NO PREPOSTO DO BANCO. CARACTERIZADA ENCONTRA-SE A HIPÓTESE DE SIMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DO APELADO LIBERAR-SE DA OBRIGAÇÃO CONTRAÍDA DE PAGAR A QUANTIA ESPECIFICADA NO TÍTULO DE CRÉDITO, SOB A ALEGAÇÃO DA PRÓPRIA TORPEZA. PERDA DE OBJETO DO PLEITO DO CANCELAMENTO DO PROTESTO DIANTE DA VALIDADE DA NOTA PROMISSÓRIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*

DECISÃO UNÂNIME [...]”

“Nº do processo: 2008210109

Relator: DESA. MARIA APARECIDA SANTOS GAMA DA SILVA

Recurso: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (C.Civel)

Julgamento: 29-07-2008

Ementa: EMENTA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO QUANTO A PERPETRAÇÃO DA ILEGALIDADE SUSCITADA COMO FUNDAMENTO DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - EXISTÊNCIA - ADMINISTRAÇÃO NÃO PODE SOCORRER-SE EM SEUS EQUÍVOCOS PARA SE ESQUIVAR DA APLICAÇÃO DA LEI - OMISSÃO RECONHECIDA - MODIFICAÇÃO PARA FINS DE ACLARAMENTO - URSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Prospera a alegação do embargante acerca da contradição de fundamentos do decisório, o que enseja um esclarecimento acerca dos mesmos; 2. O acórdão reconheceu a ilegalidade da generalidade conferida ao Adicional de Desempenho, embora o tenha estendido aos inativos; 3. A parte não pode ser beneficiada pela sua própria torpeza. Constatado o erro da administração em pagar verbas de caráter específico a todos os ativos, é de direito que tal seja estendida aos inativos, por força do que dispõe a própria Constituição. 4. Recurso conhecido e provido para fins elucidativos. Acórdão mantido, embora esclarecidos seus fundamentos[...].”

“Nº do processo: 2007214907

Relator: DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO

Recurso: APELAÇÃO CÍVEL

Julgamento: 25-02-2008

Ementa: Processual Civil - Ação indenizatória - Intimação válida do autor - Art. 238, parágrafo único, do CPC - Ausência injustificada de advogado à audiência - Cerceamento de defesa - Inocorrência. I - É cediço que não pode a parte se valer da sua própria torpeza, razão pela qual, tendo sido a intimação dirigida para o local indicado na proemial, à língua de qualquer informação acerca de eventual mudança de endereço, mister se faz considerá-la válida, a teor do disposto na atual redação do parágrafo único do art. 238 do CPC; II - Versando a causa sobre direito disponível de cunho eminentemente patrimonial e tendo sido a representação processual do proponente efetivada, desde o seu nascedouro, por intermédio de causídicos livremente nomeados, os quais restaram regularmente intimados da audiência, tem-

se que a ausência injustificada dos mesmos à aludida assentada, não enseja o seu necessário adiamento, tampouco induz à obrigatoriedade de nomeação de defensor dativo ou curador, de maneira que a realização do ato instrutório não configura cerceamento de defesa; III - Recurso conhecido e desprovido [...].

IV - DA COISA JULGADA SECUNDUM EVENTUS LITIS

Assim como na ação popular, a ação civil pública julgada improcedente por insuficiência de provas não gera coisa julgada material:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (grifou-se).

Isto ocorre a fim de que, diante dos especiais interesses e direitos discutidos, os quais são de natureza transindividual, os seus titulares, que no presente caso são indetermináveis (direitos difusos), não sejam prejudicados quando a falta de produção probatória não permite a correta apreciação da questão, permitindo-se assim que, futuramente, com base em nova prova possa ser ajuizada outra ação pelos legitimados para a ação civil pública (artigo 5º, da Lei 7.347/1985).

No presente caso, a MM. Juíza expressou peremptoriamente na sentença recorrida que não reconheceu o valor cultural da referida Igreja (embora o tenha dito para fins de tombamento, conforme argumentado acima), julgando improcedente a demanda definitivamente, o que, após o trânsito em julgado, impediria qualquer

nova discussão sobre o tema, mesmo diante de prova nova.

Entretanto, analisando os fundamentos do *decisum*, verifica-se que tal improcedência, em verdade, ocorreu, no entendimento estampado expressamente na referida peça (e não no entendimento do Ministério Público), por falta de provas dos fatos alegados na inicial e não porque a referida Igreja não teria valor ambiental:

"Em que pese a Constituição Federal garantir a preservação de bens de valor histórico, cultural e artístico e ter o IPHAN ressaltado em seu relatório que a Igreja de Nossa Senhora do Amparo apresenta o aludido valor arquitetônico, histórico e cultural, tenho que, no confronto das provas trazidas aos autos, que a pretensão autoral não pode ser acolhida. Isto porque, quando examinado, este próprio laudo de vistoria deixa sérias dúvidas quanto a sua conclusão, pois ao tempo em que afirma o valor cultural e artístico do prédio, relaciona dados que retira tais qualidades do imóvel.

[...]

A testemunha trazida pelo Ministério Público, sr. MMV, que foi ouvida como declarante (fls. 197 e v), apesar de também afirmar que a Igreja de N. Sra do Amparo possui valor cultural em relação ao Município e relatar alguns eventos religiosos ligados à Igreja, não apontou dados relevantes que venham subsidiar tal afirmação, nem tão pouco trouxe qualquer elemento que venha a somar a análise feita pelo IPHAN quanto ao valor cultural do templo.

[...]

Assim, é que as provas e argumentos colacionados aos autos são precários, não me convencendo que a igreja de Nossa Senhora do Amparo detenha real valor cultural para o Município, representando a história e a cultura da cidade [...]" (fls. 263v a 264, grifou-se).

O interesse em trazer este ponto para a discussão, embora que, pelos argumentos acima, não há dúvida da prova do valor cultural do referido tempo, é que, dentro do princípio da eventualidade, em caso da remota hipótese desta Respeitável Corte não acolher tais argumentos do recorrente, que o faça pela ausência de provas

produzidas pelo autor, fazendo-se tal fundamento parte do dispositivo do Acórdão, impedindo-se assim que a confiança do Membro do Ministério Público na notoriedade dos fatos e no laudo do IPHAN prejudiquem os titulares reais deste direito que são não somente nossa atual sociedade, mas também as futuras gerações, permitindo-se assim que outros legitimados para a tutela coletiva possam, no futuro, desde que baseados em prova nova, buscar novamente a defesa deste bem cultural do referido município.

V - DOS PREQUESTIONAMENTOS EXPRESSAMENTE EFETIVADOS NESTE RECURSO

Dos fundamentos acima, verifica-se que a decisão recorrida violou o disposto nos artigos 23; 30, IX; 216 e 225 da Constituição Federal e nos artigos 14, §1º, da Lei 6938/81 e 6º do Acordo Internacional ratificado pelo Decreto 7.107/2010.

3 – CONCLUSÃO

Ante o exposto manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença proferida para declarar a Igreja Nossa Senhora do Amparo como detentora de valor cultural para o povo do município, impondo-se ao proprietário, bem como à municipalidade, a obrigação de preservá-la para a fruição das presentes e futuras gerações. (fl. 11 c/c fl. 104). Caso este Respeitável Tribunal assim não entenda, requer que seja alterado o fundamento do dispositivo da sentença recorrida para expressamente julgar a presente

ação improcedente por falta de provas.

15 de março de 2010

**Sandro Luiz da Costa
Promotor de Justiça**



III ARTIGOS

1. ALIENAÇÃO PARENTAL E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

**Adélia Moreira Pessoa
Ana Paula de Carvalho Moura**

2. DOLO EVENTUAL NOS CRIMES DE TRÂNSITO

Paulo Lima de Santana

3. LIBERDADE RELIGIOSA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Fabio Dantas de Oliveira

Alienação Parental e o Direito à Convivência Familiar

Adélia Moreira Pessoa*
Ana Paula de Carvalho Moura**

Sumário: Introdução; 2. Direito à convivência familiar; 3. Alienação Parental – breve caracterização; 4. A Lei nº 12.318/2010 que disciplina a Alienação Parental; 5. Guarda Compartilhada - Uma saída para evitar a Alienação Parental? ; 6. Conclusão

Introdução

O tema aqui abordado foi legalmente definido através da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que, em seu artigo 2º, considera *ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós, ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.*

Antes de analisar propriamente o tema da alienação parental, muito em voga na atualidade, necessária uma discussão preliminar acerca da origem deste fenômeno no âmbito dos conflitos familiares.

*Promotora de Justiça aposentada. Professora de Direito de Família. Coordenadora Administrativa e Pedagógica da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe.

**Servidora pública. Graduada em Direito. Graduada em Psicologia

A dissolução da sociedade conjugal ou da união estável, que poderá ser amistosa ou não, é, em geral, determinante para dar origem à alienação parental. Não raro é a dissolução litigiosa do vínculo que, permeada pelos rancores acumulados pela relação finda, enseja esse processo para repudiar o genitor que não deteve a guarda.

O desejo de vingança e a sensação de abandono e rejeição geram o alto grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos. Aí, geralmente, está o nascedouro do instituto em discussão.

2. Direito à convivência familiar

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil desde 1990, estabelece que, no caso de pais separados, a criança tem direito de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao seu interesse.

A convivência familiar, e não a origem biológica, é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente, nos termos do art. 227 da Constituição da República, perpassando o exercício do poder familiar a relação afetiva diuturna e duradoura entre pais e filhos. Paulo Lôbo esclarece que:

Ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições indevidas. Por seu turno, viola esse princípio constitucional a decisão judicial que estabelece limitações desarrazoadas ao direito de visita do pai não guardião do filho, pois este é titular de direito próprio à

convivência familiar com ambos os pais, que não pode restar comprometido. O senso comum enxerga a visita do não guardião como um direito limitado dele, apenas, porque a convivência com o filho era tida como objeto da disputa dos pais, quando em verdade é direito recíproco dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles (LÔBO, 2008, p.208).

Esse direito de convivência não se esgota na chamada família nuclear, composta apenas pelos pais e filhos; garante-se também a convivência com os avós e, em muitos casos, com os tios, todos integrando a denominada família ampliada.

Ressalte-se, ainda, o princípio do melhor interesse da criança que deve estar presente tanto na elaboração quanto na aplicação do direito, notadamente nas relações familiares. O Brasil adotou a doutrina da proteção integral, reconhecendo que deve ser considerado, primordialmente, “o interesse maior da criança”.

A Constituição Federal de 1988, art. 227, estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem¹, “com absoluta prioridade”, os direitos que enuncia. Com isso, há inversão de prioridades nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais. É preciso lembrar que o pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada no sentido de prestigiar o superior interesse da criança.

¹ Com a redação que foi dada ao art. 227 pela Emenda Constitucional 65/2010

3. Alienação Parental – breve caracterização

O atual estreitamento dos elos afetivos e a participação do homem nos cuidados com os filhos, entre outras mudanças de costumes, transformaram o conceito de família. Dessa forma, o que até pouco tempo era inimaginável, pois, em regra, os filhos ficavam sob a guarda da mãe, hoje é muito comum, ou seja, os pais travam acirradas disputas pela guarda da prole.

É nesse contexto de conflito que surge a alienação parental, que não é fato novo enquanto fenômeno, porém tem sido mais analisado e discutido entre estudiosos e também pela mídia, recebendo agora tratamento jurídico específico através da Lei nº 12.318/2010.

O fenômeno ora em estudo é definido como um transtorno psicológico identificado quando se doutrina uma criança no sentido de que esta prejudique ou até rompa o vínculo de afeto com seu genitor, sem justificativa, passando a odiá-lo e temê-lo. Este ato pode ser promovido ou induzido por um dos genitores, pelos avós ou por quem detém autoridade sobre a criança ou o adolescente.

Assim Carvalho (2010, p. 66) explicita o processo de alienação parental:

A implantação paulatina e constante na memória do filho, pelo genitor que possui a guarda, de falsas verdades acaba por causar na criança ou adolescente a sensação de que foi abandonado e não é querido pelo outro, causando um transtorno psicológico que o leva a acreditar em tudo que foi dito em desfavor do guardião descontinuo e passa a rejeitá-lo, dificultando as visitas e tornando-o cada vez mais distante até aliená-lo, tornando-se órfão de pai vivo, o que é extremamente prejudicial para ambos.

Maria Berenice Dias alerta que esta prática pode ocorrer ainda quando o casal vive sob o mesmo teto, podendo não partir apenas de quem detém a guarda, dirigindo-se também ao companheiro do genitor, avós, padrinhos ou irmãos (DIAS, 2010).

Esse processo patológico foi identificado em 1985 pelo professor de Psiquiatria Infantil da Universidade de Colúmbia (EUA), Dr Richard A. Gardner. A criança, em meio à disputa dos pais, teme demonstrar seu afeto para com um genitor e assim desagradar ao outro, considerado o alienador, que a todo tempo exige provas de sua lealdade.

A chamada síndrome da alienação parental (SAP)² diz respeito às seqüelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança-vítima. Estudos mostram que, enquanto ainda não houver a instalação da síndrome, a alienação é reversível e permite – com o concurso de terapia e auxílio do Poder Judiciário – o restabelecimento das relações com o genitor preterido. Já a síndrome, somente cede, durante a infância, em pouquíssimos casos. É uma forma de abuso emocional, punida nos EUA, segundo o *Family Court Act*, com a perda da guarda e a supressão do direito de visitas por parte do genitor responsável pela alienação (APASE, 2008).

A alienação parental desenvolve-se apoiada no comportamento da própria criança³ que dá sua própria parcela de contribuição no processo de desconstrução dos laços com o genitor

²A SAP manifesta-se pelo apego excessivo e exclusivo da criança com relação a um dos genitores e do afastamento total do outro, apresentando-se como o resultado da conjugação de técnicas e/ou processos que, consciente ou inconscientemente, são utilizados pelo genitor que pretende alienar a criança, a que se alia a pouca vontade da criança em estar com o genitor não-titular da guarda. Nos EUA, denomina-se “alienador ingênuo” o que procura, inconscientemente, afastar o outro genitor do convívio com o filho. (APASE, 2008)

³A criança, submetida a esse processo, em um primeiro momento, externa – sem justificativas e explicações plausíveis – apenas conceitos negativos sobre o progenitor do qual se intenta alienar; evolui, com o tempo, para um completo e, via de regra, irreversível afastamento, não apenas do genitor alienado, como também de seus familiares e amigos, negando-se a manter qualquer tipo de contato com um dos genitores, independentemente de qualquer razão ou motivo plausível (APASE, 2008).

alienado. Forma-se, assim, uma aliança entre o genitor alienador e o filho, envolvido pelas estórias contadas sobre situações e experiências das mais negativas sobre o outro genitor (alienado).

Segundo Ana Maria Frota Velly(2010):

O filho pode assumir uma postura de se submeter ao que o alienador determina, pois teme que se desobedecer ou desagradar, poderá sofrer castigos e ameaças. A criança criará uma situação de dependência e submissão às provas de lealdade, ficando com medo de ser abandonada do amor dos pais. Ocorre um constrangimento para que seja escolhido um dos genitores, trazendo dificuldades de convivência com a realidade, entrando num mundo de duplas mensagens e vínculos com verdades censuradas, favorecendo um prejuízo na formação de seu caráter

Quando adulta ou com amadurecimento bastante para compreender todo o processo patológico em que se viu enredada, a vítima se voltará contra o genitor que o alienou, o que ensejará uma frustração traumatizante, posto que injustamente foi privada do afeto e de um relacionamento saudável com seu pai ou sua mãe.

Não só com ações, mas também com omissões a alienação se realiza. Pequenas e rotineiras atitudes, como a recusa em passar uma ligação telefônica, ironias e críticas ao outro genitor, aparentemente desprovidas de intenção, carregam em si o interesse, premeditado ou não, em efetivar a invalidação da outra figura, paterna ou materna. Muitas vezes, a conduta do genitor alienador é mais prejudicial, quando se muda de cidade ou estado (ou mesmo país) para dificultar a convivência, ou quando acusa o outro genitor de maus-tratos ou abusos sexuais contra a criança.

Por tratar-se de problema psicológico que atinge a todos os membros do círculo de alienação, necessário se faz a

intervenção através de abordagem terapêutica, acompanhando-se os envolvidos para que o vínculo de afeto seja restabelecido, preservando-se a integridade da criança ou do adolescente e o seu direito à convivência familiar harmônica.

4. A Lei nº 12.318/2010 que disciplina a Alienação Parental

O Projeto de Lei nº 4053/2008 que deu origem à nova lei, de autoria do Deputado Regis de Oliveira, teve como justificativa merecer a alienação parental *reprimenda estatal porquanto é forma de abuso no exercício do poder familiar, e de desrespeito aos direitos de personalidade da criança em formação*, envolvendo questão de interesse público, *ante a necessidade de exigir uma paternidade e maternidade responsáveis, compromissadas com as imposições constitucionais, bem como com o dever de salvaguardar a higidez mental de nossas crianças.*

Durante o processo legislativo, em que houve ampla discussão da matéria, fora salientado que a lei seria mais um fator inibidor da alienação parental, em clara contribuição ao processo de reconhecimento social das distintas esferas de relacionamento humano correspondentes à conjugalidade e à parentalidade. Com a existência de lei disciplinando a alienação parental, houve maior visibilidade dessa problemática. Permitiu-se, ao menos, reconhecer a existência de seus indícios, de forma a viabilizar rápida intervenção jurisdicional, implicando consequências jurídicas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive com realização de perícia psicológica ou biopsicossocial como subsídio à decisão judicial, com a preocupação de induzir maior celeridade, mas sem excluir a profundidade na investigação pericial.

A Lei nº 12.318/2010 estimula a reflexão para inibir a prática de atos que prejudiquem o convívio saudável da criança com seus genitores. Descreve, de forma exemplificada, algumas condutas que caracterizam a alienação parental, o que pode auxiliar no processo de identificação dessa interferência psicológica, quais sejam, em síntese: realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor; dificultar o exercício da autoridade parental, o contato do filho com o genitor, o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; omitir deliberadamente informações sobre o filho, apresentar falsa denúncia contra genitor⁴, mudar o domicílio sem justificativa, entre outros atos que poderão ser declarados pelo juiz ou por perícia.

Evidenciados indícios de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, com tramitação prioritária, o juiz determinará medidas provisórias necessárias para preservar a integridade psicológica da criança ou adolescente.

Esclarece Freitas(2010) que, no artigo 3º. da Lei de Alienação Parental, encontra-se o fundamento para uma ação por danos morais contra o alienante bem como medidas com fins de ressarcimento ou inibição de condutas dessa natureza.

Interessante ressaltar que, caso seja determinada perícia psicológica ou biopsicossocial, o laudo será formulado com base em ampla avaliação, que compreenderá, inclusive, o histórico do relacionamento do casal e como se deu a separação.

Caracterizada a alienação parental, o juiz poderá, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal, advertir o alienador, ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado,

⁴Como já referido, alega-se até prática de abuso sexual.

estipular multa ao alienador, determinar acompanhamento psicológico e biopsicossocial, inverter a guarda ou alterá-la para compartilhada, fixar cautelarmente o domicílio da criança ou adolescente, suspender a autoridade parental.

A aplicação de *astreintes*, prevista de maneira específica nesta lei, serve como instrumento para inibir a prática da alienação, devendo incidir em casos em que se pratica conduta a qual o magistrado determinou que se abstivesse.

A nova lei reitera previsão, já existente no artigo 1637 do Código Civil, de causa de suspensão do poder familiar, caso o pai ou a mãe abuse de sua autoridade ou falte com seus deveres para com os filhos, valendo lembrar que o artigo 1638 estabelece a possibilidade da perda do poder familiar, caso o pai ou mãe reincida nessas condutas.

Merece destaque a nomenclatura trazida a lume pela nova lei, enfatizando o termo convivência, implicando significativo avanço, vez que se traduz em relação de afeto diverso do sentido dado a visitante, como que desprovido de qualquer vínculo emocional⁵

5. Guarda Compartilhada - Uma saída para evitar a Alienação Parental?

A Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Entende-se como guarda compartilhada a

⁵Nesse sentido, deve-se adotar, quando for o caso, o nome AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE CONVIVÊNCIA e não AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS.

responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. A lei estabelece que, a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. O art. 1.584 § 2º ainda acrescenta que quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

O juiz não mais pode prescindir da visão trazida por outros campos de conhecimento. Assim, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, deve buscar a orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada.

Segundo Giselle Groeninga (2008, p. 3/5), o instituto da guarda compartilhada propõe maior equilíbrio nas relações de poder entre os pais, assegurando, efetivamente, o melhor interesse da família. Afirmar a autora que o risco é a confusão entre igualdade e direito às diferenças. *Contemplar a responsabilidade de ambos os pais implica nela ser solidária, o que não significa que as funções possam ser exercidas indistintamente, e sim que são complementares, não se podendo confundir guarda compartilhada com alternada. Esta repete, com roupagem pior, segundo ela, a divisão da família que existia na lei anterior, por não atender ao princípio da responsabilidade compartilhada.*

Entre as inovações trazidas pela Lei da Guarda Compartilhada⁶, está a possibilidade de participação de ambos os pais nas decisões sobre saúde, educação, viagens dos filhos. Conforme salienta Groeninga(2008, p. 3/5), no Brasil ocorreu *muita confusão entre poder familiar e guarda, a ponto de haver, de um lado, uma desresponsabilização, e de outro, abuso de poder, distorção existente até*

⁶ Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil

mesmo em parcela de operadores jurídicos. Ela alerta que:

O grande valor preventivo da lei é que ela pressupõe a comunicação que deve existir entre os pais, e ela também induz ao diálogo - não se pode subestimar o alto valor simbólico da lei. Quando as diferenças - naturais e até certo ponto desejáveis, se transformam em impasses, estes ficam mais evidentes com a nova lei e, portanto, menos sujeitos às manipulações e subterfúgios que acabavam alimentando o conflito. A lei é clara quanto à responsabilidade dos pais em participar das decisões, o que previne a culpabilização, a vitimização, as cobranças a posteriori e o eximir-se da responsabilidade. Lógico que as manipulações, o mau uso do poder, como por exemplo, as tentativas de alienação de um genitor, as falsas denúncias e toda sorte de perversão vão continuar a existir, mas agora mais facilmente detectáveis.

A guarda compartilhada apresenta-se como um instrumento de prevenção de conflito entre os pais, afastando um litígio que possa se originar em razão de disputa pelos filhos. O equilíbrio na relação de autoridade parental favorece o bem estar emocional da prole, que pode experimentar os cuidados afetivos de um e outro genitor. Os pais se encontram, portanto, em um patamar de igual responsabilidade no processo de construção da personalidade dos filhos, possibilitando seu desenvolvimento emocional saudável. Ressalta Groeninga(2008, p. 3/5):

As relações saudáveis implicam na divisão cooperativa de poderes, no respeito às diferenças e na complementariedade, diversamente da divisão anterior (guarda, visitas, fiscalização) que podia gerar a competição e a exclusão - um uso perverso do poder.

Com a guarda compartilhada garante-se a integridade psíquica dos filhos de pais separados, pois este recurso dá efetividade ao seu direito à convivência:

E é esta situação natural que podia ficar prejudicada com

o espírito da guarda única, sendo que muitas vezes as preferências naturais de cada idade eram tomadas como se fossem escolhas ou julgamentos indevidamente feitos pelos filhos de quem era melhor genitor. (GROENINGA, 2008, p. 3/5)

Portanto, se conflito existe em decorrência da separação do casal, que este se limite à seara do relacionamento entre eles, não devendo reverberar nas relações de afeto com os filhos. Deve prevalecer o direito fundamental da criança e adolescente de convivência com ambos. Assim, os litígios de família devem merecer do Ministério Público e do Judiciário redobrada cautela, utilizando-se, inclusive, a perícia psicossocial, no sentido de que o conflito não seja estendido além da conjugalidade.

6. Conclusão

Este estudo teceu algumas considerações sobre a alienação parental. Muitas vezes o casal não elabora adequadamente a sua separação e aquele a quem coube a guarda da prole inicia uma lavagem cerebral” nos filhos, incutindo falsas memórias em relação ao seu ex-cônjuge ou ex-companheiro, pai ou mãe da criança.

Instala-se a alienação parental, um desafio para os profissionais que atuam na área de Família, pois gera efeitos danosos à constituição da personalidade da criança ou adolescente que não saberá separar a verdade da propaganda injuriosa levada a efeito contra o outro genitor, bem como a este, que será injustamente privado do afeto de seu filho.

A criança e o adolescente têm garantido o direito

à convivência familiar, devendo ser viabilizada a conservação dos vínculos afetivos após a separação de seus pais, favorecida pela guarda compartilhada. É este relacionamento harmônico que subsidiará o desenvolvimento psicossocial saudável do indivíduo.

Foram apontadas as singularidades do processo patológico da alienação parental que podem permitir sua caracterização, ressaltando-se a necessidade de que medidas de intervenção sejam adotadas para interromper este fenômeno que acarreta graves consequências em suas vítimas.

Casos de alienação parental, quando detectados pelo Poder Judiciário, geram situações das mais delicadas. De um lado, há o dever de tomar imediatamente uma atitude e, de outro, o receio de que, se a denúncia não for verdadeira, traumática será a situação em que a criança estará envolvida, pois ficará privada do convívio com o genitor que eventualmente não lhe causou qualquer mal e com quem mantém excelente convívio.

A nova lei que regula a matéria tornou mais visível a existência de alienação parental nos litígios de família, forçando a reflexão sobre suas causas e consequências, dotando o Judiciário de mais um instrumento legal necessário à adoção de medidas para o seu enfrentamento, com ênfase na necessidade de perícias psicossociais especializadas para identificação desse processo.

Referências

APASE, *Síndrome de alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos*. Organizado pela APASE – Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e Guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Alienação Parental: uma Nova Lei para um Velho Problema!* Disponível em http://www.editoramagister.com/doutrina_imprimir.php?id=816.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação Parental – Comentários a Lei n. 12.318 de 26 de agosto de 2010*. Disponível em <http://www.douglasfreitas.adv.br>

GROENINGA, Giselle. *Direito à Família: Guarda Compartilhada*. Boletim IBDFAM ed. 51, 11/08/2008.

LÔBO, Paulo. *Princípios do Direito de Família*. Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe nº 21. 2008.

VELLY, Ana Maria Frota. *Alienação Parental: Uma visão jurídica e psicológica*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=666>

Dolo Eventual nos Crimes de Trânsito

Paulo Lima de Santana*

O Presente trabalho tem por fim precípua a análise de um caso concreto concernente a crime de homicídio praticado na direção de veículo automotor, enfatizando-se a necessidade de desconsiderar, diante das peculiaridades do delito em foco, o elemento normativo culpa, e reconhecer a existência do elemento subjetivo dolo na conduta do investigado, em posição consentânea com a doutrina e a jurisprudência pátrias. Texto elaborado em 16 de junho de 2010.

Consoante preconiza o Código Penal pátrio, em seu art. 18, inciso I, configura-se doloso o crime quando o agente quer o resultado *ou assume o risco de produzi-lo*. Analisando detidamente o teor do dispositivo mencionado, conclui-se que o legislador ordinário teve o escopo de punir a título de dolo não só aquelas condutas diretamente queridas pelo agente, mas também aquelas por ele previstas, e que revelam a sua indiferença em relação à consumação delitígena. Trata-se do dolo eventual.

Com efeito, cumpre rememorar a Teoria Positiva do Conhecimento, de autoria do alemão Reinhart Frank, cujo conteúdo revela-se útil como critério identificador do dolo eventual. Nesse toar, anuncia o *suso* referido Postulado que há dolo eventual quando o agente diz a si mesmo: “Seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir”.

Frise-se, por oportuno - e antes de incursionar no

*Promotor de Justiça Titular da 4ª Promotoria Criminal da Comarca de Aracaju/SE

caso concreto objeto deste trabalho – que a remansosa jurisprudência, inclusive as dos Tribunais Superiores, posiciona-se no sentido de existir dolo eventual, e não meramente a culpa em sentido estrito, na conduta do agente responsável por graves crimes praticados na direção de veículo automotor.

E assim se pode proceder, considerando as inúmeras campanhas publicitárias, que visam alertar os condutores de veículos automotores sobre os inúmeros riscos oriundos de uma direção irresponsável, em velocidade excessiva – como se dá no racha e na embriaguez ao volante.

Pois bem, se mesmo ciente dos perigos potencialmente criados com uma condução automotiva em desacordo as normas legais, o agente continua firme em sua conduta, imperiosa a conclusão de que o mesmo assentiu com as possíveis lesões a bens jurídicos de terceiras pessoas. Ora, indubitável, dessa forma, a configuração do dolo em sua conduta, mercê da Teoria do Assentimento consagrada no Diploma de Iras.

Certo do *quantum* esposado linhas acima, e impulsionado pelo desejo de perseguir efetivamente a verdadeira e suficiente responsabilização criminal em delitos de trânsito, o Promotor de Justiça Paulo Lima de Santana, titular da 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Aracaju, atuando proativamente, requereu ao Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Aracaju a remessa dos autos de n. 201020490494 ao Tribunal Popular, haja vista a ocorrência, em seu sentir, de crime doloso contra a vida, tendo sido acatado o seu pleito pelo juízo competente. Explica-se.

No dia 1º de maio de 2010, no horário compreendido

entre 21h30 e 21h45, uma adolescente trafegava de bicicleta pela margem direita da Estrada da Matapuã, sentido Leste/oeste, bairro Mosqueiro, Aracaju/SE, quando um cidadão, conduzindo o seu veículo, na mesma via e sentido daquela percorrida pela vítima, colidiu na parte traseira da bicicleta desta, vindo a mesma parar a 30 m (trinta metros), caindo próximo a entrada da residência de um morador daquela localidade, enquanto sua bicicleta foi projetada para o alto, parando presa em uma antena parabólica, instalada no telhado da residência deste morador.

Em decorrência do atropelamento, a adolescente sofreu lesões corporais, que pela natureza e sede causaram a sua morte.

Quanto ao condutor responsável pelo atropelamento, apurou-se que, no momento do fato, conduzia o veículo automotor sob influência de álcool, imprimindo velocidade excessiva e incompatível com as características da via onde ocorreu o evento, vez que tratava-se de uma localidade habitada.

Donde se conclui que, tivesse o motorista desenvolvido velocidade compatível com a localidade, ou seja, ao menos 60 Km/h, e, sóbrio, certamente teria ultrapassado a vítima normalmente, assim como outro veículo qualquer, até porque, no momento, não trafegava nenhum veículo em sentido contrário.

Assevere-se, outrossim, que embora não tenha sido feito teste de bafômetro, porquanto o indiciado evadiu-se do local do crime, os depoimentos testemunhais suprem, como cediço, a falta da perícia.

Aliás, esse é o posicionamento dos tribunais nacionais:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO ORGANISMO VERIFICADA POR "BAFÔMETRO". EXAME ALEGADAMENTE IMPRECISO. TESTE DE SANGUE ESPECÍFICO NÃO REALIZADO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL COM BASE NESSE FATO. NÃO OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE COMPROVADA, SEM EXTREME DE DÚVIDAS, POR CRITÉRIO VÁLIDO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Segundo o art. 306 do Código de Trânsito Nacional, configura-se o crime de embriaguez ao volante se o motorista "Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência".

2- Realizado o teste do "bafômetro" e verificada concentração alcoólica no ar dos pulmões que corresponde a concentração sanguínea superior ao que a lei proíbe, não se pode falar em ausência de justa causa para a persecução penal.

3- A mera alegação de imprecisão no teste do bafômetro não pode sustentar a tese defensiva, mormente no caso, em que a quantidade de álcool no ar dos pulmões (1,02 mg/l) corresponde a aproximadamente 20 dg por litro de sangue, mais de três vezes a quantidade permitida, não se mostrando crível que o Paciente dirigia sóbrio.

4 – "A prova da embriaguez ao volante deve ser feita, preferencialmente, por meio de perícia (teste de alcoolemia ou de sangue), mas esta pode ser suprida (se impossível de ser realizada no momento ou em vista da recusa do cidadão), pelo exame clínico e, mesmo, pela prova testemunhal, esta, em casos excepcionais, por exemplo, quando o estado etílico é evidente e a própria conduta na direção do veículo demonstra o perigo potencial a incolumidade pública, como ocorreu no caso concreto." (STJ, RHC 26.432/MT, 5ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 22/02/2010.)

5 – "O crime do art. 306 do CTB é de perigo abstrato, e para sua comprovação basta a constatação de que a concentração de álcool no sangue que conduzia o veículo em pública era maior do que a admitida pelo tipo penal, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva de sua conduta" (STJ, HC 140.074/DF, 5ª Turma, Rel. Min. FELIS FISCHER, DJe de 14/12/2009.)

6- Ao cotejar-se o tipo penal incriminador indicado na

denúncia com a conduta supostamente atribuível ao Paciente, vê-se que a acusação atende aos requisitos legais do art. 41 do Código de Processo Penal, de forma suficiente para a deflagração da ação penal, bem assim para o pleno exercício de sua defesa, mormente porque comprovada a materialidade do delito, sem estreme de dúvidas.

Habeas Corpus indeferido. Superior Tribunal de Justiça. HC 155069/RS. Quinta Turma. 06/04/2010."

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N. 9.503/97. NECESSIDADE DE DAR INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICA À LEI N. 11.705/2008, PARA ATENDER AOS SEUS PRÓPRIOS FINS. AUSÊNCIA DE TESTE DO BAFÔMETRO. ESTADO ETÍLICO QUE PODE SER DEMONSTRADO POR OUTRAS PROVAS. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. Se "o desígnio claríssimo do legislativo foi o de impor maior rigor no combate à embriaguez ao volante, qual o sentido em se infundir óbice à prova testemunhal como suficiente para a constatação do seu estado etílico?!" (ROGER BRUTTI). Ao operador do direito, atento às incongruências do legislador, outra solução não resta do que lançar mão da hermenêutica jurídica para decifrar a vontade da lei em face da realidade do país e da necessidade de impor maior rigor aos infratores das normas de trânsito, não obstante as imperfeições humanas. Onde se conclui, na linha esboçada pela doutrina, que, fiel ao que prescreve o art. 291 do CTB, aplicando-se aos crimes de trânsito as normas gerais do Código de Processo Penal, nas infrações que deixam vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito (art. 158), mas, não sendo ele possível, por haverem desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta (art. 167). Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2009.007530-3, da comarca de Seara, em que é apelante A Justiça Pública, por seu promotor, e apelado Geovani Guisolphi: ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e, por maioria, dar-lhe provimento, para cassar a decisão que absolveu sumariamente o apelado, prosseguindo-se a ação penal. Vencido o Exmo. Sr. Des. Túlio José Moura Pinheiro. Custas legais. (Decisão da Segunda Câmara Criminal do TJSC: Apelação Criminal n. 2009.007530-3, de Seara/SC. Relator: Des. Irineu João da Silva)

Ademais, verificou-se que após o atropelamento, o condutor parou o veículo a uma distância aproximada de 50m (cinquenta metros) do ponto de repouso da vítima, indo ao encontro da mesma, a fim de prestar-lhe assistência. No entanto, após verificar o grave estado daquela, o qual demandava uma intervenção especializada, o citado condutor, retornou ao seu veículo e evadiu-se do local do fato.

Impende esclarecer que o indiciado costumava dirigir em alta velocidade, tendo, inclusive, sido anexado ao feito em comento 32 (trinta e duas) Notificações de Trânsito, as quais davam conta de sua conduta contumaz.

Além do que, o indiciado encontrava-se com sua carteira de habilitação vencida e não poderia, portanto, dirigir veículos, o que demonstra a total falta de respeito às normas estampadas no Código de Trânsito Nacional.

O que se depreende das condutas acima é que o indiciado era contumaz neste tipo de conduta, isto é, agir de forma irresponsável, não se preocupando com as consequências que seu comportamento ilegal e imoral poderia vir a causar.

Assim, pode-se dizer, com tranquilidade, que o autor da conduta delitogena assumiu o resultando danoso, mesmo porque estar-se a falar de pessoa maior e capaz, com instrução intelectual e em plena condição de autodeterminação, razão pela qual deveria ter se posicionado de forma contrária, já que para qualquer pessoa, com as mesmas qualidades do indiciado, seria, completamente, previsível o resultado, mormente porque o local onde os fatos ocorreram é comum o trânsito de pessoas, bem como de bicicletas.

Na verdade, a postura irresponsável do indiciado se deu pela sua firme convicção de impunidade, considerando que por diversas vezes, como dito acima, foi autuado por infringir a norma inserta no art. 311 do CTB (*“trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação de pessoas, gerando perigo de dano”*), bem como por avançar sinal vermelho.

Em verdade, o trânsito vem assumindo características de verdadeira calamidade pública, pela quantidade de mortos e feridos e de danos materiais que provoca, razão pela qual o Órgão Ministerial aludido perfilhou a orientação adotada pelos Tribunais Pátrios, para quem o homicídio cometido na direção de veículo automotor, a depender das circunstâncias do caso concreto, caracteriza-se como verdadeiro dolo (na modalidade de dolo eventual), já que não é crível que pessoas nas mesmas condições do indiciado não pudessem prever as conseqüências de sua conduta, senão vejamos o teor das jurisprudências:

HABEAS CORPUS. LEGALIDADE DA PREVENTIVA EM ACIDENTE DE TRÂNSITO DE MOTORISTA EMBRIAGADO E QUE DESENVOLVA VELOCIDADE INCOMPATÍVEL, ATROPELANDO E MATANDO POLICIAL RODOVIÁRIO. DOLO EVENTUAL CARACTERIZADO, SEGUNDO ENSINAMENTO DE MIRABETE. Ordem denegada”. (Habeas Corpus nº. 697058402, 1ª Câmara Criminal do TJRS, Viamão, Rel. Des. Érico Barone Pires. J.30.04.97. DJ 30.0597, p. 17).

JÚRI. DOLO EVENTUAL. DELITO DE TRÂNSITO. Comete delito doloso motorista que trafega em velocidade excessiva, mais de 80 km/h, embriagado, na condução de veículo de grande porte, e efetua manobra brusca, procurando desviar de veículo que seguia na mesma mão de direção, mas em velocidade compatível com o local, chocando-se com veículo que vem em direção contrária,

em baixa velocidade, causando mortes e lesões corporais. Decisão que não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos. Regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade: aberto. Recurso ministerial improvido". (Apelação Crime nº. 697153161, 1ª Câmara Criminal do TJRS, Vacaria. Rel. Des. Érico Barone Pires. J. 26.11.97, DJ 13.03.98, p. 27)

ACIDENTE DE TRÂNSITO – MOTORISTA EMBRIAGADO EM ALTA VELOCIDADE – ATROPELAMENTO DE CICLISTA NA MÃO DE DIREÇÃO – DOLO EVENTUAL – PRONÚNCIA MANTIDA. O motorista que dirige embriagado, imprimindo velocidade aproximada de 90 (noventa) km/h, assume todo e qualquer risco de um acidente; seja qual for o resultado, procede com dolo eventual" (Recurso criminal nº. 9.191, 2ª Câmara Criminal do TJSC, Joinville, Rel. Des. Nilton Macedo Machado, 30.10.92, Publicado no DJESC nº. 8.633 – Pág. 08-30.1192)

Sem embargo, a matéria requer tratamento delicado e cauteloso, haja vista que a aplicação do dolo eventual nos delitos de homicídio praticados na direção de veículo automotor deve ser, apenas, naquelas situações em que as características do caso em espécie induzem a assunção dos riscos pelo condutor, como é o caso do presente feito.

Insta esclarecer, por outra via, que embora a matéria seja tormentosa não se afigura impossível a aplicação do dolo eventual em detrimento da culpa. Assim, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ART. 408 DO CPP. CRIME DE HOMICÍDIO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. POPULAR. DOLO EVENTUAL. ART. 18, I DO CPB. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DE PERIGO COMUM (ART. 121, § 2º, III DO CPB) PELO JUIZ PRONUNCIANTE. IMPOSSIBILIDADE, SALVO SE MANIFESTA OU INDISCUTÍVEL A SUA INADMISSIBILIDADE. LIÇÕES DA DOUTRINA JURÍDICA E DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DO PAÍS. 1. Não se permite ao Juiz, na sentença

de pronúncia (art. 408 do CPP), excluir qualificadora de crime doloso contra a vida (dolo eventual), constante da Denúncia, eis que tal iniciativa reduz a amplitude do juízo cognitivo do Tribunal do Júri Popular, albergado na Constituição Federal; tal exclusão somente se admite quando a qualificadora for de manifesta e indiscutível impropriedade ou descabimento. Lições da doutrina jurídica e da Jurisprudência dos Tribunais do País.2. Caracteriza-se o dolo do agente, na sua modalidade eventual, quando este pratica ato do qual pode evidentemente resultar o efeito lesivo (neste caso, morte), ainda que não estivesse nos seus desígnios produzir aquele resultado, mas tendo assumindo claramente, com a realização da conduta, o risco de provocá-lo (art. 18, I do CPB). 3. O agente de homicídio com dolo eventual produz, inequivocamente, perigo comum (art. 121, §2o., III do CPB), quando, imprimindo velocidade excessiva a veículo automotor (165 km/h), trafega em via pública urbana movimentada (Ponte JK), e provoca desastre que ocasiona a morte do condutor de automóvel que se deslocava em velocidade normal, à sua frente, abalroando-o pela sua parte traseira. 4. Recurso do Ministério Público a que se dá provimento. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho os Srs. Ministros Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Felix Fischer e Laurita Vaz. Votou vencido o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, que conhecia do recurso, mas lhe negava provimento. Sustentaram oralmente: Dr. Jonas Modesto da Cruz (p/recebido) e Ministério Público Federal. Brasília/DF, 14 de novembro de 2007 (Data do Julgamento). NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR. (RECURSO ESPECIAL Nº 912.060 - DF (2006/0268673-2), Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima)

Conforme explicitado no início do presente trabalho, o art. 18, inciso I, do Código Penal menciona que o agente age dolosamente quando “quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, isto é, é a vontade do agente dirigida a um resultado determinado,

porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro. Por isso, a lei utiliza o termo “*assumir o risco de produzi-lo*”. Assim, segundo a lição do Ilustre Doutrinador Guilherme de Souza Nucci ¹ “*neste caso, de situação mais complexa, o agente não quer o segundo resultado diretamente, embora sinta que ele pode se materializar juntamente com aquilo que pretende, o que lhe é indiferente*”.

Trilhando na linha deste pensamento, vejamos os ensinamentos de José de Faria Costa sobre o dolo eventual, em sua obra *Tentativa e Dolo Eventual*²:

“O não querer aqui avençado nada tem de afirmação positiva da vontade, pretendendo antes expressar a atitude psíquica da passividade com que o agente encara o resultado. Certo é também, cumpre dizê-lo, que o agente sempre poderia dizer não. Sucede que não o faz porque a vontade de praticar a ação principal como que arrasta no seu halo a sujeição à passividade psíquica no que toca ao resultado possível. O que vale por afirmar: o agente quer a ação principal e como que é conivente, diríamos por omissão, com as ações acessórias tão-só eventualmente representadas”

Extrai-se de tais comentários que o dolo eventual, na grande maioria dos casos, se infere da situação fática em apuração e não da mente do agente como seria de se supor. Nesse mesmo sentido é o relatório do Ministro Felix Fischer, *in verbis*:

“O dolo eventual não é, na verdade, extraído da mente do autor, mas sim, das circunstâncias...Por exemplo, dizer-se que o fogo não mata porquanto existem pessoas com

¹ Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 6ª edição. revista, atualizada e ampliada - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 188.

² COSTA, José de Faria. Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal), reimpr. coimbra: Coimbra Editora, 1996, pág. 46.

cicatrizes de queimaduras, data venia, não é argumento válido nem no iudicium causae. Todos, desde cedo, independentemente do grau de instrução, sabem que brincar com fogo é muito perigoso. O fogo pode matar... Além do mais, se fogo não mata, então o que dizer do tipo previsto no art. 121, § 2º, inciso III ("fogo") do Código Penal? Desnecessário responder!" (STJ, Resp 192.049/DF, 5ª T., 09.02.1999, m. v. DJU 01.03.1999)

E continua, em outra decisão, Felix Fischer : *"O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor, mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que o resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas que a aceitação se mostre, no plano do possível, provável"* (STJ, Resp 247263 – MG, 5ª T., 05.04.2001 m. v., DJ 20.08.2001, p. 515). Idem: STJ, Resp 249604 – SP, 5ª T., rel. Felix Fischer, 29.04.2002, v.u. DJ 21.10.2002, p. 381.

Segundo a doutrina abalizada de Guilherme de Souza

Nucci:

"o dolo eventual nos graves crimes de trânsito tem sido posição adotada, atualmente, na jurisprudência pátria considerar a atuação do agente em determinados delitos cometidos no trânsito não mais como culpa consciente, e sim como dolo eventual. As inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o risco da direção perigosa e manifestamente ousada, são suficientes para esclarecer os motoristas da vedação legal de certas condutas, tais como o racha, a direção em alta velocidade sob embriaguez, entre outras. Se, apesar disso, continua o condutor do veículo a agir dessa forma nitidamente arriscada, estará demonstrando seu desapego à incolumidade alheia, podendo responder por delito doloso".

Essa, aliás, é o teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais nacionais, *in verbis*:

"A conduta social desajustada daquele que, agindo

com intensa reprovabilidade ético-jurídica, participa, com o seu veículo automotor, de inaceitável disputa automobilística realizada em plena via pública, nesta desenvolvendo velocidade exagerada – além de ensejar a possibilidade de reconhecimento de dolo eventual inerente a esse comportamento do agente -, ainda justifica a especial exasperação da pena, motivada pela necessidade de o Estado responder, grave e energicamente, à atitude de quem, em assim agindo, comete os delitos de homicídio doloso e lesões corporais” (STF, HC 71.800 – 1 RS, 1ª T., rel. Celso de Mello, DJ 20.06.1995, RT 733/478)

“No caso em que o motorista, utilizando as vias públicas como verdadeiras pistas de corrida, dirige seu veículo com desrespeito e desprezo para com a vida e integridade física de seus semelhantes, acaba por assumir, logicamente, o risco de produzir o resultado letal, embora não seja por ele diretamente visado, admite-se o reconhecimento do dolo eventual” (TJSP, RSE 211.187 -3/7 SP, 1ª C., rel. David Haddad, 11.11.1996)

“Réu alcoolizado, em velocidade incompatível, age com consciência do perigo concreto – Assunção ao risco de produzi-lo – Dolo eventual – Pronúncia mantida” (TJSP, RSE 189.655 -3, Santo André, 2ª. C., rel. Silva Pinto, 16.10.1995)

Não se objete que ao Poder Judiciário cabe julgar e oferecer prestação jurisdicional equilibrada e imparcial, devendo, para tanto, analisar com acuidade cada caso concreto, procurando esmiuçar as particularidades da questão que lhe são postas, a fim de que a justiça seja efetivamente prestada, respondendo, assim, aos anseios sociais de justiça.

Sendo assim, convicto de que não se poderia tratar com desdém o presente caso, o qual ocasionou, como dito antes, grande clamor social, o *Parquet* entendeu que o referido condutor do veículo automotor agiu com dolo, revelando-se indiferente aos possíveis resultados desastrosos oriundos de sua conduta.

A questão, portanto, deve ser vista como de enorme relevância jurídica, a fim de coibir a reiteração de condutas destas naturezas, imprimindo na consciência coletiva a idéia de que conduzir veículo automotor sob influência de álcool, em alta velocidade pode vir a causar sérios danos, não somente para as vítimas ou parentes destas, mas também para o agente que poderá responder com sua liberdade pela conduta desarrazoada.

Dentro deste contexto, deve-se observar que, com a edição da Lei Complementar Nº 145, de 13 de novembro de 2007, a 4ª Vara Criminal foi transformada em Vara Especializada para o fim de apurar somente os crimes de abuso de autoridade, tráfico de entorpecentes e trânsito.

Com efeito, desde 13 de novembro de 2007, a 4ª Vara Criminal é competente para processar as ações penais que apuram crimes relacionados tão somente a *abuso de autoridade, tortura, trânsito, uso indevido e tráfico de entorpecente*, ressalvada a competência privativa dos Juizados Especiais, do *Tribunal do Júri*, da Justiça Militar e de outras Varas especializadas. Somente só!

Certamente o fez em harmonia com as disposições do artigo 74 do Código de Processo Penal: *"A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri"*.

De maneira que o delito em apreço, a nosso sentir, deverá ser processado e julgado pela Vara Criminal Ordinária competente. Certamente por uma das Varas do Tribunal do Júri desta Comarca, conforme inteligência do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "d" da Constituição Federal, e art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal.

Conclui-se, assim, não ser da competência jurisdicional absoluta da 4ª Vara Criminal, eventual processo e julgamento da matéria dada a sua especificidade, razão porque entendemos caber sua apreciação pelo Juízo competente do Tribunal do Júri, pois como demonstrado alhures, não se verificou – no homicídio – a culpa em qualquer de suas modalidades, seja através da imprudência, imperícia ou negligência, mas, sim, diante das circunstâncias relatadas, restou caracterizado o homicídio doloso (dolo eventual).

Com este entendimento, espera-se que se construa, aos poucos, a convicção de que consumir delitos na condução irresponsável de um veículo automotor consubstancia, indubitavelmente, o tipo doloso, devendo-se punir severamente aqueles que se mostram indiferentes às catastróficas consequências previsíveis.

ASPECTOS DA LIBERDADE RELIGIOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO*

Fábio Dantas de Oliveira**

RESUMO: O presente trabalho aborda a liberdade religiosa no Brasil, do ponto de vista jurídico e sociológico, com base na doutrina e jurisprudência brasileiras, com base na legislação pátria referente à matéria, com vistas a traçar os principais mecanismos de proteção do Estado que é considerado Laico, porém garantidor da liberdade de consciência, de crença e de culto.

Religião, conforme se infere dos ensinamentos de Carlos Lopes de Mattos, é a *"crença na dependência em relação a um ser superior que influi no nosso ser- ou ainda –a instituição social de uma comunidade unida pela crença de seus ritos"*.

Para Pinto Ferreira, "a Liberdade Religiosa é o direito que tem o homem de adorar a seu Deus, de acordo com sua crença e seu culto".² Segundo Emerson Giumbelli, as condições associadas à liberdade religiosa são as seguintes:

*(...) separação entre Estado e Igrejas, não intervenção do Estado em assuntos religiosos, restrições dos grupos confessionais ao espaço privado, igualdade das associações religiosas perante a lei, garantia de pluralismo confessional e de escolha individual.*³

* Artigo elaborado em julho de 2010.

** Assessor de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA). Professor de Direito da FASER e FACAR.

¹ MATOS, Carlos Lopes de- In "Vocabulário Filosófico", Edições Lela, São Paulo, 1957.

² SORIANO, Aldir Guedes – *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional* – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pág.5.

³ GIUMBELLI, Emerson. *A presença da Igreja Universal do Reino de Deus no espaço público brasileiro: liberdade religiosa, fora do lugar?* Paper apresentado na XXVI conferência Sociedade Internacional de Sociologia das Religiões. Ixtapan de La Sal, México, 20-24 de agosto de 2001. P. 4

O direito à liberdade de religião é inerente à condição humana, e a religiosidade é um fenômeno sociológico que ganha importância jurídica, graças aos princípios constitucionais de liberdade.

O art. 5º, VI da Constituição Federal de 1988 dispõe que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção dos locais de culto e suas liturgias”. Tal princípio engloba a liberdade de consciência, a liberdade de crença e a liberdade de culto.

A inviolabilidade da liberdade de consciência, de crença e de culto constitui a resposta política adequada aos desafios do pluralismo religioso, permitindo desarmar o potencial conflituoso entre as várias concepções.⁴

Trata-se de um Estado Laico, que não se confunde com um Estado ateu, mas sim um Estado onde se respeitam todos os credos e sua exteriorização. Assim sendo, não há confusão com a Igreja, onde os legitimados são aqueles escolhidos pelo povo, pontuando a importância da democracia em um Estado Laico.

No Brasil, a Laicidade teve início no ano de 1890, com o Decreto nº 119-A, o qual extinguiu a união entre os Estado brasileiros e a religião, sendo tal condição confirmada posteriormente na Constituição de 1891 e todas as demais, inclusive a atual, datada do ano de 1988.⁵ Na formulação de Giumbelli,

“o caráter abrangente e sistemático do projeto laicizante da República expressou-se não apenas em um conjunto de medidas articuladas (que, como vimos, abrangia as

⁴HABERMAS, Jurgen. Entre naturalismo e religião. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, trad. de Flávio Siebeneichler, 2007 [Zwischen Naturalismus und Religion. Frankfurt: Suhrkamp, 2005]. p.136.

⁵GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião: dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França*. São Paulo: Attar Editorial, 2002. P. 248.

cerimônias e registros civis, o ensino leigo, os cemitérios públicos), mas também já no próprio decreto 119º, que adotava os princípios da “separação”, da “igualdade” e da “liberdade” em torno de uma noção genérica de “religião”.⁶

Ainda segundo o Decreto 119-A, havia um desejo de ruptura e a referência a um regime anterior, a exemplo da extinção do “padroado”, forma pela qual se designava as prerrogativas que o Reino português e depois o Império brasileiro mantinham sobre os assuntos e as instituições católicas por uma concessão da santa Sé.⁷

A Constituição Federal de 1891 representou um marco no que tange à laicidade do Estado, pois todas as Constituições que lhe sucederam mantiveram a neutralidade inerente a um Estado Laico, ainda que teoricamente. O Art. 72º, § 3º da 1ª Constituição da República assim dispunha: “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum [sic].”⁸

As demais Constituições Brasileiras mantiveram a laicidade estatal no Brasil, e a atual Carta Magna de 1988, em seu art. 19, incisos I e III, estabelece o seguinte:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

[...]

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.⁹

⁶Idem.

⁷Idem.

⁸CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891) [comentada]*. Brasília: Senado Federal, 2002. (Coleção História Constitucional Brasileira. P. 305.

⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

Assim sendo, não deve haver na sociedade brasileira qualquer referência ou insinuação religiosa ou antirreligiosa em cerimônias oficiais ou em declarações públicas, devendo ter o cuidado de separar as celebrações e compromissos patrióticos de qualquer dimensão religiosa ou antirreligiosa.

Ressalte-se que a referida Carta Política assegura a igualdade de direitos entre todos os cidadãos. Com efeito, a justiça brasileira deverá tratar de modo igual os iguais, e desigualmente os desiguais, pois, “[...] o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas.”¹⁰ Para Alexandre de Moraes,

“Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, Oração aos Moços, de Rui Barbosa, inspirado na lição secular de Aristóteles, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.”¹¹

No que tange às liberdades, o princípio da isonomia tem como finalidade garantir aos cidadãos condições sociais de igualdade. Assim, a Carta Política não recepciona leis e atos normativos que discriminem cidadãos devido à religião destes.

O artigo 5º, inciso IV, dispõe sobre a liberdade de pensamento, nas seguintes palavras: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Conforme o pensamento do ilustríssimo Pontes de Miranda *apud* Soriano, a liberdade religiosa é uma extensão da liberdade de pensamento.¹²

Além disso, existe ainda a assistência religiosa, prevista

constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 de julho de 2010.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 64.

¹¹ Id. p. 596.

¹² SORIANO, Aldir Guedes – *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional* – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pág. 91.

no artigo 5º, VII, da Constituição, segundo a qual: “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;”. Tal assistência deve ser proporcionada aos jovens infratores internos, aos presos, às pessoas hospitalizadas, às Forças Armadas e àquelas citadas no artigo acima descrito.

De igual modo a Carta Magna protege a escusa de consciência, em seu art. 5º, VIII: “Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;”

Essa amplitude de se invocar convicções filosóficas, políticas ou religiosas para se eximir de uma obrigação imposta tem o condão de evitar que o indivíduo seja compelido pelo Estado a contrariar suas convicções.

Se o indivíduo recusar-se de prestar obrigação legal e, posteriormente, a prestação alternativa, ele sofrerá as consequências previstas no artigo 15, Inciso IV, da Lei Maior¹³, onde prevê, neste caso, a perda ou suspensão dos direitos políticos.

A imunidade tributária, na qual o artigo 150, inciso VI, alínea “b”¹⁴ se refere, é destinada aos cultos religiosos propagados dentro dos templos. As igrejas, teoricamente, não são fontes produtoras de lucro; suas atividades são ligadas à parte espiritual do ser humano, à propagação da crença.

Também são tributáveis os lucros obtidos com serviços

¹³ Artigo 15, da CF/88: É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) IV- recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII”.

¹⁴ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI- instituir impostos sobre: (...) b) templos de qualquer culto”.

fora do templo, mesmo que seja revertido à Igreja; por exemplo: lucros obtidos por uma instituição educacional religiosa e imóveis de uma Igreja que não estejam servindo para realização de cultos.

No âmbito educacional, nas escolas públicas de ensino fundamental o ensino religioso é disciplina facultativa, sendo ela inserida nos horários normais escolares. O artigo 210, parágrafo 1º da nossa Carta Maior prevê que “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.”

Com efeito, toda e qualquer obrigatoriedade acerca da prática de determinada religião em sala de aula pode ser discutida judicialmente, sob o argumento de defender-se o princípio da liberdade religiosa. Interessante se faz colacionar julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde se proibiu a exigência de leitura da bíblica antes do início das aulas nas escolas municipais, senão vejamos:

ADIn. DETERMINAÇÃO DE LEITURA DA BÍBLIA ANTES DO INÍCIO DAS AULAS NAS ESCOLAS MUNICIPAIS EM CALENDÁRIO LETIVO. Violação ao princípio da liberdade religiosa ao privilegiar uma. Arts. 5º, “caput” e inc. VI, CF e art. 8º, CE. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70017748831, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Augusto Monte Lopes, Julgado em 05/02/2007)

Outro exemplo de invocação do princípio da liberdade religiosa foi a controvérsia acerca da possibilidade de candidato a concurso público, em razão de ser membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, ter como justificada sua ausência no dia de sábado, em curso de formação. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios julgou procedente a ação judicial em favor de candidato, sob o argumento de que o texto constitucional respalda todas as crenças, consagrando o Estado Democrático de Direito com sua máxima liberdade religiosa.¹⁵

¹⁵ REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. ADVENTISTA. PRESERVAÇÃO DO DIA DE SÁBADO.

Verifica-se, portanto, que o próprio Poder Judiciário tem estado sensível ao problema tal como suscitado. Para Alexandre de Moraes:

A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de idéias, filosofias e a própria diversidade espiritual.¹⁶

Não se pretende subordinar o Estado e à Administração Pública a determinado dogma religioso, mas sim usar de razoabilidade para que sejam conciliados princípios fundamentais da Constituição da República, tais como a liberdade de crença religiosa, o acesso aos níveis mais elevados do ensino e o livre acesso aos cargos públicos.

A invocação a Deus, presente no preâmbulo¹⁷ da atual Constituição Federal, reflete um sentimento religioso, o que não enfraquece o fato de o Estado brasileiro ser laico, ou seja, um Estado em que há liberdade de consciência e de crença, onde ninguém é privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica.

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição

1. A Constituição Federal de 1988, distintamente da Carta de 1967/69 que só assegurava o direito à liberdade de consciência, protege tanto a liberdade de consciência quanto a de crença. O texto constitucional em vigor respalda todas as crenças, pois o Estado Democrático de Direito consagra a máxima liberdade religiosa. Em razão dessa proteção firmada em torno da liberdade de consciência e crença, a Constituição estabelece (artigo 5º, Inciso VII) que ninguém será privado de direitos por força de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei (excusa de consciência).

2. O candidato adventista que participa do curso de formação para o cargo de Auxiliar de Trânsito da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão do Distrito Federal, promovido pelo Centro de Seleção e de Promoção de Eventos – CESPE, tem o direito de dispensa ou abono da falta nas atividades a serem realizadas no sábado em razão de respeito às suas convicções religiosas, devendo ser nomeado e empossado no cargo pretendido, caso seja aprovado dentro do número de vagas. (TJDF, 20090110529213RMO; Relator Waldir Leônício C. Lopes Júnior, Julgado em 10 de março de 2010.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10. ed. atual. com a EC n. 38/2002. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2002, p. 73.

¹⁷ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

da República Federativa do Brasil, adota a tese da “irrelevância jurídica”¹⁸, segundo a qual o preâmbulo não se situa no domínio do Direito, mas da política ou da história, possuindo apenas um caráter político-ideológico destituído de valor normativo e força cogente, motivo pelo qual não pode ser invocado como parâmetro para o controle da constitucionalidade.¹⁹

Diante da importância das liberdades de crença e de culto para a sociedade como um todo, o Brasil as qualificou como cláusulas pétreas, ou seja, tornaram-se dispositivos imutáveis, onde somente o advento de uma nova Constituição poderá modificar tal condição. Desta maneira, percebe-se a importância dada pelo texto constitucional brasileiro à liberdade religiosa e à própria laicidade estatal.

A liberdade religiosa, expressão que abrange as liberdades de culto e de crença, está presente também em diversas Convenções e Tratados Internacionais. Assim, o Brasil ratificou, dentre outros, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens e o Pacto de São José da Costa Rica, onde há uma ampla proteção às liberdades do homem, incluindo a religiosa.

Pode ainda ser invocada a liberdade religiosa sobre o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana, como têm feito os testemunhas de Jeová, para coibir o Estado Brasileiro a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, sem o consentimento do paciente, invocando-se, além do referido princípio, a liberdade de consciência e de crença.²⁰

¹⁸ ADI 2.076. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=ADI&processo=2076&origem=IT&cod_classe=504>. Acesso em: 15 de jul. de 2010.

¹⁹ ADI 2.076. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=ADI&processo=2076&origem=IT&cod_classe=504>. Acesso em: 15 de Out. de 2009.

²⁰ PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEová. PACIENTE EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. - No contexto do confronto entre o postulado da dignidade hu-

Como se sabe, membros da Testemunha de Jeová se opõem ao tratamento que necessita de transfusão sangüínea, por motivos de dogmas religiosos. Em alguns casos concretos, essa não aceitação ao tratamento hemoterápico resulta na morte do paciente. Há, portanto, um confronto entre dois princípios garantidos constitucionalmente: a liberdade religiosa e o direito à vida.

Em caso de situação emergente o médico pode solucionar de acordo com sua ética, ou a solução pode ser dada pela justiça. Entretanto, pode o médico conseguir uma liminar que o autorize a realizar os tratamentos médicos devidos. De acordo com o artigo 2º do Conselho Federal de Medicina²¹, independentemente do consentimento do enfermo ou dos seus representantes legais, o médico pode praticar a transfusão sangüínea, em caso grave onde a vida do paciente está em risco.

Ainda sobre liberdade religiosa, recentemente se colocou em debate o uso de símbolos religiosos em repartições públicas brasileiras. Sabe-se que o Estado não pode e não deve exteriorizar qualquer tipo de fé, pois, ao agir de tal maneira, descaracteriza a laicidade garantida constitucionalmente, sob pena de tornar-se um Estado Confessional, além de interferir na liberdade de crença do cidadão.

Sobre a interferência na liberdade religiosa, Sarmento entende que

[...] a promiscuidade entre os poderes públicos e qualquer credo religioso, por ela interditada, ao sinalizar endosso estatal de doutrinas de fé, pode representar uma coerção,

mana, o direito à vida, à liberdade de consciência e de crença, é possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico. - Hipótese na qual o paciente é pessoa lúcida, capaz e tem condições de autodeterminar-se, estando em alta hospitalar.(TJMG; Proc. Nº 1.0701.07.191519-6/001; Relator: Alberto Vilas Boas)

²¹23 Art. 2º, CFM: "Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis".

*ainda que de caráter psicológico, sobre os que não professam aquela religião.*²²

Dessa forma, a retirada de símbolos religiosos de estabelecimentos estatais não configura o laicismo. Pelo contrário, a retirada dos referidos símbolos estaria preservando a liberdade de religião do indivíduo e ratificando o caráter Laico do Estado. A própria laicidade do Estado pode ainda ser questionada se atentarmos para a existência de feriados religiosos oficiais.

Na modernidade, “movimentos religiosos”, “seitas” e “cultos” vêm surgindo, integrando-se a um conjunto extenso de ocorrências contemporâneas que deram à religião “publicidade”, inserindo-se no “espaço público”. Para Giumbelli²³,

Enfim, a religião passou a desempenhar um papel nas estratégias de atribuição e adoção de identidades coletivas no contexto da “globalização”.

Em várias dessas situações, a religião torna-se pública em função de ações políticas protagonizadas por agentes orientados por ideologias religiosas; em outras, ela é identificada como o pivô de conflitos comunais, ou seja, onde decorre “um forte alinhamento da religião com parentesco, vizinhança, trabalho, lazer, questões políticas, posição social e oportunidades de vida” (Beckford 1990:11).

A “liberdade religiosa”, juntamente com a “secularização” e o “pluralismo confessional”, é elemento essencial da modernidade. Em que pesem as discussões acerca de tal afirmação, Giumbelli destaca um ponto unânime, senão vejamos:

(...) na modernidade, a religião deixaria de ser a instância integradora da sociedade, perdendo funções e poder. É verdade que há muita discussão sobre o grau de poder e o tipo de funções mantidos pela religião, bem como sobre a extensão do processo de secularização e

²² SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. P. 291.

²³ GIUMBELLI, Op Cit., p. 24.

acerca das supostas compensações envolvidas na sua efetivação. Além disso, o enfraquecimento e a restrição relativos da religião trariam certas conseqüências em sua própria esfera. Desprovida de suas antigas atribuições e capacidades, a religião sofreria um processo incessantes de divisão institucional – daí o pluralismo confessional – e passaria a ter sua plausibilidade sustentada sobre as conseqüências individuais – daí a liberdade religiosa.²⁴

Ora, a secularização – entendida como o processo pelo qual a sociedade se afastou do controle da Igreja, de forma que a ciência, a educação, a arte e a política ficaram livres da conformidade com o dogma teológico e as hierarquias eclesiásticas²⁵ – conquanto constitua um fenômeno que alcança todo o mundo ocidental, apresenta-se de forma diferente nos diversos Estados, por razões diversas, dentre as quais se inclui até mesmo a concepção teológica sustentada pela religião majoritária.

O processo de secularização em países de tradição católica não se dá na mesma velocidade que em países de tradição calvinista, por exemplo. Do mesmo modo, quando a comparação é entre países tradicionalmente cristãos e países tradicionalmente budistas ou muçulmanos.²⁶

A proteção estatal à liberdade religiosa possibilita, dessa forma, tanto a mudança de religião conforme as preferências pessoais dos indivíduos, quanto a formação de novos grupos religiosos. O indivíduo passa a ter o direito legal de construir sua identidade religiosa como bem entender, premissa fundamental para a compreensão do que se chama “sincretismo religioso no Brasil”.

²⁴ Idem. p. 28.

²⁵ SWOMLY, John M. apud MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes, Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996. p. 93.

²⁶ BLANCO, Antonio Martinez. *Derecho eclesiástico del Estado*. Madrid: Editorial Tecnos, 1994. v. I.

No Brasil, o artigo 208 do Código Penal define como crime o ato de escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso.²⁷

Sejam as leis antiblasfêmia, produto de um resquício e de uma valorização da religião, ou uma espécie de compensação diante de medidas secularizantes, é possível se pensar, de acordo com Giumbelli²⁸, dois tipos de operação que envolvem a relação entre modernidade e religião. A primeira delas oferece ao Estado a possibilidade de regular as relações dos grupos religiosos entre si e da sociedade para com eles. A segunda operação supõe que o religioso constitua um elemento capaz de discriminar disposições jurídicas, devendo ser tratado como uma esfera específica de nossas sociedades e trazem consigo um impulso no sentido da delimitação e estipulação daquilo que define esse 'religioso'²⁹.

O Código Civil Brasileiro, no § 1º do art. 44, incluído pela Lei n.º 10.825, de 22.12.2003, disciplina a criação de associações religiosas, nos seguintes termos: "São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento".

Da leitura do referido preceito legal se observa a preocupação do legislador civil em explicitar os lineamentos gerais da liberdade de organização religiosa. Entende-se facilmente de sua redação que a liberdade de organização religiosa engloba a criação, a

²⁷Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa. Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

²⁸E. GIUMBELLI, O 'chute na santa': blasfêmia e pluralismo religioso no Brasil. In: P. BIRMAN (org.) *Religião e espaço público*, SP: Attar, 2003.

²⁹E. GIUMBELLI, op.cit: 177.

organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o acima exposto, o presente artigo buscou fazer um apanhado jurídico e sociológico, utilizando a exegese jurídica acerca da liberdade religiosa no Brasil, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, com base na legislação pátria acerca do tema.

Destarte, conclui-se que, levando-se em consideração que o Estado brasileiro é laico, a liberdade religiosa deve ser garantida e o poder público deve manter-se independente em relação aos cultos religiosos ou igrejas, protegendo e garantindo o livre exercício de todas as religiões, sempre com vistas ao alcance do interesse público.

Com efeito, o Estado também não pode obstar uma prática religiosa ou discriminar alguém por motivos religiosos, pois a laicidade do Estado, proclamada desde a instauração da República, tem o escopo de ampliar o espaço conferido ao fenômeno religioso, sempre que forem invocadas pelos cidadãos as garantias legais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLANCO, Antonio Martinez. *Derecho eclesiástico del Estado*. Madrid: Editorial Tecnos, 1994. v. I.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 de julho de 2010.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 de julho de 2010.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 de julho de 2010.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891) [comentada]*. Brasília: Senado Federal, 2002. (Coleção História Constitucional Brasileira).

GIUMBELLI, Emerson. *A presença da Igreja Universal do Reino de Deus no espaço público brasileiro: liberdade religiosa, fora do lugar? Paper apresentado na XXVI conferência Sociedade Internacional de Sociologia das Religiões*. Ixtapan de La Sal, México, 20-24 de agosto de 2001.

GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião: dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França*. São Paulo: Attar Editorial, 2002.

BIRMAN (org.) *Religião e espaço público*, SP: Attar, 2003.

HABERMAS, Jurgen. *Entre naturalismo e religião*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, trad. de Flávio Siebeneichler, 2007 [Zwischen Naturalismus und Religion. Frankfurt: Suhrkamp, 2005].

MATOS, Carlos Lopes de- in *"Vocabulário Filosófico"*, Edições Leia, São Paulo, 1957.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10. ed. atual. com a EC n.

38/2002. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2002.

SARMENTO, Daniel. *O Crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado*. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

SORIANO, Aldir Guedes – *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional* – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SWOMLY, John M. apud MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1996.. p. 93.

REVISTAS:

Revista do Núcleo de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais Universidade Federal de Sergipe: *Dossiê Sociologia da Religião*. Ano XI, nº 14, jan./jun., 2009, p. 239.



III PEÇAS JURÍDICAS

1. APELAÇÃO CÍVEL - PROCESSO CIVIL – PRELIMINAR – DESISTÊNCIA DOS RECURSOS MANIFESTADA PELOS RECORRENTES – ATO DE VONTADE CUJOS EFEITOS NÃO DEPENDEM DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL – REEXAME NECESSÁRIO – CABIMENTO EM DECISÃO QUE JULGA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

RODOMARQUES NASCIMENTO

2. AGRAVO DE INSTRUMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - NÃO CONFIGURA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DECISÕES QUE OBRIGAM O ENTE EM CUMPRIR COM SUA ATIVIDADE ESTATAL

CELSO LUÍS DÓRIA LEÓ

3. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO QUE SE CINGE À REDUÇÃO DA VERBA ALIMENTÍCIA, DIFERENTEMENTE DO QUE FOI DEFERIDO PELO JUÍZO DO PRIMEIRO GRAU

José Carlos de Oliveira Filho

4. APELAÇÃO CÍVEL – DANOS A IMAGEM – UTILIZAÇÃO DE CARACTERES FISIOMÔNICOS DE ENTES FALECIDOS EM PRODUTOS COMERCIAIS

MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ

5. RAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO – DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – QUESITAÇÃO

ALONSO GOMES CAMPOS FILHO

APELAÇÃO CÍVEL - Processo civil – Preliminar – Desistência dos recursos manifestada pelos recorrentes – Ato de vontade cujos efeitos não dependem de homologação judicial – Reexame necessário – Cabimento em decisão que julga liquidação de sentença.

Rodomarques Nascimento*

APELAÇÃO CÍVEL Nº 4816/2009

Procedência: Juízo de Direito da Vara Cível da Comarca de Estância-Sergipe

Apelante : P. T. T. I. C. L.

Apelante : M. E.

Apelado : P. T. T. I. C. L.

Apelado : M. E.

Relatora : Desembargadora Clara Leite de Rezende

2ª Escrivania do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Processo civil – Preliminar – Desistência dos recursos manifestada pelos recorrentes – Ato de vontade cujos efeitos não dependem de homologação judicial – Não-conhecimento dos apelos – Reexame necessário – Cabimento em decisão que julga liquidação de sentença – Precedentes do STJ – Liquidação de sentença – Fixação de valores realizada sem apresentação de fundamento coerente – Rescisão de contrato de concessão – Plena indenização do particular – Inteligência do §2º, do art. 79, da Lei nº. 8.666/93 – Precedentes do STJ – Exclusão dos cálculos de itens ligados à má gestão e falência da empresa que não restam demonstradas relacionadas

*Procurador de Justiça do Ministério Público de Sergipe

diretamente à rescisão contratual.

Recursos que não merecem ser conhecidos.

Em sede de reexame, sentença que carece de reforma parcial.

Colenda Câmara Cível,

Excelentíssima Senhora Desembargadora-Relatora,

P. T. T. I. C. L. e o M. E. atravessam, cada qual, Apelação Cível contra sentença exarada pelo Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca de Estância (fls. 375 *usque* 377) que julgou procedente Liquidação de Sentença por Arbitramento tombado sob nº 200050011142, proposta pela primeira empresa Apelante contra o segundo Recorrente, orçando os danos materiais reconhecidos em sentença de fls. 168/173 no valor de R\$ 5.831.143,84 (cinco milhões, oitocentos e trinta e um mil e cento e quarenta e três reais e oitenta e quatro centavos), equivalendo a 75% (setenta e cinco por cento) do valor encontrado no laudo do perito judicial encartado às fls. 264/312.

Não-resignada com a decisão, a empresa P. T. T. I. C. L. atravessa recurso às fls. 405 a 414, sustentando a insuficiência do valor determinado na sentença, pugnando pela prevalência dos cálculos realizados na perícia judicial, cujo valor fi nal pretende venha substituir àquele constante na sentença fustigada.

O M.E. interpõe recurso às fls. 442 a 459, arguindo, preliminarmente, a nulidade da sentença ante aos seguintes argumentos: a) ausência de fundamentação do *decisum* profligado; b) indevido julgamento de agravo retido aviado pelo ora Recorrente realizado pelo próprio Juízo *a quo*; c) ausência de intimação específica para manifestação acerca da nomeação do perito judicial que atuou nos autos; d) intimação do município Recorrente para manifestação acerca

do laudo pericial equivocadamente feita em pessoa não-habilitada para o ato; e) ausência da necessária intervenção do Ministério Público na primeira instância.

No mérito, aponta supostos erros incorridos nos cálculos da perícia judicial. Pede, então, a nulidade da sentença combatida ante ao reconhecimento das nulidades processuais apontadas ou, sucessivamente, sua reforma parcial.

Contrarrazões do M. E. residentes às fls. 428 a 438.
Contrarrazões da empresa P. T. T. I. C. L. avistáveis às fls. 471 a 497.

Petição, de fl. 504, assinada pelos procuradores de ambas as partes, requerendo a extinção do processo, face ao acordo formalizado e homologado no Precatório nº 045/2001, por força do que consideram perdido o objeto da lide, *"inclusive as apelações ali encartadas."*

Decisão, de fl. 578, homologando o pedido de desistência e a extinção do feito.

Juntada, às 547/585, de cópia de sentença exarada na Ação Cível Pública nº 2005501000-5, na qual vieram ser anulados acordos firmados entre as partes perante à Presidência do TJSE, no bojo de precatórios ali processados, determinando-se, ainda, a anulação das sentenças extintivas prolatadas nos processos nºs 20015001059-6, 20015001060-4 e 20015001083-2.

Vieram os autos para o parecer.

O estudo dos autos causa-nos certa perplexidade

diante do impasse processual observado.

Encartada à fl. 504, do *in folio*, repousa petição conjunta subscrita pelos procuradores de ambas as partes na qual, tomando por premissa acordo firmado e homologado no bojo do Precatório nº 045/2001, requerem “[...] *de forma conjunta a extinção da execução alhures identificada, posto que perdeu seu objeto, inclusive as apelações ali encartadas.*” Referem-se, por evidente, à situação dos presentes autos que se encontram justamente em procedimento de liquidação que precede à execução da sentença de fls. 168/173.

Esse requerimento - acompanhado dos documentos de fls. 505/513 – veio a ser homologado pelo Juízo processante consoante termos expressos da decisão de fls. 518:

“A sentença se encontra às fls. 403/404, sendo alvo de recurso de apelação e contra-razões (fls. 405/554).

Entretanto, as Partes pactuaram acordo resolvendo o conflito de interesses através do precatório nº 045/2001 e, em decorrência, pediram a extinção desta Execução em petição assinada por ambos os Patronos (fls. 555).

Assim, por SENTENÇA, tendo sido homologado o acordo perante o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, extingo a Execução na forma do art. 794, II do CPC.”

Essa decisão é datada de 27/03/2002, quando foi publicada no livro próprio, procedendo-se ao envio das cartas intimatórias, ao teor da certidão de fl. 518, verso.

Posteriormente, em 18/01/2006, deu-se a juntada aos autos (termo de fl. 546, v.), de cópia de sentença exarada na Ação Cível Pública nº 2005501000-5, processo envolvendo as presentes partes, em que houve a anulação do acordo firmado por elas no bojo do Precatório

nº 045/2001, com trâmite junto ao TJSE. Eis, quanto ao que interessa, os termos do dispositivo da aludida sentença:

“b) Julgo parcialmente procedente o pedido para anular os acordos firmados entre o M. E. e os Requeridos – P. T. T. I. C. L., e o Sr. F. D. F., homologados pela Presidência do Tribunal de Justiça, e , em consequência, anulo as sentenças extintivas proferidas nos autos dos processos nº 20015001059-6 (fls. 233), nº 20015001060-4 (fls. 239) e nº 20015001083-2 (fls. 253).

Tendo em vista o não trânsito em julgado da sentença de liquidação de fls. 375/377 (processo nº 20005001114-2, em apenso). Existindo contra ela recurso voluntário de Apelação, determino a sua subida ao Tribunal de Justiça.”

Ao ponto, faz-se necessária breve digressão para melhor entendimento do problema que se aborda.

A lide primordial que relaciona as partes – rescisão unilateral pelo M. E. de contrato de concessão para transporte interurbano de passageiro mantido com a empresa P. – e que é objeto da presente ação, veio a dar cria a outras ações diversas (200150010604 – execução; 200150010596 - Cautelar Inominada), como se colhe da simples consulta ao extrato do presente processo no *site* do TJSE.

O referido acordo firmado pelos Litigantes no Precatório nº 045/2001 constitui tentativa de se compor os interesses em jogo e sua homologação levou os Litigantes a requerer a extinção desses diversos feitos aos quais nos referimos anteriormente. Idêntico procedimento ocorreu na hipótese do *in folio*, consoante requerimento e sentença avistáveis às fls. 504 e 518, respectivamente.

Ocorre que reportado acordo foi impugnado pelo M.

E. por meio da Ação Cível Pública nº 2005501000-5, culminando no reconhecimento de sua nulidade, como se colhe da cópia dessa sentença adunada. Ainda por força dessa declaração de nulidade, considerou o i. sentenciante necessário anular igualmente as sentença homologatórias proferidas nos outros feitos relacionados, todas deferidas com base no acordo fulminado. Nesse sentido, extrai-se a seguinte passagem do *decisum*:

“É fundamental salientar que a decretação da nulidade das transações realizadas pelos presidentes do Tribunal de Justiça, à época, as duas, tem como corolário lógico a nulidade das sentenças de fls. 233 (processo nº 20015001059-6), fls. 239 (processo nº 20015001060-4) e fls. 253 (processo nº 20015001083-2), que extinguíram os respectivos processos tendo como fundamento os aludidos acordos, pois as anulações dos acordos contaminam e nulificam os referidos decisuns.

Confirmando a assertiva supra, veja-se, a propósito, o fundamento e dispositivo das aludidas sentenças extintivas:

Processo nº 20015001059-6

Após a citação, as partes pactuaram acordo resolvendo o conflito de interesses através do Precatório nº 045/2001 e, em decorrência, pediram a extinção desta ação em petição assinada por ambos os patronos (fls. 81).

Assim, por sentença, tendo sido homologado o acordo perante o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe e requerida a desistência da ação principal, extingo o feito na forma do art. 808, III do CPC.- grifei

Processo nº 20015001060-4

Após a citação, as partes pactuaram acordo resolvendo

o conflito de interesses através do Precatório nº 045/2001 e, em decorrência, pediram a extinção desta execução em petição assinada por ambos os patronos (fls. 28).

Assim, por sentença, tendo sido homologado o acordo perante o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, extingo a execução na forma do art. 794, II do CPC. - grifei

Processo nº 20015001083-2

Após a intimação, as partes pactuaram acordo resolvendo o conflito de interesses através do Precatório nº 045/2001 e, em decorrência, pediram a extinção desta ação em petição assinada por ambos os patronos (fls. 30).

Assim, por sentença, tendo sido homologado o acordo perante o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, extingo o feito com julgamento do mérito na forma do art. 269, III do CPC. - grifei

Pela precisão como foi analisada esta matéria, e atento aos aspectos fundamentais que norteiam a vexata quaestio, transcrevo o pronunciamento ministerial:

‘O principal efeito relativo ao reconhecimento da nulidade do ato processualizado é a não subsistência do ato homologatório decretado nulo; sua desconstituição surtirá efeitos na sentença que extinguiu o processo, apesar de não ser a ação anulatória dirigida diretamente a ela, mas sim ao ato eivado de nulidade; mas, a desconstituição da sentença, acaba por ser efeito secundário, pois, uma vez contaminada com uma nulidade e esta declarada judicialmente, a mesma (a sentença) não poderá subsistir e gerar efeitos no mundo jurídico.

A sentença da ação anulatória julgada procedente tem efeito constitutivo negativo (ou desconstitutivo) e retroage anulando os efeitos anteriores provocados pelo ato desconstituído, trata-se de efeito ex tunc.

Uma vez presente a colsa julgada na sentença anulatória, o ato anulado e indevidamente praticado deixará de produzir qualquer efeito, sendo apagado qualquer efeito anteriormente existente decorrente deste ato (desde que possível).

Leciona ROGÉRIO LAURIA TUCCI que o efeito da ação anulatória, resultante da sentença transitada em julgado “produz efeito peculiar ao desfazimento do ato jurídico, qual seja o reposicionamento do interessado na situação em que anteriormente à sua efetivação, se encontrava”. (Curso de direito processual civil, processo de conhecimento. São Paulo: Saraiva, 1989. Vol. 3. p. 247)

Portanto, no caso em análise, a decretação de nulidade das transações realizadas perante a Presidência do Tribunal de Justiça, implicará na insubsistência da decisão que extinguiu o processo de execução/liquidação (fls. 259) e, por consequência, na retomada do processo de liquidação, atualmente com recursos de apelação pendentes de julgamento, já recebidos pelo Julz de Direito da 1ª Vara Cível, devendo ser os referidos apelos remetidos à Corte de Justiça Estadual para julgamento’.
[...]

Por fim, não merece acolhida o pedido formulado pelo Requerente no sentido de que seja decretada a nulidade da ação de conhecimento e lhe seja reaberto prazo para interposição de recurso de apelação, porquanto, como bem asseverou o representante do Ministério Público, ‘a Municipalidade, ao quedar-se vencida na ação de conhecimento não interpôs o pertinente recurso de apelação, havendo assim o trânsito em julgado da decisão.’”

Coerente com esse seu pensamento, vislumbrando a nulidade das sentenças homologatórias proferidas nas diversas ações como consequência da nulidade do acordo que lhes serviu por base, o

MM Juiz sentenciante determinou a anulação dessas decisões:

"[...], e , em consequência, anulo as sentenças extintivas proferidas nos autos dos processos nº 20015001059-6 (fls. 233), nº 20015001060-4 (fls. 239) e nº 20015001083-2 (fls. 253)."

E aqui reside o *punctum saliens* da demanda. Omitiu-se determinação para se anular a sentença exarada no presente processo, em relação à qual apenas se disse:

"Tendo em vista o não trânsito em julgado da sentença de liquidação de fls. 375/377 (processo nº 20005001114-2, em apenso). Existindo contra ela recurso voluntário de Apelação, determino a sua subida ao Tribunal de Justiça."

Todavia, com a devida vênia, temos para nós ser impossível o cumprimento desse comando, a fim de se dar prosseguimento aos recursos aviados. É que a sentença de fl. 518, para além de homologar acordo entre as partes, também decidiu e deferiu o pedido das partes, formulado na petição de fl. 504, de desistência de seus recursos, com o que deu por extinta a execução.

Poder-se-ia sustentar que, embora omitida na sentença prolatada na Ação Cível Pública nº 2005501000-5 determinação expressa para o fim da anulação da sentença destes autos, tal seria consectário lógico-jurídico do desfazimento do acordo objeto da homologação, logo, constituindo consequência inafastável.

O argumento seduz, mas não resolve o problema. Ainda que se desse por anulada a sentença de fl. 518 (*ad argumentandum tantum*), a desistência dos recursos – inequivocamente manifestada pelos Recorrentes na petição de fl. 504 – permaneceria surtindo seus

efeitos, para o quê não carece de homologação judicial. Nesse sentido, o entendimento da doutrina, na apreciação do parágrafo único, do art. 158, do CPC:

"O mesmo não ocorre com a desistência do recurso, que refoge ao âmbito desse parágrafo único. Uma vez manifestada, a desistência recursal produz efeitos de imediato, não comportando retratação."

Mais adiante, comentando-se o art. 501, do CPC:

*"Fala-se em homologação da desistência, apenas para que se ponha fim ao procedimento recursal, não para a produção de efeitos, conforme art. 158, caput e parágrafo único do CPC (a lei neste caso também tratou de modo diferente em relação à desistência da ação). Isso porque se se trata de negócio jurídico unilateral, por meio do qual a parte simplesmente manifesta sua vontade no sentido de que o procedimento recursal não prossiga, isto é, os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais."*⁴²

Dessarte, a despeito do conteúdo da parte dispositiva, *in fine*, da sentença exarada na Ação Cível Pública nº 2005501000-5, e, com licença ao despacho de fl. 594, temos para nós que os recursos de fls. 405/414 e 442/459 não merecem processamento ante à desistência manifestada pelos Recorrentes à fl. 504.

2. Do Reexame Necessário.

⁴¹DOS SANTOS, Nelton, in *Código de Processo Civil Interpretado*, Antônio Marcato, Coord., - São Paulo: Atlas, 2004 p. 417.

⁴²MIRANDA, Gilson Delgado, in *Código de Processo Civil Interpretado*, Marcato, Coord., - São Paulo: Atlas, 2004 p. 1530.

Obstado o seguimento dos recursos, nem por isso se deve furtar o exame da sentença por essa C. Corte de Justiça, a se fazer, todavia, em sede de Reexame Necessário, na linha de entendimento pacificado no STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO OU POR ARTIGOS. REEXAME NECESSÁRIO.

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos ERESP 226.156/SP, firmou o entendimento de que cabe o reexame necessário no tocante às sentenças que julgarem liquidação por arbitramento ou por artigos, nas execuções de sentenças ilíquidas contra a União, os Estados e os Municípios, nos termos do art. 3º da Lei 2.770/1956, com a redação que lhe foi dada pela Lei 6.071/1974.

2. Agravo Regimental não provido."

(AgRg no REsp 1112621/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 11/09/2009)

Feito esse registro inicial, passamos a enfrentar o mérito da lide.

Não cremos subsistir dúvida séria quanto à necessidade de se reformar a sentença reexaminanda. Desprezando solenemente os resultados obtidos pela perícia judicial – em relação aos quais não teceu qualquer consideração –, ainda assim e contraditoriamente, veio a liquidar o crédito perseguido em 75% (setenta e cinco por cento) do valor encontrado justamente pela perícia, sem para isso apresentar qualquer fundamento a balizar suas conclusões.

Nenhuma conta, observação, cálculo ou critério foi apresentado na sentença a fim de justificar os motivos pelos quais

o crédito liquidando devesse ser orçado em 75% (setenta e cinco por cento) do valor da perícia, isto é, R\$ 5.831.143,84 (cinco milhões, oitocentos e trinta e um mil e cento e quarenta e três reais e oitenta e quatro centavos).

O sistema processual brasileiro adota, enquanto princípio, o *livre convencimento motivado do magistrado* para sua decisões. Mas que se leia: *devidamente motivado*. Não basta que se apresente qualquer motivo, exigindo-se que as decisões alicercesem-se em fundamentos racionais que confirmem coerência às suas conclusões. E é exatamente por força desse princípio que o julgador pode afastar as conclusões de perícia realizada, desde que apresente contra-argumento razoável.

Infelizmente, a sentença reexaminanda peca quanto a isso ao deixar de explicar o modo pelo qual alcançou o valor que atribuiu à liquidação, carecendo, *ipso facto*, seja reformada por essa instância *ad quem*.

Quanto à fixação do valor discutido, reconhecemos não se constituir tarefa simples a liquidação dos danos impostos ao particular em decorrência da rescisão unilateral pela Administração de contratos administrativos firmados.

In casu, porém, as dificuldades naturais desse encargo mostram-se sensivelmente agravadas em vista dos termos em que decidida a lide no primeiro grau. De efeito, decretada a nulidade do ato pelo qual o M. E. rescindiu unilateralmente o contrato que mantinha com a empresa P., limitou-se o comando judicial, em vista disso, a assegurar, *in litteris*, “[...] a reparação de danos subjacentes dessa rescisão ora anulada, cuja extensão será apurada em liquidação de sentença [...]”.

Utilizando-se da imprecisa expressão “danos subjacentes”, a sentença liquidanda lamentavelmente deixou de esclarecer quais danos efetivos restaram demonstrados (*an debeatur*), somente após o quê, caberia postergar à liquidação unicamente a determinação da extensão desses danos, obtendo-se, portanto, o *quantum debeatur*.

Concessa maxima venia, a liquidação que se está realizando não busca apenas esclarecer o valor dos danos ocorrentes à empresa P.. A bem da verdade, o Juízo Liquidatório vê-se obrigado a decidir quais danos realmente ocorreram. É nítida essa situação. Daí porque – embora indevido – faz-se necessário discutir se certos itens constantes da perícia realizada (Fundo de comércio, frota de veículos, concessão da linha, verbas trabalhistas) devem constar como danos a comporem a indenização devida em favor da empresa P.

Quanto a essa específica questão – danos ligados à rescisão do contrato – curial remeter-se ao §2º, do art. 79, da Lei nº. 8,666/93, vigente ao tempo da rescisão:

“Art. 79. [omissis]

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I - devolução de garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III - pagamento do custo da desmobilização.”

Patente na norma a garantia à indenização em favor do particular, a qual haverá de ser plena, abarcando lucro, danos emergentes e cessantes, como vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. CABIMENTO.

1. A rescisão do contrato administrativo por ato unilateral da Administração Pública, sob justificativa de interesse público, impõe ao contratante a obrigação de indenizar o contratado pelos prejuízos daí decorrentes (art. 69, I, § 2º, do Decreto-Lei 2.300/86; art. 79, § 2º da Lei 8.666/93), como tais considerados, não apenas os danos emergentes, mas também os lucros cessantes (CC/1916, art. 1.059; CC/2002, art. 402). Precedentes.

2. Embargos de divergência a que se dá provimento." (EREsp 737.741/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2008, DJe 21/08/2009)

Desse julgado, tomamos de empréstimo a seguinte passagem do voto condutor quando diz, *verbis*:

"Ora, é certo que a Administração Pública, invocando razões de interesse público, tinha (e tem) a faculdade de rescindir unilateralmente o contrato administrativo. Tal prerrogativa, típica cláusula exorbitante do contrato, decorria, à época, do art. 68, inciso XIII, do Decreto Lei 2300/86, regra essa mantida pela atual Lei de Licitações (Lei 8.666/93, art. 78, inciso XII). Todavia, nos termos do que dispunha o art. 69, I, § 2º, do Decreto-Lei 2.300/86 (dispositivo também reproduzido pela Lei atual, art. 79, § 2º), ao contratado assistia, em contrapartida, o direito ao ressarcimento dos 'prejuízos regularmente comprovados'.

Representaria uma injustificável violação ao direito individual, incompatível com as garantias constitucionais à esfera privada do direito de propriedade, simplesmente carregar ao administrado, que para tal não concorreu, os ônus decorrentes de um ato unilateral e discricionário da Administração. Justamente por isso, o limite dos prejuízos indenizáveis deve ser entendido em sentido amplo, idêntico ao de perdas e danos, na expressão consagrada pelo sistema comum da responsabilidade civil, nomeadamente pelo Código Civil/1916, então vigente, segundo o qual '(...) as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar' (art. 1059, que corresponde ao art. 402 do CC/2002). Allás, é inafastável a aplicação subsidiária dessa norma ao caso, até mesmo por força da imposição constante do artigo 44 do Decreto-Lei 2.300/86: 'os contratos administrativos de que trata este Decreto-lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, disposições de direito privado'.

Sobre o tema, a doutrina especializada anota que *'o § 2º refere-se a ressarcimento por 'prejuízos' comprovados. Isso não significa indenização restrita a danos emergentes. Também os lucros cessantes devem ser indenizados. Ou seja, o particular não terá direito de receber o valor integral da prestação que o contrato impunha à Administração. Tem direito de receber o valor 'dos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão' (inc. II). Mas quanto ao remanescente do contrato, o particular tem direito ao valor do lucro que auferiria se o contrato fosse mantido. Isso se impõe porque a proposta formulada pelo particular e aceita pela Administração tinha em vista a execução da prestação como um todo. Se o particular soubesse, de antemão, que o contrato se restringiria a um montante mais reduzido, sua proposta seria diferente. Eventualmente, não teria sequer participado dessa licitação. A Administração, através da faculdade de rescisão unilateral, não pode*

subtrair do particular o lucro que ele obteria através da execução integral (JUSTEM FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 603). No mesmo sentido, referindo-se à responsabilidade da Administração Pública em casos de rescisão do contrato: *'neste caso, a indenização deverá ser total, tal seja, deverá cobrir o que deixou o contratado de perceber, até o final do contrato. Logo, indenizam-se também os lucros cessantes'* (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Extinção dos Contratos Administrativos, 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 72).

Assim também já decidiram ambas as Turmas da 1ª Seção do STJ. A 2ª Turma teve oportunidade de assentar que, *'ante o término antecipado do contrato celebrado entre o particular e o Poder Público, são devidos os lucros cessantes até o momento em que haveria a extinção da obrigação pelo advento do termo contratual, desde que a rescisão se dê por motivo de interesse público ou, como na hipótese dos autos, em razão de culpa atribuída à Administração'* (EDcl nos EDcl no REsp 440500 / SP, 2ª T., Carlos Fernando Mathias, DJe 25/04/2008). Nessa mesma linha de consideração, os seguintes julgados: REsp 229188 / PR, 2ª T., Min. Franciulli Neto, DJ de 01/04/2002; REsp 412798 / BA, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ 19/12/2003; REsp 190.354/SP, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 14.02.2000."

Visto isso e retornando ao caso dos autos, cremos restar esclarecido o direito de a empresa Ré ser ressarcida quanto às verbas trabalhistas e aos lucros cessantes.

Discordamos, todavia, da inserção nos cálculos de custos relacionados à frota de veículos, fundo de comércio e concessão de linha de ônibus.

Se a frota de veículos veio a ruir, sinceramente, quer nos parecer que tal se deveu à conduta da própria empresa, a quem cabia zelar por seu patrimônio. Dizer que os ônibus arruinaram-se porque ficaram ociosos não justifica a indenização, uma vez que a ociosidade, *data venia*, só pode derivar da opção de os proprietários, ao que parece, deixarem de explorar o ramo comercial a que se propunha a empresa. Pensar do contrário é atribuir ao Poder Público uma responsabilidade que, definitivamente, não pode ser dela: constituir-se razão primordial da existência e da vitalidade econômica da pessoa jurídica Ré. Não pode escapar de consideração que empreendimento de atividade comercial impõe riscos e ganhos dessa empreitada em favor do empreendedor. Não se concebe que ante à rescisão do contrato público tenham os proprietários da empresa P. desistido ou se acomodado na busca de novas oportunidades e contratos comerciais.

O mesmo se pode dizer acerca do fundo de comércio. À minguia de prova robusta (que não existe), consideramos uma temeridade atribuir a falência da Ré única e exclusivamente à rescisão do contrato em testilha.

Finalmente, temos que admitir não compreender o que exatamente constituiria o item “*concessão de linhas de ônibus*” constante no laudo como hipótese a ser indenizada. Consultando o laudo, sobre o tópico, diz o *expert*:

“Tendo sido abruptamente suspensa a Concessão de Linha de Ônibus, a Empresa, como se observa, ficou inviabilizada, e sendo de imediato substituída, por uma outra Empresa, viu-se totalmente excluída da atividade produtiva que desenvolvia, considerando que não lhe foi dada alternativa para continuar operando no seu ramo de atuação.”

De partida, discordamos frontalmente - pelos argumentos que já expusemos linhas acima - que a rescisão do contrato tenha *inviabilizado* a empresa, como considerado pelo perito. De outro canto, a exclusão da empresa Ré da exploração dessa atividade produtiva reclama indenização por meio dos lucros cessantes o que já ocorre em cálculos específicos constantes do laudo. Logo, a permanecer essa indenização pela concessão de linha ocorrerá *bis in idem* indevido, a gerar enriquecimento ilícito da Ré.

Logo, não há razão jurídica para se embutir nos danos indenizáveis esse item “*concessão de linhas de ônibus*”, que, de mais a mais, sequer pode ser considerado objeto comercializável, posto serviço público concedido.

Ex positis, somos, preliminarmente, pelo NÃO-CONHECIMENTO dos recursos, ante à expressa desistência manifestada pelos Recorrentes.

Em sede de reexame necessário, opinamos pelo PARCIAL PROVIMENTO, reformando-se em parte a sentença profligada de 375 *usque* 377, a fim de que se excluam dos cálculos de liquidação os valores referentes aos itens constantes do laudo pericial: frota de veículos, fundo de comércio e concessão de linha de ônibus.

É o parecer, *sub censura*.

Aracaju(SE), janeiro de 2010.

Rodomarques Nascimento
Procurador de Justiça

**AGRAVO DE INSTRUMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
- MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO - NÃO CONFIGURA VIOLAÇÃO
AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DECISÕES
QUE OBRIGAM O ENTE EM CUMPRIR COM SUA ATIVIDADE
ESTATAL.**

Celso Luis Dória Leó*

Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário: 0531/2010

Acórdão da Apelação Cível: 1147/2010

Agravante: Estado de Sergipe

Agravado: Ministério Público Estadual

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por
conduto de seu Representante legal, vem, respeitosamente, à presença
de Vossa Excelência e deste Egrégio Tribunal de Justiça, nos autos do
Recurso Extraordinário na Apelação Cível nº 1847/2000, na forma do
art. 28 da Lei nº 8.038/90, oferecer CONTRARRAZÕES ao AGRAVO DE
INSTRUMENTO interposto pelo ESTADO DE SERGIPE.

Juntada aos autos.

Esperamos deferimento.

Aracaju, 28 de julho de 2010.

Celso Luis Dória Leó

PROCURADOR DE JUSTIÇA

*Procurador de Justiça do Ministério Público de Sergipe

CONTRARRAZÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO-RELATOR
COLEDA TURMA
ILUSTRE PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA

I - DA EXPOSIÇÃO FÁTICA

O Ministério Público do Estado de Sergipe moveu ação civil pública em face do Estado de Sergipe pleiteando, liminarmente, a interrupção das obras realizadas com o fim de alterar o projeto original do Hospital Pediátrico Dr. José Machado de Souza, bem como o impedimento de que a unidade referida fosse utilizada como setor de pronto-socorro do Hospital João Alves Filho.

Quanto ao pedido principal, o *Parquet* Estadual requereu que as medidas liminares se tornassem definitivas, assim como a condenação em obrigação de fazer consistente em colocar em funcionamento o Hospital Pediátrico Dr. José Machado de Souza, com a finalidade originariamente prevista.

Na decisão de fls. 357/363, proferida pelo Juízo de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Aracaju, foi indeferido o provimento antecipatório de tutela pleiteado. Inconformado com a decisão, o Ministério Público do Estado de Sergipe interpôs agravo de instrumento, que veio a ser parcialmente provido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Às fls. 800/832, sentença que julgou procedentes os pedidos elaborados na petição inicial pelo *Parquet*. Em face dessa decisão foi interposta apelação cível pelo Estado de Sergipe, que veio a ser desprovida em acórdão de fls. 911/922.

Foram interpostos embargos de declaração para sanar supostas omissões referentes aos dispositivos constitucionais que fundamentam o presente recurso.

Diante do acórdão de fls. 931/936, que negou provimento aos mencionados embargos, o Estado de Sergipe interpôs recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, alegando ofensa ao art. 2º e ao art. 165, da Carta Magna.

Em decisão de fls. 977/980, a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe negou seguimento ao Recurso Extraordinário, sob o argumento de que o STF já tem entendimento consolidado sobre o tema, no sentido de que *“não configura violação ao princípio da separação dos poderes decisões que obrigam o ente em cumprir com sua atividade estatal”* (fls. 978).

Ainda inconformado com esta decisão, o Estado de Sergipe interpôs o presente Agravo de Instrumento, aduzindo que todos os pressupostos de admissibilidade, exigidos para o Recurso Extraordinário, foram satisfeitos, tais como tempestividade, além do prequestionamento da matéria. Sustenta, também, a presença do requisito da repercussão geral, reiterando o mérito do tema principal discutido na demanda.

II – DAS RAZÕES

2.1 – Razões para a manutenção da decisão que negou seguimento ao recurso: Necessária análise de matéria fática – Súmula nº 279 do STF. Jurisprudência pacífica do Pretório Excelso sobre o tema.

Com efeito, no acórdão impugnado, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe reconheceu a ocorrência de desvio de finalidade na utilização do referido Hospital Pediátrico enquanto setor de urgência e emergência geral.

A decisão proferida pela Corte Estadual partiu de premissas fáticas, ao analisar e identificar as necessidades e deficiências na prestação de serviços públicos de saúde no Estado de Sergipe, bem como a destinação original que se pretendia dar à unidade hospitalar em questão.

De fato, foi necessário verificar o estado em que se encontra a prestação de serviços pediátricos no âmbito do ente federativo, para analisar a adequação da finalidade original e daquela que posteriormente foi atribuída ao mencionado nosocômio, o que se fez por meio da análise de relatórios técnicos, declarações de profissionais que atuam na área de saúde e do vasto acervo probatório reunido pelo *Parquet* ao longo da instrução do procedimento preparatório que embasou a presente ação civil pública.

Ressalte-se, então, que o exame referente ao desvio de finalidade depende necessariamente do esclarecimento acerca das circunstâncias fáticas que levaram ao convencimento do Tribunal *a quo*,

o que atrairia o óbice da Súmula nº 279 desta Suprema Corte.

Além do mais, afigura-se plenamente possível a negativa de seguimento do RE, quando a matéria discutida no processo já tiver sido apreciada pelo STF, com jurisprudência consolidada sobre o tema. Portanto, como a questão suscitada pelo Estado já foi apreciada pela Suprema Corte, que inclusive vem se manifestando que não configura violação ao princípio da separação dos poderes decisões que determinem a implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas.

Na verdade, vê-se que a decisão recorrida se conforma com a orientação do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido:

Apresenta-se sem utilidade o processamento do recurso extraordinário quando o acórdão recorrido se harmoniza com a orientação do STF acerca do tema. (STF, 1ª Turma, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 213.364-0, Min. Ilmar Galvão, rel. 8.9.98., DJ 13.11.98)

Basta a orientação do Supremo Tribunal, em sentido inverso à da tese do recorrente, para justificar o julgo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário. (STF, 1ª Turma, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 211.028-1, Min. Sydney Sanches, rel. j. 30.6.98., DJ 13.11.98).

2.2 – Razões para a manutenção da decisão, caso se entenda por conhecer do Recurso Extraordinário e se aplique o § 4º do art. 28 da Lei nº 8.038/90: Ausência de ofensa ao art. 2º e ao art. 165, ambos da CF.

Em verdade, a questão aqui colocada é simples e não demanda maior esforço hermenêutico em face da clareza do texto

constitucional.

Em primeiro lugar, o § 1º do art. 5º da Constituição Federal estabelece a eficácia imediata dos direitos fundamentais, aí incluídos os direitos sociais como a saúde. Não menos importante é a constatação de que, no art. 227, está consolidada a prioridade absoluta com que devem ser garantidos os direitos de crianças e adolescentes.

Assim, não procede o argumento de que o provimento jurisdicional confrontado estaria interferindo em competência exclusiva de outro Poder de Estado, tendo em vista que, embora formalmente a iniciativa para propor a lei orçamentária seja do Poder Executivo, o orçamento deverá inevitavelmente ser elaborado em atenção aos preceitos constitucionais que lhe são anteriores e superiores.

Vale dizer, a iniciativa formal de propositura da lei está vinculada à sua adequação, no plano material, ao que dispõe o texto constitucional.

Nesse sentido é a lição de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco¹ a respeito do princípio da legalidade no contexto da ordem orçamentária:

Projeção do princípio da legalidade em geral, com a particularidade de que, em se tratando de gestão do dinheiro público, a legalidade orçamentária significa que o ordenador de despesas só pode fazer aquilo que as respectivas leis lhe permitem – e nos termos e limites dessa permissão –, o princípio em exame exige obediência estrita às normas da *constituição orçamentária*, ou seja, a todas as regras e princípios que, no particular, estão expressos na Lei Maior ou que derivam das suas disposições, com ênfase nos preceitos reguladores das finanças públicas e dos orçamentos.

¹ *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p. 1351.

Se o administrador elabora projeto que não contempla as diretrizes estabelecidas pelo ordenamento jurídico, estará se afastando da legalidade e atraindo o controle do Poder Judiciário que, se provocado, não apenas pode como deve intervir.

Adentramos com essa consideração no outro fundamento mencionado pelo recorrente, relativo ao art. 2º da Carta Magna.

A separação dos poderes não pode ser compreendida enquanto princípio absoluto, uma vez que essa compreensão rígida distorce a real natureza do poder político, que é uno, sendo dividido em diferentes funções para que seus fins sejam atingidos.

Desse modo é que as funções executiva, legislativa e jurisdicional se complementam mutuamente, exercendo o fundamental papel de fiscalização recíproca, conforme já se previa na formulação de Montesquieu.

José Afonso da Silva², ressaltando que a separação de poderes compreende não apenas a independência, mas também a harmonia, assim sintetizou a questão:

(...) os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.

No tocante ao caráter relativo da separação de poderes

² Curso de Direito Constitucional Positivo, 2008, p. 111.

em face de outros preceitos constitucionais, Dirley da Cunha Júnior³ é enfático:

Como princípio constitucional concreto, o princípio da separação de Poderes articula-se e concilia-se com outros princípios constitucionais positivos, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição, entre outros.

Portanto, *data venia*, defender uma discricionariedade administrativa insuscetível de controle judicial, como quer o Estado de Sergipe, é que configura a verdadeira ofensa à tripartição das funções do poder político.

Um Poder Executivo sujeito unicamente ao juízo do administrador compromete o equilíbrio republicano na medida em que nega ao Poder Judiciário a análise da atuação do ente federativo em face da Constituição Federal.

A respeito da vinculação do Poder Executivo aos direitos fundamentais, ensinam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco⁴:

A vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais torna nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. De outra parte, a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais. Em especial, os direitos fundamentais devem ser considerados na interpretação e aplicação, pelo administrador público, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados. (grifamos)

De fato, a discricionariedade administrativa, em que

³Controle Judicial das Omissões do Poder Público, 2008, p. 341.

⁴Curso de Direito Constitucional, 2008, p. 247.

pese seja mencionada pelos administradores sempre que pretendem atuar de acordo unicamente com sua própria consciência, só é possível diante da confiança da sociedade no agente público, que terá sempre por parâmetro o ordenamento jurídico e por fim o interesse público.

Tendo em vista que a contemplação do interesse público é a única alternativa válida para o administrador, o poder discricionário jamais poderá ser transformado em simples arbítrio, até porque está invariavelmente vinculado aos elementos competência, forma e finalidade do ato administrativo.

Ao tratar do controle judicial de atos a princípio entendidos enquanto discricionários, o ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ traz os seguintes ensinamentos, *in verbis*:

Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, in concreto, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada.

(...)

Com efeito, discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal.

Especificamente a respeito do desvio de finalidade, ou desvio de poder, o mestre leciona⁶:

No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de

⁵ Curso de Direito Administrativo, 2009, p. 953-954.

⁶ Curso de Direito Administrativo, 2009, p. 970.

No caso presente, houve inequívoco desvio de finalidade, uma vez que o Hospital Pediátrico Dr. José Machado de Souza já deveria estar funcionando há quase quatro anos para atender a uma demanda urgente da população sergipana, que sofre com a falta de serviços pediátricos seja no setor público ou no privado. Porém, como já afirmado acima, a análise pertinente à finalidade do ato de gestão deverá ser feita em atenção a questões fáticas, o que é vedado nesta Instância.

Entretanto, não é preciso observar as particularidades do caso concreto para se chegar à conclusão de que é inconstitucional qualquer ato que manipule prioridades quando o interesse de crianças e adolescentes está em pauta.

Sob esse prisma, é pertinente destacar trecho das razões recursais apresentadas pelo Estado de Sergipe, de fls. 946, em seu grifo original: *"Assim, dentro do seu poder discricionário e buscando o bem comum, a atual gestão elegeu como prioridade a reforma do Pronto-Socorro do HUSE"*

Chega-se, assim, ao cerne da questão. Diante do inequívoco comando constitucional contido no art. 227, a destinação dada a nosocômio especificamente construído para atender a crianças e adolescentes jamais poderia se sujeitar ao juízo discricionário do administrador.

Por essa razão é que a determinação de que a saúde de crianças e adolescentes seja tratada com absoluta prioridade, mormente diante da existência de estrutura específica para tanto, não se revela

capricho do Ministério Público ou ingerência do Poder Judiciário; em verdade, cuida-se do estrito cumprimento de dever constitucional.

Embora esta conclusão seja consequência lógica da superior eficácia normativa de que se revestem os direitos fundamentais, vale dizer que a separação de poderes (art. 2º) e a iniciativa formal para a propositura da lei orçamentária atribuída ao Poder Executivo (art. 165), não podem servir de óbice à concretização das normas que, no plano material, decorrem diretamente dos princípios informadores da República.

Não foi outro o entendimento desta Suprema Corte, quando do julgamento da ADPF nº 45, em acórdão da lavra do eminente Ministro Celso de Mello:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) - (ADPF 45, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, DJ 04/05/2004, p. 12, RTJ 200-01, p. 191).

Em decisões recentes o entendimento acima mencionado tem prevalecido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO

ADMINISTRATIVA.

1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88]. Precedentes.

2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 367432 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-04 PP-00750)

Em outra ocasião, especificamente em atenção ao direito de crianças, foi proferida decisão no mesmo sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impõe o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios -

que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (destacamos) - (RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290).

A questão analisada na decisão acima transcrita dizia respeito ao direito à educação, indiscutivelmente essencial ao desenvolvimento de crianças. Por sua vez, o caso dos autos refere-se ao direito de crianças e adolescentes à prestação de serviços de saúde, prerrogativa elementar que está diretamente relacionada à sobrevivência desses que, nos termos da Constituição de 1988, são prioridade absoluta.

Portanto, se o direito à educação está reconhecidamente acima dos entraves práticos alegados pela Administração Pública, não pode ser dado outro tratamento ao direito à saúde.

III - CONCLUSÃO

Ante as razões expendidas, o Ministério Público Estadual requer o conhecimento do Agravo de Instrumento, para que seja mantida a decisão que negou seguimento ao Recurso Extraordinário. Caso se entenda pelo conhecimento do RE e seja aplicado o § 4º do art. 28 da Lei 8.038/90, pugnamos pela manutenção do acórdão recorrido.

Aracaju, 28 de julho de 2010.

Celso Luis Dória Leó
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Agravo de Instrumento. Pedido que se cinge à redução da verba alimentícia, diferentemente do que foi deferido pelo Juízo do Primeiro Grau.

José Carlos de Oliveira Filho*

Agravo de Instrumento

Agravante: M. S. S. F.

Agravado: T. S. M.

Agravado: J. V. M. F.

Procedência: 4ª Vara de Assistência Judiciária

Agravo de Instrumento. Pedido que se cinge à redução da verba alimentícia, diferentemente do que foi deferido pelo Juízo do Primeiro Grau. Conquanto neste momento do feito o valor correspondente a três salários mínimos possa ser considerado elevado, sua diminuição para menos da metade disso, constitui perda desfavorável ao interesse do menor. As alegações preliminares do agravante só poderão ser efetivamente sopesadas, durante a instrução. Todavia, demonstra-se, neste momento, que ele pode pagar, pelo menos e agora, dois salários mínimos, ao invés do valor deferido pela medida liminar, em quinhentos reais, mais cem reais para metade do material escolar do menor. Também, à guisa de preliminar, mas sem adentrar no mérito, pode-se dizer que as despesas familiares do agravante não são tão esdrúxulas, a ponto de não poderem ser por ele suportadas, eis que sua atual esposa, também está empregada e ele próprio é sócio de uma empresa de Assim, opino pelo provimento parcial do agravo, mas para ser fixado o valor dos alimentos provisórios, em 02 (dois) salários mínimos.

M. S. S. F., devidamente identificado, através de advogado legalmente habilitado, interpôs Agravo de Instrumento

*Procurador de Justiça do Ministério Público de Sergipe

contra decisão que determinou pagamento de pensão alimentícia provisória, em percentual que disse ser excessivo, assim em processo onde litiga com J. V. M. F., menor representado pela genitora T. S. M., tendo aduzido as seguintes razões:

Postula, de início, pelo benefício da assistência judiciária gratuita, por se dizer pobre na forma da lei.

Que sua realidade financeira e ainda por se encontrar desempregado atualmente, sendo que sua atual “única fonte de renda e de sua esposa cinge-se aos parcos rendimentos obtidos da referida empresa, ou de alguns esporádicos ‘bicos’ que realizam como”, fls. 05.

Que sua renda diminuta tem de ser repartida com a atual família; que o casal reside “em um imóvel que pertence aos pais do Agravante”, fls. 06 e seu único bem, um veículo, tem contrato de alienação fiduciária junto ao

Enquanto isso, diz, “a genitora do agravado é, servidora pública municipal concursada... tem vínculo empregatício seguro consome apenas 20 horas semanais de sua força laborar, fato que nos leva a concluir que particularmente a mesma clínica, tendo, assim, outras fontes de renda não declaradas”, fls. 07.

Que “a genitora do agravado tem veículo automotor, modelo 2009, e “reside em imóvel próprio que, como é fácil presumir, até pelo endereço, tem um padrão muito mais elevado do que a residência do Agravante e como se não bastassem as atividades laborais da genitora do Agravado, é necessário destacar que a mesma é casada com o Sr., que tem um elevado estipêndio, pois exerce a função de”, fls. 08.

Que, apesar dos problemas de saúde alegados de que seria o menor portador, “realmente o menor é uma criança saudável”, fls. 09 e que “a solução dos problemas gastrointestinais seria a adoção de uma dieta rica em fibras, que possivelmente não é adotada na residência do menor, como se pode observar”, fls. 09/10.

Contraria o total apresentado como despesas do menor, fls. 011 e 012 e outras que destaca às fls. 013 e 014 e às fls. 16, salienta que “os percentuais pretendidos são extremamente altos frente ao padrão de vida do Agravante, que, apesar de exercer uma profissão, vive um momento de graves dificuldades financeiras, vivendo um rol de privações, tendo que manter sua família (esposa e três filhos) com os parcos rendimentos auferidos da empresa retro mencionada”.

Postulou pela reconsideração do valor da pensão provisória, fls. 18 e, ao final, requereu, fosse esse valor adstrito a uma soma nunca superior a quinhentos reais, “acrescido apenas de metade das despesas referentes ao material escolar do menor”.

No essencial, eis o pedido agravante.

Em despacho fundamentado de fls. 164/169, o ínclito Desembargador Relator deferiu parcialmente a tutela postulada, para dizer que o valor da pensão seria de quinhentos reais, acrescido de cem reais das despesas escolares do menor, num total mensal de seiscentos reais.

Em contrarrazões de fls. 171/186, disseram os agravados, que os primeiros fatos trazidos como recurso, de que a única fonte de receita para se manter à nova família é apenas dele agravante,

não são verdadeiros, e assim porque “sua esposa Sra., exerce o cargo de, e certamente obtém rendimentos mensais por esse exercício” fls. 174.

Que “o agravante, apesar da situação de penúria alegada, ainda conseguiu uma evolução patrimonial (entenda-se economia – saldo positivo) anual de R\$ 16.157,35 (dezesesseis mil cento e cinquenta e sete reais e trinta e cinco centavos), o que resulta em uma média mensal poupada de R\$ 1.346,45 (hum mil trezentos e quarenta e seis reais e quarenta e cinco centavos) e que “o agravante possui, sem necessidade de maiores esforços para comprovação, de uma renda mensal líquida de mais de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), isto se somarmos somente os gastos apresentados e a média mensal poupada”, fls. 175.

Que o patrimônio dito pela agravante como de propriedade da mãe do agravado, mostra a “distorção dos fatos” feita pelo recorrente, fls. 176.

Que a mãe do agravado tem um único emprego; que não é professora universitária; que o veículo dela foi um presente do seu atual esposo, assim como a casa onde residem foi adquirida pelo seu esposo, tudo dito às fl s. 176 e 177.

Mas pergunta qual a responsabilidade “do atual esposo da genitora do menor para o pagamento das despesas relativas ao agravado, pois é óbvio que a responsabilidade para o pagamento das despesas do menor é encargo dos seus pais (agravante e sua genitora) e não de terceiros”, fls. 177.

Que o agravado, embora seja uma criança saudável,

tem sim problemas de saúde, fls. 178 e “em relação ao tratamento psicoterápico, não é verdade que tenha sido acordada a permanência por somente 3 meses. E se o tratamento não é mais realizado (e isso foi afirmado expressamente na inicial), tal não se deve pelo encerramento do tratamento, mas justamente dada à incapacidade financeira da genitora do menor de arcar sozinha com esses gastos”, fls. 179.

Transcreve jurisprudência de Tribunais a respeito do pedido de redução de pensão alimentícia, assim às fls. 180 e diz em cada ponto levantado pelo agravante, das necessidades do menor nas áreas de atividade física, plano de saúde, curso de inglês, transporte escolar, gastos com moradia, nutricionista, psicólogo, dentista, alimentação e lazer, fls. 181/182, dizendo ser “evidente que a r. decisão do juízo a quo que determinou os alimentos provisórios em 03 (três) salários mínimos mensais – atuais R\$ 1.395,00 (hum mil trezentos e noventa e cinco reais) está totalmente de acordo com os fatos e documentos que acompanharam a inicial”, fls. 183.

Que “desde setembro/2009, coincidentemente após o ajuizamento dessa ação, o agravante não vem mais honrando com sua obrigação legal e não depositou mais um centavo sequer para contribuir com as despesas de seu filho, ora agravado”, fls. 183.

Diz que, da parte do agravante, há litigância de má-fé, fls. 184, requerendo sua condenação por tal fato e, por último, postula no sentido de modificação da decisão liminar favorável ao pedido de redução do valor da pensão alimentícia, para que tornem os alimentos provisórios em três salários mínimos.

Às fls. 198/199, consta ofício da Magistrada do Primeiro Grau no sentido de informar a manutenção de sua decisão primeira

sobre a matéria.

É o relatório.

Opino.

Li, atento, às razões apresentadas pelas partes litigantes, voltadas, ambas, para a demonstração de quanto cada qual pode dar contributivo de pensão alimentícia para o filho único deles, enquanto estiveram casados e, confesso, cheguei à conclusão que é preciso fazer um ajuste nas palavras e na intenção deles sobre a matéria.

Não consigo enxergar, por mais que venha me esforçando para tanto, como a alegação de que um novo casamento, principalmente do ex-marido, possa ser fator determinante para que esse pai deixe de prover os alimentos dos filhos desse tálamo, em proveito único daqueles nascidos do segundo tálamo conjugal.

Passa-me a nefasta idéia de que os filhos do chamado consórcio primitivo estejam sendo deserdados em função da prioridade que se lhes atribui o pai – que é o mesmo nos dois casamentos ou consórcios conjugais – embora as famílias sejam diferentes, em todos os aspectos.

E faço-me o mesmo questionamento: é justo? Penso que não por todas as razões que a lógica possa indicar nesses casos envolvendo interesses pessoais que se misturam a interesses familiares, onde os cônjuges de outrora se engalfinham no Judiciário, sob os olhares preocupados dos filhos, seus espectadores tristes de uma briga a que não gostariam de estar assistindo.

Entretanto, convenço-me: não sou palmatória do mundo nem juiz de nenhuma causa, a que não dei causa mas a lei me impõe o dever de dizer, em forma de parecer, o que entendo e o que posso sugerir ao juízo do Julgador, qual o melhor para partes distanciadas pela separação de corpos, de interesses e de preocupações maiores que não sejam apenas com o seu próprio bem-estar individual.

Neste caso, por exemplo, penso que a quantia de quinhentos reais acrescida de cem reais como despesa em metade dos gastos escolares com o primeiro rebento, com todas as vênias ao ínclito Relator, é diminuto, porque se colocou que a necessidade da genitora do agravado conta hoje com o suporte financeiro do seu atual esposo e com tal assertiva, também com todas as vênias, não posso, em sã consciência, concordar.

Como bem afirmado pelos agravados, o atual esposo da mãe do agravado é um terceiro nessa relação jurídica e sua obrigação com o menor é apenas de ordem material. Assim, o quanto possa ele propiciar à sua esposa é de caráter dela isoladamente que, claro, o repassará a seu filho, sem que isso signifi que que venha ele a ser incluído na lista de obrigação da pensão alimentícia do fi lho que ele não gerou.

A obrigação é dos pais, tenho assim afirmado em todas essas questões de família e não será neste caso que mudarei de opinião, porque a tenho firmada, precisa e assentada em princípios que elegi como verdadeiros.

Numa primeira visão dos fatos trazidos com as razões das partes litigantes, juntando-se a alegação desconstruída do quanto um afirma em relação ao outro, o meio-termo ideal deveria ficar, penso,

não nos três salários mínimos pedidos pelo agravado, nem também nos quinhentos reais ditos como único valor possível ao agravante.

Creio, pois, que o divisor de águas que atenderia ao interesse maior do menor, posto como marco de delimitação da quizila entre os pais, seria um percentual de dois salários mínimos, porque eleger-se o atual esposo da mãe do agravado como suporte financeiro da complementação que o legítimo pai não pode dar ao seu filho, passa a ser um despropósito.

A alegação de que o novo casamento, e os novos filhos do agravante, estão a impossibilitar o pagamento de três salários como pensão, pelas razões todas elencadas anteriormente, também não me servem como marco regulatório para essa questão.

Mesmo porque e tal consta do despacho fundamentado do digno Relator, às fls. 168, verbis:

“(…)

Lembre-se, por fim, que os valores fixados a título de alimentos podem ser modificados a qualquer momento, tanto para aumentá-los, quando demonstrada a real possibilidade do credor em custeá-los ou para diminuí-los em caso inverso” (grifei).

Dessa forma, patente a possibilidade de aumento ou diminuição do valor da pensão, após acurado exame das razões das partes no Primeiro Grau, nada mais evidente que se possa, agora, aumentá-los para 02 (dois) salários mínimos, juntando-se a necessidade do agravado e a potencial possibilidade do agravante, como demonstrado num primeiro exame, nestes autos.

Isto posto, opina o órgão do Ministério Público, no sentido de que se conheça do agravo, por ser tempestivo, para no mérito se lhe dar parcial provimento, aumentando-se o valor da pensão alimentícia provisória para 02 (dois) salários mínimos, eis que atendidos os pressupostos da necessidade de quem postula e da possibilidade de quem vai pagá-la.

É como penso.

Aracaju, 16 de novembro de 2009.

José Carlos de Oliveira Filho
Procurador de Justiça

N.R. Por se tratar de processo que tramita sob “segredo de justiça”, as linhas pontilhadas servem para manter esse mesmo sigilo, em relação aos nomes das partes ou qualquer outra coisa que possa identificá-los.

Apelação Cível – Danos a imagem – Utilização de caracteres fisionômicos de entes falecidos em produtos comerciais.

Maria Luiza Vieira Cruz*

APELAÇÃO CÍVEL Nº: 1771/2010

PROCEDÊNCIA: 8ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU/SE

APELANTE: LOMMEL EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS S/A

APELADA: EXPEDITA FERREIRA NUNES

RELATORA: DESA. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA

Apelação Cível – Danos a imagem – Utilização de caracteres fisionômicos de entes falecidos em produtos comerciais – Uso econômico da imagem – Reparação que se impõe - Extensão dos danos reportados -

Valor do quantum indenizatório – Litigância de má-fé – Inexistência – Sucumbência.

- Uma vez comprovado que a imagem dos genitores da apelada foi utilizada em produtos da apelante com fins comerciais, a indenização, por força do disposto no art. 20 do Código Civil, é medida que se faz necessária.

- Na hipótese em tela, restou demonstrada a situação que enseja a reparação pretendida.

- A quantia imputada a recorrente não se encontra em consonância com os critérios objetivos e subjetivos consagrados pela doutrina e jurisprudência predominantes, carecendo de reforma parcial o decisum singular.

- No in folio, as alegações da autora não autorizam a sua

*Procuradora de Justiça do Ministério Público de Sergipe

condenação em litigância de má-fé, visto que a etiqueta dos produtos sugeriria a existência de uma coleção com o nome dos seus genitores.

- Decaindo a autora de parte mínima da pretensão, não se aplica a sucumbência recíproca, prevista no art. 21 da Lei Adjetiva Civil.

-Parecer pelo provimento parcial do recurso.

LOMMEL EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS S/A

interpôs apelação cível, com o escopo de ver reformada a sentença de fls. 159 *usque ad* 165, proferida nos autos da demanda aforada por **EXPEDITA FERREIRA NUNES**.

Compulsando os autos, vê-se que foram atendidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos, inerentes à admissibilidade do recurso. Impõe-se, assim, o seu conhecimento.

A decisão que desafia o recurso em epígrafe foi vazada nos seguintes e precisos termos: *“Ex positis, ao lume da argumentação ut supra alinhavada, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos contidos na AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER c/c INDENIZAÇÃO com pedido de antecipação parcial da tutela inaudita altera pars contra a LOMMEL EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA, ratificando a tutela antecipadamente concedida, a fim de condenar a requerida ao pagamento de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) à autora a título de indenização pelo uso indevido do nome e da imagem dos falecidos genitores da autora, devidamente corrigidos pelo INPC a partir da prolação do decisum, com juros de mora de 1 (um por cento) a partir do evento danoso. [...]”*

Em seu arrazoadado, a recorrente defende a inexistência de danos, sob o argumento de que a imagem dos pais da apelada, os jengendários Lampião e Maria Bonita, não foi associada a qualquer publicidade de cunho comercial, mas somente ao folclore

nordestino, supostamente integrado pelos dois cangaceiros falecidos.

Aduz ainda que o anúncio aberto dos produtos com a alcunha do “Rei do Cangaço” e de “Maria Bonita” denominar-se-ia “Daslu Chic Chic”, e não “Campanha Lampião e Maria Bonita”, cuja referência aos genitores da recorrida deveria ser creditada a um movimento em torno da cultura e iconografia nordestina. Demais disso, os nomes e imagem de ambos seria de domínio público, integrando o folclore e os folguedos dessa região.

No tocante ao *quantum*, sustenta a desproporção do valor fixado pelo juízo *a quo*, pugnando pela sua minoração, caso não seja expungido por completo do *decisum*. Em sequência, postula a repartição equânime do ônus da sucumbência, para, ao final, pugnar pela condenação da autora por litigância de má-fé (fls. 174/188).

Instada a manifestar-se, a parte contrária deixou transcorrer *in albis* o prazo para contrarrazões (fl. 192).

É o necessário relatório. Passemos a externar o nosso posicionamento.

A QUESTÃO DE FUNDO

De logo, no mérito, urge efetuarmos as seguintes considerações:

A primeira delas cinge-se a existência de situação

que enseje, à luz da Lei Substantiva Civil, a reparação, objeto da presente lide.

Convém destacarmos que a imagem compõe o rol dos direitos da personalidade. Nesse passo, vaticina o art. 20, do Código Civil, *verbis*:

"Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais."

Como bem pontuou Sua Excelência, a juíza sentenciante, a imagem se classifica em imagem retrato e imagem atributo. A primeira delas, é a que efetivamente importa para a solução do presente caso concreto, até porque é a que traduz o aspecto patrimonial, pois implica nas características físicas do indivíduo, cor da cutis, do cabelo, dos olhos, estatura, feições, etc.

A sua utilização depende, como sobrevisto, de expressa autorização da pessoa, ou de seus sucessores, sob pena de ofensa a um direito personalíssimo, cuja reparação é medida que se impõe.

O Egrégio STJ, inclusive, já sumulou a questão, *verbo ad verbum*:

"SUMULA 403 DO STJ: INDEPENDE DE PROVA DO PREJUIZO A INDENIZAÇÃO PELA PUBLICAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE IMAGEM DE PESSOA COM FINS ECONOMICOS OU COMERCIAIS".

Corroborando o nosso pensar, firma-se ainda a jurisprudência:

"Civil. Recurso Especial. Ação indenizatória. Violação do direito de imagem. Uso indevido. Prova do dano. - Aquele que usa a imagem de terceiro sem autorização, com intuito de auferir lucros e depreciar a vítima, está sujeito à reparação, bastando ao autor provar tão-somente o fato gerador da violação do direito à sua imagem. - O uso indevido autoriza, por si só, a reparação em danos materiais, desde que abrangido no pedido deduzido pelo autor. - Se ao uso indevido da imagem soma-se o intuito de depreciar a vítima, deve a reparação abranger não apenas os danos materiais, mas também os morais. Recurso especial provido". (REsp 436.070/CE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2004, DJ 04/04/2005 p. 298)

"CIVIL PROCESSUAL. ÁLBUM DE FIGURINHAS (HERÓIS DO TRI) SOBRE A CAMPANHA DO BRASIL NAS COPAS DE 1958, 1962 E 1970. USO DE FOTOGRAFIA DE JOGADOR SEM AUTORIZAÇÃO DOS SUCESSORES. DIREITO DE IMAGEM VIOLAÇÃO. LEIN. 5.988, DE 14.12.1973, ART. 100. EXEGESE. LEGITIMIDADE ATIVA DA VIÚVA MEEIRA E HERDEIROS. CPC, ARTS. 12, V, E 991, I. CONTRARIEDADE INOCORRENTE. I. A viúva e os herdeiros do jogador falecido são parte legitimada ativamente para promoverem ação de indenização pelo uso indevido da imagem do de cujus, se não chegou a ser formalmente constituído espólio ante a inexistência de bens a inventariar. II. Constitui violação ao Direito de Imagem, que não se confunde com o de Arena, a publicação, carente de autorização dos sucessores do de cujus, de fotografia do jogador em álbum de figurinhas alusivo à campanha do tricampeonato mundial de futebol, devida, em consequência, a respectiva indenização, ainda que elogiosa a publicação. III. Recurso especial não conhecido". (REsp 113.963/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2005, DJ 10/10/2005 p. 369).

"(...) II - A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização.

III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. IV - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral" (REsp 267.529/SÁLVIO).

Ao nosso sentir, a simples utilização da imagem dos genitores da suplicante sem a precedente autorização e com fins comerciais, na forma do art. 20 do CC/02 acima transcrito, é medida suficiente para obrigar a ré a uma justa indenização.

Não é pelo fato do nome e imagem de "Lampião" e "Maria Bonita" integrarem a estória nordestina que poderiam ser utilizados para fins comerciais por uma sociedade empresária, sem a prévia autorização de seu(s) sucessor(es). A utilização, com propósitos econômicos, do nome e/ou imagem de uma pessoa, inclusive falecida, obriga àquele que fez uso a indenizar os interessados, sob pena de sufrágio ao enriquecimento ilícito.

Por conta disso, entendemos plausível a condenação imposta a apelante.

Assentado este ponto, convém que nos fixemos, doravante, ao efetivo delineamento da extensão dos danos morais reclamados. Ora. Diante da comprovação dos fatos ensejadores da reparação, cumpre tão-somente ao órgão judicante monocrático arbitrar, diante do caso concreto, a justa indenização decorrente do ilícito civil perpetrado.

Em casos que tais, não há falar-se em mensuração dos prejuízos, e sim em reparação equânime, levando-se em conta a situação sócio-econômica dos litigantes, as circunstâncias em que ocorreram os fatos narrados, bem assim as conseqüências do ato questionado.

Por outro viés, sedimentou-se que a dita reparação deverá resguardar desejável caráter sancionador.

Ressalte-se que a sentença atacada faz uma abordagem substancial sobre a matéria objeto do presente recurso, enfocando aspectos importantes relativos aos direitos da personalidade, definidos na Constituição Federal e no Código Civil.

Em sua bem posta decisão, pontua a magistrada os argumentos fáticos e jurídicos que firmaram a sua convicção, indigitando alguns aspectos abaixo transcritos (fl s. 162 e 163) *in litteris*:

"No cadastro geral da relação de produtos à venda pela ré, consta a camisa acima referida intitulada "Camiseta Lampião", numa explícita referência ao genitor da ré que, no mais das vezes, compõe juntamente com sua companheira, Maria Bonita, histórias, gravuras e esculturas, levando este juízo a crer que, de fato, que a imagem da cangaceira que aparece ao lado de Virgulino Ferreira na camisa intitulada "Camiseta Lampião", é, de fato, sua companheira Maria Bonita."

...

"Esclareça-se, por oportuno, que embora incutidos na cultura nordestina, sendo uma das mais importantes lembranças culturais e folclóricas do nordeste brasileiro, o casal de cangaceiros que fomenta diversas estórias e é a inspiração para muitos profissionais (artistas, estilistas, decoradores, escultores, pintores, cancioneiros, escritores e historiadores), não pode, por óbvio, cair na malha do senso comum sem que sejam respeitados os direitos de nome e imagem que assistem à autora."

Assim, o fato dos genitores da autora serem referência cultural nordestina, não pode servir de pretexto para a ré ou quem quer que seja auferir renda sem resguardar os direitos da demandante que, diga-se, até tentou compor amigavelmente o uso da imagem e do nome de seus pais, sem, contudo, obter êxito."

Neste contexto, bem observando os aludidos critérios, dotados que foram de forte dose de subjetividade, consideramos excessiva a quantia imputada a ré de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a título de indenização pelo uso indevido da imagem dos genitores da apelada.

Sobre a questão, posicionam-se a jurisprudência e doutrina especializadas:

"Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio - econômico dos autores, e , ainda ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso " (RESP 135202/SP, 03/08/98, 4ª Turma, STJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)

"O valor da indenização por danos morais deve ser fixado com a avaliação de elemento subjetivos do caso concreto, e graduado de acordo com a intensidade e a duração do sofrimento suportado pela vítima " (RT 748/385, Câm. Civ; TJRO, rel. Des. Eliseu Fernandes)

" Danos Morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas " (Carlos Alberto Bittar, In Reparação Civil por Danos Morais, In Revista do Advogado, pág. 44/24)

Desta forma, é razoável a minoração da quantia determinada no decisum singular.

No que pertine a litigância de má-fé, confessamos que não vislumbramos a verificação de quaisquer das hipóteses descritas nos incisos do art. 17 do CPC.

Convém, de pronto, transcrevermos o preceptivo em causa:

*“Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expreso de lei ou fato incontroverso;
II - alterar a verdade dos fatos;
III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
VI - provocar incidentes manifestamente infundados.
VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”*

A apelada, quando esteve a tratar da suposta “Coleção Lâmpião e Maria Bonita”, não o fez, segundo a nossa ótica, com o propósito de alterar a verdade dos fatos, até porque as etiquetas de fls. 20 e 22 sugerem a existência de uma “collection”.

Como sobrevisto, considera-se litigante de má-fé aquele que “alterar a verdade dos fatos”. Compulsando o *in folio*, notamos que inexistente a intenção autoral de subverter a verdade.

Destarte, não restou, no caso *sub judice*, caracterizada a hipótese descrita no art. 17, II, do CPC.

Por fim, e no tocante a distribuição do ônus da

sucumbência, não há como ampararmos a pretensão recursal. A distribuição equitativa dos honorários e despesas processuais pela suposta sucumbência recíproca, não nos parece razoável. O pedido principal da autora, após atenta leitura da peça morais. Tal objetivo, a largos haustos, foi acolhido pela juíza singular que julgou "PARCIALMENTE PROCEDENTE" os pleitos iniciais, condenando a requerida a indenizar a autora no valor de R\$ 80.000,00.

Para nós, o fato de não ser arbitrada indenização no valor requestado na exordial R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) não induz, tecnicamente, sucumbência recíproca. O *quantum*, consoante caudalosa jurisprudência, sequer precisaria ser especificado, pois o arbitramento é ato judicial.

Como já decidiu esse Sodalício, não configuraria, em casos deste jaez, a sucumbência recíproca, ante a dicção do art. 21 da Lei Adjetiva Civil.

A propósito, observe-se o seguinte aresto:

NºdoProcesso:2002205373

Relator:DES.JOSÉ ALVES NETO

Recurso:APELAÇÃO CÍVEL

Julgamento:01/09/2003 CONTRATO DE LEASING-
REVISIBILIDADE

-APLICAÇÃO DAS REGRAS CONTIDAS NO CÓDIGO DE
DEFESA

DO CONSUMIDOR (LEI 8.078/90) E LEI DE USURA (DEC.
22.626/33)

-JUROS - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - VEDAÇÃO - ÍNDICE
DE ATUALIZAÇÃO - TR - IMPREVISÃO CONTRATUAL -
IMPOSIÇÃO DO INPC - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.
INOCORRÊNCIA. I - A taxa de juros máxima permitida
pela legislação brasileira é de 12% ao ano, diante da

auto-aplicabilidade do art. 192, §3º, em decorrência de o art. 25, do ADCT ter revogado a Lei de Reforma Bancária, trazendo como consequência a aplicação do art. 1º e seu §3º, da Lei de Usura às instituições financeiras, ou ainda, pela aplicação do CDC, afastando a abusividade da taxa de juros fixada no contrato bancário; II - O anatocismo - capitalização dos juros - é prática vedada pela legislação pátria, incidência do enunciado na súmula 121 do STF; III - Não havendo previsão da Taxa Referencial (TR) aos contratos, impõe-se a aplicação do INPC e IV - Decaindo o autor de parte mínima do pedido não se aplica a sucumbência recíproca prevista no art. 21 do CPC. - Por unanimidade de votos pelo improvimento do apelo aparelhado pelo BMG Leasing S/A e, à unanimidade, pelo provimento do recurso interposto pelo Autor... "(sem os destaques no original)

Cumpre-nos ainda lembrar que o parágrafo único do art. 21 do Código de Ritos afasta a ideia de sucumbência recíproca quando o autor decair de parte mínima de seu pedido. Eis a norma edifi cada no preceptivo em causa:

"Art. 21. omissis ...

Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

Assim sendo, parece-nos irrecusável a manutenção da sentença, nesse aspecto.

A CONCLUSÃO

Ante o exposto, inclinamo-nos pelo *PROVIMENTO PARCIAL* do recurso em apreço, exclusivamente para que seja minorado, a critério dessa Egrégia Câmara, o quantum indenizatório.

É o parecer.

Aracaju, em 30 de julho de 2010.

Maria Luiza Vieira Cruz
Procuradora de Justiça

RAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO – DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – QUESITAÇÃO.

Alonso Gomes Campos Filho*

Razões de Recurso de Apelação

PROCESSO Nº 200521800332

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

RECORRIDO: A. S. F.

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

COLEND A CÂMARA CRIMINAL,

DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA,

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, com fulcro nos artigos 593, inciso III, alínea 'd', e 600, *caput*, ambos do Código de Processo Penal e demais preceitos legais aplicáveis à espécie, vem ofertar suas RAZÕES ao RECURSO DE APELAÇÃO interposto, face seu inconformismo com a equivocada decisão do Conselho de Sentença, que, em total desapego e confronto com o arcabouço probatório coligido aos autos e com o próprio pleito defensivo formulado na Sessão do Júri, ABSOLVEU, por 4 votos a 3 (?????????????), o acusado A. S. F. da

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe

imputação de grave delito contra a vida, tendo como vitimado J. F. D. S. aduzindo, para tanto, as razões fáticas e jurídicas a seguir alinhavadas.

I – UMA BREVE EXPOSIÇÃO FÁTICA.

Segundo restou sobejamente apurado, na noite da data de 20 de abril de 1999, nesta capital, o acusado A. S. F. aplicou diversos golpes de faca na vítima J.F.D.S, provocando-lhe diversas lesões, as quais foram a causa exclusiva de sua morte. Depois de ter praticado o delito e quando ambos se encontravam dentro do automóvel da vítima, o acusado jogou seu corpo na localidade conhecida por “Saquinho”, no Conjunto Augusto Franco, nesta cidade.

A princípio, não surgira qualquer motivo para que o acusado fizesse aquilo com a vítima. No entanto, no decorrer da instrução ficou esclarecido que ambos mantinham um relacionamento amoroso há bastante tempo e, por isso, a vítima passara a insistir com o acusado para que este deixasse a esposa (era casado e tinha um filho com E. dos S. - fls. 209) e fosse morar exclusivamente com ela (vítima). Em razão dessa insistência, e para ver-se livre da vítima, o acusado a matou.

A testemunha E. B. da S. (fls. 44 e 225) asseverou que bebeu algumas cervejas com os dois (acusado e vítima) poucos minutos antes do crime, em um trailer que ficava localizado em frente à casa da vítima. Porém, após consumirem a referida bebida alcoólica, a vítima lhe deu uma carona em seu automóvel, tendo sido deixado em sua residência, fato presenciado pelo vigia do seu condomínio (ver fls. 84 e 179), quando seguiram no referido veículo apenas o acusado e a

vítima. Foi, então, quando estavam sozinhos no automóvel da vítima, que o acusado praticou o delito em análise. Por conseguinte, a vítima foi tomada de surpresa, pois, naquelas circunstâncias, jamais esperou que o acusado praticasse o ato criminoso em tela.

O Ministério Público pugnou pelo reconhecimento da admissibilidade da pretensão punitiva estatal, tendo o Juízo de Primeiro Grau PRONUNCIADO o recorrido nas reprimendas gizadas no artigo 121, parágrafo 2º, incisos II e IV, do Código Repressivo, como testifica a Sentença de Pronúncia inserta às fls. 301/3.

O apelado se insurgiu contra a decisão, porém o Tribunal de Justiça, à unanimidade, manteve-a em todos os seus termos, pois entendeu que restara provada a materialidade e que havia indícios suficientes de autoria (ver fls. 359/67), cuja ementa e alguns fragmentos do respectivo Acórdão seguem abaixo (sem destaques no original):

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO-MATERIALIDADE COMPROVADA-INDÍCIOS DE AUTORIA-SUFICIÊNCIA-JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE-SENTENÇA DE PRONÚNCIA. QUALIFICADORAS-SUBSISTÊNCIA-MANUTENÇÃO. Restando provada a materialidade e havendo indícios suficientes da autoria, impõe-se a pronúncia como resultante do juízo de admissibilidade. Qualificadoras do delito subsistentes. Pronúncia mantida e recurso improvido. Decisão unânime...

No exame do mérito, está evidente nos autos a prova da materialidade do crime de homicídio contra a vítima e também

deveras incontroversa está a autoria do pronunciado, pois “a vítima fora vista no final da noite saindo em seu veículo com o acusado e a testemunha E., após terem ficado algum tempo na lanchonete do condomínio. Aparentemente estavam bem. Na manhã seguinte o corpo dela fora encontrado em local ermo com várias lesões provocadas por faca e seu veículo abandonado mais adiante semi-destruído”. As contraditórias versões apresentadas pelo acusado na Polícia no intuito de eximir-se da culpa, foram perdendo força na medida que se procedia as investigações e traduzem visivelmente o seu empenho na imputação do crime à testemunha E.. Contudo, A. era velho conhecido da vítima com quem mantinha relacionamento íntimo e fora o último a deixá-la”, de sorte que se acham presentes os requisitos para a pronúncia do réu, cujas razões do recurso não vêm a elidir o que ressaí do contexto probatório constante dos autos.

O recorrente matou a vítima de forma cruel e impiedosa, com quem mantinha um relacionamento amoroso e, que resolveu no dia do crime, propor que ele (recorrente) “abandonasse a família para ficarem juntos”, (...)

Com relação à qualificadora da “surpresa”, ou do homicídio praticado “à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido” também entendo que deve ser mantida para ser submetida ao Júri, porque está evidente que houve a SURPRESA da vítima que

jamais esperava tal atitude do acusado, foi realmente insidiosa e inesperada para a vítima, e que realmente impossibilitou sua defesa.

Isto posto, voto pelo conhecimento do Recurso em Sentido Estrito para lhe negar provimento, confirmando, assim a sentença monocrática em todos os seus termos.

Portanto, verificou-se que o Tribunal, mesmo em sede de Recurso em Sentido Estrito, apontou, sem nenhuma dúvida, o apelado como autor do delito.

Por fim, submetido a julgamento pelo emérito Tribunal do Júri, não obstante todo o lastro probatório apontado, o correlato Conselho de Sentença, muito provavelmente por equívoco no momento da votação (notadamente no que concerne à ilógica pergunta que a legislação impõe como obrigatória – *“o jurado absolve o acusado?”*) e se afastando por completo da realidade fática comprovada nos autos, absolveu o acusado da imputação referida, como revela a Sentença Absolutória de fls 520.

II – DA COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVAS.

A materialidade do delito contra a pessoa do vitimado comprova-se pelo Laudo de Exame Cadavérico de fls. 123/6.

Quanto à autoria, a mesma restou comprovada pelo que consta das informações obtidas junto aos UNIFORMES e RETÍLINES

depoimentos e declarações prestados tanto na fase inquisitorial, como em Juízo. Inclusive, a própria CONFISSÃO do apelado, por diversas vezes, algumas na presença de seus advogados, prova o alegado. Vejam fragmentos de algumas delas (sem destaques no original):

"(....) No dia do crime estavam E. e A., no apartamento de F., em seguida saíram para dar uma carona ao E.; F. dirigia o carro, A. ia no banco do passageiro e E. estava no banco de trás; perto do terminal da Atalaia a vítima pediu a E. que dirigisse pois queria conversar com A. no banco de trás e foi o que ocorreu. Durante o percurso a vítima perguntou ao interrogado se ele aceitara a proposta de deixar a mulher e os filhos para ficarem juntos, pois a vítima gostava do interrogado. Respondeu à vítima que o que havia entre o interrogado e a vítima não dava mais certo e que só queria sua amizade, a vítima continuou insistindo e perguntando, a vítima começou a se alterar, falava alto que o interrogado devia deixar sua mulher, pois gostava do interrogado, em seguida a vítima lhe deu um empurrão. No meio da discussão E. disse ao Interrogado que não tinha cabimento deixar seus filhos para ficar com a vítima, esta disse que E. ficasse calado que o problema não era com ele, a vítima respondeu falando mais alto e deu um tapa em E., este foi reagir, mas o interrogado apartou a briga e pediu para que E. seguisse dirigindo, pois poderia resolver o problema, que não se metesse. Próximo a COHAB estava mexendo na maleta de E., que é eletricista, notou que dentro da maleta havia uma faca e não deu importância ao objeto. Próximo ao local onde abandonaram o corpo da vítima, o interrogado abriu a maleta e pegou a faca, a vítima ao ver o interrogado com a faca em punho, a vítima agarrou em seus punhos, ao livrar-se o Interrogado desferiu a primeira facada a vítima gritou: A. e pediu por socorro e o E. se assustou ao ouvir o grito e bateu o carro num poste. Disse a E. que prestasse atenção no que estava fazendo você bateu o carro, nesse momento E. deu a ré e acertou o carro na pista nesse instante o interrogado o esfaqueou novamente, em frente aos condomínios E. parou o carro e desceu abriu a porta de trás e no momento que retirava a vítima do carro o Interrogado desferiu outra facada na vítima. E. retirou a vítima do carro e disse ao Interrogado que a vítima ainda estava viva, no chão, então E. disse o que é que a gente vai fazer pois vítima estava viva, o

interrogado disse "E. olha a merda que eu fiz". E. disse para o interrogado vá dirigindo que você dirige melhor do que eu, no momento que o interrogado sentou no banco do motorista E. deu duas facadas em F., a vítima. Depois disso saíram do carro". (Confissão prestada na Delegacia de Polícia – ver fls. 66/7)

"Que com relação ao depoimento prestado anteriormente nesta Especializada onde o interrogado declarou que o Sr. E. B. D. S., havia também deferido duas facadas na vítima, este gostaria de esclarecer o seguinte: Que na verdade E. não chegou a desferir as facadas na vítima, que este todo tempo permaneceu dirigindo o carro e somente assistiu quando o interrogado furava a vítima no carro.....". (Interrogatório Complementar prestado na Delegacia de Polícia – ver fls. 69)

"(...) Que o interrogado, E. e a vítima desceram do apartamento, chegaram no trailer em frente ao apartamento da vítima sentaram e pediram uma cerveja, Que beberam três cervejas; Que a vítima foi até a garagem pegou o seu veículo de marca FIESTA, cor azul, abriu a porta o interrogado e seu amigo E. adentraram, isso por volta 23:00 horas, e seguiram; (...) Que a vítima começou a acariciar o interrogado dizendo que não fosse para casa e que voltasse para o apartamento no Estrela do Mar; Que a vítima começou a ficar agressiva, cobrando porque dava as coisas ao interrogado e quando precisava de alguma coisa do mesmo não era correspondido; Que a vítima a todo minuto ficava mais agressivo a ponto de falar alto, xingar e empurrar o interrogado, isso no interior do veículo no banco traseiro; Que quando interrogado percebeu que aquelas agressões eram pra valer, começou a gritar e revidar as agressões; Que o interrogado empurrou a vítima essa lhe deu um murro e começou as vias de fato; Que tinha uma maleta de ferramentas do seu amigo E. no interior do veículo, o interrogado abriu e pegou uma faca e começou a esfaquear a vítima, (...) Que o interrogado deu quatro facadas na vítima; isso no interior do veículo e no banco traseiro. PERGUNTADO – Qual foi a reação de E. quando viu o interrogado assassinando a vítima F. com golpe de faca peixeira, RESPONDEU – Que o E. olhou para trás e apenas perguntou "o que está fazendo aí" porque a vítima tinha gritado o seu nome dizendo A. e este respondeu nada, porque este já tinha dado as facadas e a vítima estava. (...) PERGUNTADO – Que tipo de ameaça

a vítima tinha feito ao interrogado. RESPONDEU – Que a ameaça de lhe passar vergonha, dizendo que o mesmo vivia às custas da vítima, pois dava roupa e dinheiro (...).” (Confissão prestada na Delegacia de Polícia – ver fls. 73/6).

“Que FOI CONTRATADO para matar o F., o interrogado estava almoçando na Rua 24 Horas sentado, num dia de semana, ao meio-dia, nisso foi abordado por um sujeito de nome N., pois ele já havia sido apresentado a este pela vítima já havia se encontrado com N. umas três vezes, não o conhece e sabe por ouvir dizer que mora no ponto novo. (...) Após a autoridade policial alertar ao interrogado que iria verificar no banco BRADESCO se existia o referido depósito de R\$ 1.000,00 e alertar ainda da possibilidade de N., em sendo funcionário da Petrobrás, poder estar trabalhando na cidade de Carmópolis e assim sendo ser impossível ele estar na rua 24 HORAS no meio da semana durante o horário do almoço em virtude da distância que separa Aracaju de Carmópolis. O interrogado, então, na presença dos seus advogados Dr. J. P. V. OAB nº e do Dr. R. C. A. M. OAB nº Sergipe levou as mãos à cabeça e numa atitude de aparente desespero disse: “eu estou mentindo! ninguém me contratou para matar! chega de mentir! vou falar a verdade”. Retornamos, então, ao depoimento do interrogado que disse que: ninguém o contratou para assassinar o advogado J. F. e que cometeu o crime sob o efeito de entorpecente especificamente maconha que adquiriu de uns amigos no bairro América; que logo após ter fumado a maconha encontrou-se com seu amigo E. no bar do “Caldinho” no Conjunto Augusto Franco onde resolveu juntamente com E. ir até a casa da vítima, sob o pretexto de tomar umas cervejas e manter relações sexuais com a vítima; que após realizar vários telefonemas do telefone celular de E. para a vítima sem que conseguisse manter contato resolveram então sair caminhando e pagaram um ônibus até o apartamento da vítima, que ao chegar ao orelhão localizado ao lado do G. Barbosa do conjunto Augusto Franco; que após chegarem a casa de vítima o interrogado e E. demoraram pouco tempo, tomaram algumas cervejas num trailer em frente ao apartamento vítima e a vítima comprometeu-se a levá-los em casa em seu veículo; que a Vítima dirigia o seu veículo o interrogado estava sentado no banco do lado e E. estava no banco de trás; que solicitou vítima para parar o carro próximo ao conjunto Augusto Franco

e o E. então puxou uma faca e colocou no pescoço da vítima e o interrogado arrastou a vítima para o banco de trás e neste momento a carteira porta cédulas da vítima, caiu no chão, daí em diante enquanto o interrogado dominava a vítima no banco de trás do veículo, E. passou para o banco do motorista e saiu dirigindo em direção ao povoado “saquinho” e durante o percurso a vítima gritava e se debatia obrigando o interrogado a tentar tapar-lhe a boca; Que ao tentar tapar a boca da vítima este mordeu a mão do interrogado na altura do polegar da mão direita e para obrigar que a vítima largasse o seu dedo o interrogado mordeu a vítima na face; Que durante o trajeto passaram por um condomínio próximo ao povoado saquinho entraram pelo povoado pegaram a Rua Antonio Barbosa de Araújo e ao perceber que a Rua não tem saída tentaram retornar e nesse instante colidiram o veículo da vítima num poste, e ao fazerem a manobra colidiram também na traseira do veículo no muro de uma residência e retornaram pela mesma rua que é a rua do condomínio; que é ao lado do condomínio (denominado bandeirantes) pararam o veículo e iniciaram a execução, tendo E. desferido uma facada no pescoço da vítima com a faca grande, e outra na altura do peito e o interrogado de posse da faca pequena desferiu outras facadas na vítima; (...) A autoridade policial então na presença dos advogados do interrogado afirmou que o pedaço da faca utilizado no homicídio e constante nos autos foi encontrado próximo ao local da colisão do veículo, ou seja, antes do condomínio bandeirantes e fora da rota de fuga dita pelo interrogado. O interrogado então diante da argumentação da autoridade policial resolveu dizer que falaria a verdade e a verdade é a seguinte: Que realmente o E. ficou em casa, ou seja, próximo ao condomínio onde mora e o interrogado retornou com a vítima para o apartamento deste e ao chegar no trailer em frente ao apartamento da vítima encontrou um rapaz que não sabe o nome, possivelmente se chama A. e não sabe onde mora esse A.; Que a vítima inclusive disse ao interrogado “A.! Este aqui e o seu xará”; Que a partir daí dirigiram-se – o interrogado, a vítima e A. (xará) para um local ermo próximo ao conjunto Augusto Franco, local onde foi encontrada a carteira porta cédula da vítima e daí para a rua na lateral do condomínio Bandeirantes na entrada do povoado saquinho, local onde o interrogado e seu xará assassinaram a vítima; Que na presença de seus advogados que abaixo subscrevem o interrogado A.

S. F. declara que esta é, finalmente, a verdade". (Confissão prestada na Delegacia de Polícia, na presença de seus dois advogados – ver fls. 90/4)

" (...) Que confessou o crime na polícia porque estava nervoso; Que o depoente teve um relacionamento íntimo com a vítima nos primeiros anos que se conheceram, mas depois acabou; (...) Que F. lhe dava pequenas quantias porque às vezes o depoente pedía para colocar combustível no carro; (...) Que no dia do crime encontrou-se com F. entre 20 e 21:00 horas; Que E. chegou em companhia do depoente; Que era a segunda vez que E. via F. e todas as duas vezes o depoente estava presente; Que E. nunca teve nada com a vítima; Que quando acontecia os encontros de intimidade entre o depoente e Fernando, somente os dois estavam, Que naquela noite deixou E. na frente de sua casa, no Augusto Franco; Que quem cometeu o homicídio foi E., na presença do depoente; (...) a vítima se ofereceu para levá-los; Que a vítima foi dirigindo o seu veículo; E. no banco de trás e o depoente no banco da frente com a vítima; Que E. não dirigiu o veículo da vítima; Que dentro do carro a vítima começou a acariciar o depoente e lhe chamou para voltar para a apartamento; que o depoente não aceitou em levar E. e voltar porque sua mulher tinha tido criança recente e não poderia dormir fora de casa; que é verdade que a vítima ficou agressiva com o depoente porque não aceitou ficar; (...) Que com E. os dois se dirigiram para a Atalaia; que lá foi deixado o veículo, os dois tomaram banho e E. é quem estava sujo de sangue; (...) que seu depoimento de fls. 89 é tudo mentira; que é verdade que o depoente tem conta no Banco Bradesco agência centro; que é verdade que o depoente só desmentiu a confissão feita ao delegado, depois daquela autoridade ter ameaçado ir verificar no banco Bradesco se havia o depósito de R\$ 1000,00 e a história de Carmópolis; que nesse dia do depoimento estava presentes seus advogados, Dr. J. P. e Dr. R.; que os advogados ficaram até o final do depoimento; (...) Que não foi forçado a dar este depoimento ao delegado, embora estivesse preso, e na presença de seus advogados, que confessou o crime na presença de seus advogados porque quer que tudo acabe logo; que já que E. não quer falar, assume sozinho; (...) Que tem advogado nas pessoas de Dr. R. e Dr. J. P., (...)” (fls. 151/5).

Não obstante o apelado ter apresentado algumas

versões para o fato delituoso, verifica-se que, em todas, ele está presente, figurando como seu principal ator. Foi como este Promotor de Justiça falou para os jurados, no dia do julgamento: “escolham qualquer uma das opções indicadas pelo acusado e o condenem, pois em qualquer uma das versões apresentadas, ele é protagonista”.

Aliás, a própria autoridade policial que conduziu as investigações disse, em seu relatório, às fls. 139, que

“o indiciado, em total atitude de desespero, atribui a conduta criminosa ora a N., amigo da vítima, ora a seu amigo E. e em seu último interrogatório admite que E. não teve participação no homicídio, além de que o Sr. P. D. S., vigia do Condomínio Estrela do Mar, testemunhou que às 24:00 hs do dia 20/04/99 encontrou E. nas dependências de seu condomínio, em consonância com a versão de E. e no horário em que aconteceu o delito” (fls. 81 e 82).

A referida autoridade policial, em seu depoimento de fls. 228/30, mais precisamente às fls. 229, informa “que o depoente abandonou as investigações do possível envolvimento de E., porque este foi muito seguro em seus depoimentos”.

O próprio Desembargador-Relator do Recurso em Sentido Estrito interposto pelo acusado, diz, às fls 363, que “As contraditórias versões apresentadas pelo acusado na Polícia no intuito de eximir-se da culpa foram perdendo força na medida em que se procedia as investigações e traduzem visivelmente o seu empenho na imputação do crime à testemunha E.”

Outrossim, no dia do julgamento, em uma atitude que beirava à arrogância (desculpem-me sua ausência), o jurado J. J. S. M., interrompeu as falas das acusação e defesa por diversas vezes e por longo tempo, em cujas investidas sempre deixava patente que

não condenaria o acusado, pois E. e N. não estavam ali também. Após algumas investidas do jurado J. J. (quase sempre arrefecidas pela magistrada), uma outra jurada se sentiu incentivada e chegou a indagar qual era a profissão de E., numa sugestão de que, entendendo, ele não estava ali porque era poderoso. Não resta a menor dúvida de que as observações desses jurados, principalmente as de J. J., influenciaram os demais e foi determinante no momento da votação.

Inclusive, tudo isso foi observado pelo Professor de Sociologia da Universidade Federal de Sergipe, M. D., que assistiu ao julgamento do início ao final. Este mestre, ainda na data do julgamento (dia 05), ao encaminhar *e-mails* para outras pessoas, inclusive para este Promotor de Justiça, asseverou que “....no meio de seis mulheres, o único senhor do júri foi capaz de criar dúvidas que terminaram na absolvição do acusado....” (ver no documento juntado a estas Razões de Apelação).

Afinal, que motivo tinha E. para querer matar a vítima? Praticamente nem a conhecia (era a segunda vez que a avistava)! Por outro lado, quantos motivos tinham o acusado?

Embora este Promotor de Justiça tivesse tido a pretensão de registrar todas as interrupções do jurado J. J. em ATA, para posterior argumentação de nulidade, desistiu de fazê-lo, pois acreditava piamente na condenação do acusado, em face das diversas provas apresentadas àqueles julgadores e da própria falta de embasamento nas argumentações apresentadas pela Defesa. Não obstante a participação em mais de duzentos julgamentos do Tribunal do Júri, isso serviu para ratificar o que sempre digo: “cada júri é uma história”. Ou seja: deveria ter registrado em ATA.

Como disse aos jurados, e torna a repetir aqui, mesmo

na versão que apresentou com a intenção de eximir-se do crime, o apelado se denuncia, pois a informação que prestou às fls. 92, quando disse que “o interrogado mordeu a vítima na face”, é confirmada pelo Delegado de Polícia (fls. 228) e pela testemunha R. S. (fls. 101). Isso, na verdade, é o “xeque-mate” da responsabilização do acusado (se é que esta expressão pode ser usada aqui).

Depreende-se, então, a EXATA VERSÃO DOS FATOS. O Apelado tirou a vida de uma pessoa humilde, que conseguiu, com muito esforço, concluir o curso de Direito na Universidade Federal de Sergipe e, posteriormente, ser contemplado com sua aprovação em concurso para exercer o cargo de Auditor de Tributos neste estado, com cujos rendimentos conseguia ajudar a toda a sua família.

Portanto, devidamente comprovados os elementos consubstanciadores do crime contra a pessoa, não se atestando apenas o elemento subjetivo do *animus necandi*, mas também evidenciadas as qualificadoras.

III – DA INVEROSSÍMIL ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE AUTORIA.

Não obstante todo o acervo probatório, a Honrada Patrona do Recorrido, apenas em atenção ao exercício de seu mister funcional, sugeriu a insustentável alegação da Negativa de Autoria, arrimando-se, única e exclusivamente, nas parciais e contraditórias declarações fornecidas pelo próprio acusado, conforme apontado acima.

Sobreleva destacar que as declarações suscitadas,

fornecidas pelo próprio acusado, além de destoarem completamente dos demais testemunhos lançados aos autos e da robusta prova material antecitada, também se chocam entre si, notadamente em pontos singelos, situação que evidencia claramente não só a desvalia jurídica dessas oitivas inquinadas de parcialidade, como também a extremada ilogicidade de seus conteúdos.

Com isso, Eméritos Julgadores, como se pode conferir a mínima plausibilidade e credibilidade às informações prestadas em alguns dos interrogatórios do acusado, genuinamente autofágicos? Como dar guarida às essas múltiplas versões, que não guardam qualquer lógica e conexidade entre pontos elementares e secundários do fato criminoso?

Salutar apresentar o posicionamento doutrinário acerca da matéria, explicitando a didática lição do mestre Julio Fabbrini Mirabete¹. *In verbis*:

"(...) Isso não significa, evidentemente, que a simples versão dada pelo acusado impeça que se dê provimento ao apelo da acusação. Não encontrando ela apoio na prova mais qualificada dos autos é de se prover o recurso para submeter o réu a novo Júri. A opção do Conselho de Sentença não se sustenta quando exercida indiscriminadamente, sem disciplina intelectual, em frontal incompatibilidade da decisão com a prova material inequívoca. Apelação por esse motivo é admissível ainda que flagrante injustiça verse sobre matéria secundária, como ocorre com as qualificadoras e causas de aumento ou diminuição da pena especiais. (...)".

Da mesma forma pontifica a

Jurisprudência:

¹
1997, p. 751.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 5ª edição. São Paulo: Atlas,

“A palavra do acusado constitui ‘versão de prova’, e, quando contrariada pelo conjunto probatório não pode servir de base para sua absolvição. Se os jurados a acolhem, em tais circunstâncias, decidem contra a evidência dos autos.” (TJRS – RJTJRS 78/163).

“Não encontrando a versão do réu apoio na prova mais qualificada dos autos, é de se prover o recurso para submetê-lo a novo júri.” (TJPR – RT 548/384).

“APELAÇÃO CRIMINAL. É manifestamente contrária a prova dos autos, decisão do Conselho de Sentença que acolhe equivocadamente uma das teses defendidas pelas partes em Sessão de Julgamento do Tribunal do Júri, não condizente com as provas carreadas aos autos. Sentença reformada para submeter os acusados a novo julgamento. Recurso conhecido e provido. Decisão unânime.” (TJSE – Proc. nº 2001302159, Ap. Crim. nº 0088/2001, Ac. nº 833/2004, Rel. Des. José Barreto Prado)

No caso em apreço, como minuciosamente visto, foi ferido o *‘mérito da causa’*, uma vez que a decisão dos Jurados foi arbitrária e se dissociou totalmente das provas dos autos, não encontrando amparo em um único elemento sequer que indique que o Apelado deva ser absolvido. A decisão foi absurda, escandalosa e totalmente divorciada do conjunto probatório.

Portanto, em virtude da vergastada decisão ter sido adotada de forma indiscriminada, sem nenhuma intelectualidade e totalmente incompatível com a prova material e oral inequívoca, mister a sua reforma pelo Juízo *‘ad quem’*, nos termos antevistos.

Agora, Senhores Desembargadores, passo a demonstrar que a decisão dos jurados, além de ter sido arbitrária, foi tomada com equívoco na interpretação do questionário apresentado.

Como se verifica através do TERMO DE DEFESA de fls. 512 e da própria ATA DA SESSÃO de fl s. 516/8, a única tese da Defesa foi NEGATIVA DE AUTORIA. Vejam bem: A ÚNICA TESE DA DEFESA FOI NEGATIVA DE AUTORIA.

Pois bem.

Ao responderem ao segundo quesito do questionário, qual seja, “Naquele dia e local, o réu A. S. F. efetuou golpes de faca na vítima?” - ver fls. 513/5, os jurados, por 4 votos a 3, responderam que SIM. Porém, ao responderem à terceira pergunta, ou seja, se “o jurado absolve o acusado”, responderam, por 4 votos a 3, que SIM. NÃO É ESTRANHO?

E foi o que mais os alertei em plenário: “cuidado com essa pergunta, ela é sugestiva de um SIM, etc”. Não teve jeito. Equivocaram-se. É claro que sim.

Ora, essa pergunta não é indicada para a tese de NEGATIVA DE AUTORIA, pois a tese de negativa de autoria já é absorvida pelo segundo quesito (“Naquele dia e local, o réu A. S. F. efetuou golpes de faca na vítima?”).

A terceira pergunta, como é dito pela unânime doutrina (ver matéria ora acostada, da lavra de um Juiz de Direito do estado do Paraná, onde, inclusive, aponta para os perigos da nova pergunta: “o jurado absolve o acusado?”), serve e é aplicada para as teses defensivas de causas de exclusão de ilicitude e/ou de isenção de pena, inclusive as supralegais (legítima defesa, exercício regular de direito, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade, inexigibilidade de conduta diversa, etc), além de “outras esdrúxulas teses” que se ouve

muito em plenário (“que as penitenciárias não ressocializam, que os políticos não são presos, etc”). Essa pergunta, repito, abrange qualquer outra tese da Defesa. Dizem alguns doutrinadores que foi para evitar, por exemplo, o anterior e extenso questionário acerca da legítima defesa.

Ora, a Defesa apresentou uma única tese: NEGATIVA DE AUTORIA. E os jurados já não a aceitaram quando responderam SIM à segunda pergunta. Pra que essa obrigatória terceira pergunta? “Eita perguntazinha capciosa!!!! A propósito, vejam o que diz o Juiz de Direito, no artigo que aduno, a respeito dela (fala na possibilidade da FALSA MAIORIA, em sua INCONSTITUCIONALIDADE, etc). O que sei é que ela é muito perigosa!!!!

A prova maior do equívoco foi que, após a contagem desse voto, a magistrada afirmou: “você absolveram o acusado”. No que os jurados, abismados, exclamaram, no modo sergipano de demonstrar estupefação: “oxeeeeente!!!!!!”. Eles não queriam aquele resultado. Eles sabiam que era injusto. Desculpem tamanha espontaneidade mas, mesmo sem nenhum registro destes fatos ocorridos na sala secreta, asseguro a Vossas Excelências que é a mais pura verdade.

A admiração pelo resultado não foi apenas dos jurados, pois alguns estudantes de Direito presentes mostraram mais do que isso. Demonstraram indignação. A ponto de um deles encaminhar *e-mail* a este Promotor de Justiça. Além desta mensagem, este representante do Ministério Público recebeu diversas outras, de entidades que acompanharam o julgamento, em face de sua importância, inclusive com a presença, em plenário, de um professor de Sociologia da Universidade Federal de Sergipe, de nome M. D.. Assim, nos termos do artigo 231, do Código de Processo Penal, junta

(devidamente autorizado) algumas das mensagens recebidas, para que fique demonstrada a indignação de diversas entidades locais e de outros estados, com o resultado do julgamento.

IV – DO PEDIDO.

Diante do exposto, forçoso o CONHECIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO para, depois, CONCEDER PROVIMENTO, pelas razões sobejamente descritas, que seja anulada a multicitada decisão do Conselho de Sentença, submetendo-se o acusado a novo julgamento pelo 2º Tribunal do Júri da Comarca de Aracaju/SE.

Aracaju (SE), 19 de março de 2009.

Alonso Gomes Campos Filho
PROMOTOR DE JUSTIÇA



III DISCURSOS

1.DISCURSO DE POSSE NO CARGO DE PROCURADOR DE JUSTIÇA
Carlos Augusto Alcântara Machado

2.DISCURSO DE SAUDAÇÃO A CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO
Maria Conceição de Figueiredo Rolemberg

3.DISCURSO DE SAUDAÇÃO A GENI SILVEIRA SCHUSTER
José Carlos de Oliveira Filho



DISCURSO DE POSSE NO CARGO DE PROCURADOR DE JUSTIÇA

CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO*

1990. Abertura de concurso público de provas e títulos para provimento de doze cargos de Promotor de Justiça de 1ª entrância. Inscrição nº 532. Aproximadamente seiscentos concorrentes. Banca Examinadora integrada pelos eminentes Procuradores de Justiça Manoel Pascoal Nabuco D'Ávila, então Procurador-Geral e presidente da Comissão, Eduardo de Cabral Menezes e Darcilo Melo Costa (todos hoje gozando merecido repouso profissional em razão de precoce afastamento compulsório); o saudoso José Gomes de Andrade (que partiu prematuramente para a eternidade), além do advogado, representando a OAB, Jeferson Fonseca de Moraes.

28 de janeiro de 1991: resultado do concurso público divulgado. 27 aprovados. Destes, doze imediatamente nomeados. Foi um deles, juntamente com os valorosos e doutos colegas Drs. Luís Cláudio Almeida, Odil Oliveira, Adélia Pessoa, Verônica Lazar, Ricardo Sobral, Eduardo D'Ávila, Aldo Aragão, Arnaldo Sobral, Elias Pinho, Gilton Feitosa e Vicente Leão. Dos doze, dez mantêm-se no exercício das funções; dois, se aposentaram.

04 de março de 1991: expedição do ato de nomeação como Promotor de Justiça de Nossa Senhora das Dores.

*Procurador de Justiça do Ministério Público de Sergipe

12 de março de 1991: entro em exercício na atividade ministerial.

A minha história na instituição foi desta forma iniciada e este prédio – Edifício Walter Franco –, pouco a pouco, se transformou, de fato, na segunda casa física. Creio que passei mais tempo aqui do que na minha residência atual.

Senhora Procuradora-Geral, Senhor Governador, Senhores Ministros, Senhoras e Senhores,

Com Machado de Assis, registro que os sucessos deste mundo ficam-nos, de fato, perpetuados na memória.

E como recordar é viver, peço *venia* aos presentes para vivermos juntos momentos de reminiscências.

Não pretendo realizar um discurso erudito, literário ou mesmo de conteúdo eminentemente jurídico. Perdoem-me se frustrarei expectativas. Desejo falar com o coração e deixar que a emoção seja o toque da alocução que, dentro do possível, será breve. Como tem registrado o Min. Carlos Britto, com a verve poética que caracteriza a sua maneira de se expressar e na condição de exímio trocadilhista, também reconheço que é direito fundamental dos ouvintes em solenidades, direito forjado na fornalha da sabedoria popular, a razoável duração dos discursos. Procurarei não violar o direito.

Como muitos sabem, sempre acumulei o mister promotorial com o exercício do magistério, em estrita obediência a específico mandamento constitucional. Inaugurei a minha vida profissional no magistério, por certo inspirado pelo exemplo de vida

do meu genitor, vocacionado professor, mais do que isso, Mestre de gerações, quatro décadas de incansável labor em sala de aula. Desde quando ocupava os bancos acadêmicos na antiga Faculdade de Direito da Rua da Frente, adolescente iniciando a fase adulta, com apenas dezoito anos, já ministrava aulas de história geral e história do Brasil em diversos estabelecimentos de ensino, inclusive naquele que contribuiu para a minha formação humana, o amado Colégio do Salvador. Formado, e em estudos complementares no estado de São Paulo, conduzido pelo Min. Carlos Britto, de quem me tornei discípulo, ingressei na academia, ainda jovem e imaturo, com 22 anos, auxiliando a equipe do Professor Celso Ribeiro Bastos na PUC, na cadeira Direito Constitucional. Logo, logo, assumi a disciplina que nunca mais me separei, na Faculdade Brás Cubas, em Mogi das Cruzes.

Retornando a Aracaju fui imediatamente acolhido pelo hoje Magnífico Reitor Jouberto Uchôa de Mendonça, então Diretor-Geral das Faculdades Integradas Tiradentes. Era o ano de 1986. A ele, a minha gratidão: pelo acolhimento de ontem, mas, sobretudo, pelo seu procedimento de hoje, pelo que é e tem sido para a minha família (particularmente pelo meu irmão Sávio, seu colaborador, por meu Pai, já pela UNIT homenageado, também por sua iniciativa) e por mim. Professor Uchôa: receba o nosso respeito e admiração.

Voltemos ao tempo. Estávamos em 1986.

Apenas quatro anos depois, eis que surge o cobiçado Concurso para Promotor de Justiça. Confesso-lhes que não me interessei, num primeiro momento, em fazer a inscrição. Apesar de admirar o Ministério Público pós-1988, objeto que foi de completa reestruturação orgânica e institucional pelo legislador constituinte da Carta-Cidadã, e destacar as suas nobres atribuições de verdadeiro

ombudsman nas aulas já por mim, naquela oportunidade, ministradas, tinha receio – não tenho como negar – de não lograr êxito no certame. Era professor e excessivamente exigente, também comigo mesmo. Refletia: Imaginem um professor sendo reprovado? Que exemplo seria? Como me apresentaria diante dos alunos, na hipótese factível de insucesso? Recordem-se que no ano anterior à abertura desse certame houve outro concurso que ninguém – ninguém mesmo – restou aprovado. Lembrem-se?

Todavia, naquele momento de inquietação, duas mulheres se apresentaram: minha esposa Alejandra e minha mãe Alice, confiantes – por amor, é verdade – do possível e para elas certo êxito do esposo e filho. Encorajaram-me a enfrentar a seleção. Ainda posso recordar a materna pressão e o conjugal constrangimento. Por alguns dias resisti. Mas, sucumbi na hora derradeira. Realizei a inscrição, creio, no último ou nos últimos dias. Inscrição nº 532, num total de 600 candidatos. Faltavam três meses para a realização do concurso. Sobrevieram as avaliações e fui aprovado.

Do fato extraí uma importante e valiosa lição: jamais deveremos desobedecer à esposa e à mãe! Por serem mulheres e dedicarem amor incondicional aos seus eleitos, enxergam além das possíveis probabilidades.

Dia da posse. Fomos saudados, para o meu particular gáudio, pela Eminente Procuradora de Justiça Maria Eugênia da Silva Ribeiro, a já conhecida Professora de Criminologia da UFS, que nos inebriava com as citações em francês e pelo profundo conhecimento das ciências criminais. Quis o destino – para mim a providência divina – que a pessoa que carinhosamente nos acolhia na posse e por um período nos acompanharia de perto, orientando e fiscalizando a atuação

ministerial durante o período de estágio probatório – a Dra. Eugênia à época ocupava o cargo de Corregedora-Geral do Ministério Público – fosse a Procuradora de Justiça que, para a minha honra pessoal, iria suceder na superior instância da instituição ministerial. Mais uma vez os nossos destinos se cruzam.

Ainda ecoa forte a sua oração naquela hoje longínqua solenidade de posse.

Admoestava: “Todos nós sabemos que a crise do senso moral, o descumprimento de obrigações pela quase certeza da impunidade levam à descrença, angústia e sofrimento para uma grande parcela da população e, em especial, para os humildes que se sentem menosprezados e injustiçados!”.

Depositava confiança nos novéis promotores de justiça como combatentes dos males sociais apresentados.

A erudita Procuradora talvez não imaginasse quão valiosas foram as palavras de confiança e apoio. Eu, particularmente, tinha pouca experiência prática, mas grandes ideais.

Lembrava ainda a professora que “para encontrar a justiça é preciso ser-lhe fiel, porque, como todas as divindades, só se manifesta àqueles que nela crêem”.

Como foi importante e vital para a minha particular caminhada profissional a sua conclusão. Disse a Mestreira dirigindo-se aos doze empossandos:

“São 12, na missão alta e sagrada de conduzir a nave da justiça... Há tantos órfãos do direito! E a cada um de vós

ao lutar contra a injustiça peça apoio de Deus, que é a própria essência da justiça, no altar da consciência!”

Ocupei naquela oportunidade também a tribuna, representando os colegas que comigo tomavam posse, neste mesmo prédio, quadro andares acima. No jubiloso dia, solenemente tracei o perfil da trajetória que ora se iniciava: “a defesa do povo é a nossa meta; as leis, as nossas armas; e Deus, nosso constante inspirador”.

Dezenove anos se passaram...

Além da Promotoria de Nossa Senhora das Dores, officiei em Laranjeiras, Lagarto e, em Aracaju, na 2ª Promotoria de Justiça da Infância e Adolescência e na 2ª Promotoria da Curadoria da Fazenda Pública.

Na Administração do Ministério Público fui honrado com a confiança de todos os Procuradores-Gerais de Justiça em exercício desde que tomei posse: Manual Pascoal Nabuco D’Ávila, José Gomes de Andrade, Moacyr Soares da Mota, Luís Valter Ribeiro Rosário e Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça. Sou-lhes grato. Dois outros Procuradores de Justiça, hoje aposentados, Heli Soares Henriques Nascimento e Darcilo Melo Costa honraram-me com o exercício de funções na Corregedoria-Geral e na Coordenadoria-Geral do Ministério Público. A eles a minha mais profunda gratidão. Por certo, as oportunidades concedidas por Suas Excelências, possibilitando que emprestasse a força de trabalho e dons a mim concedidos pelo Eterno Pai à instituição, foram imprescindíveis para que a atuação profissional avaliada proporcionasse a condução ao cargo de Procurador de Justiça.

Aos Eminentes Procuradores de Justiça credito parcela importante da minha ascensão funcional.

Senhoras e Senhores,

Em conferência proferida em Seminário sobre a Língua Portuguesa (maio de 1990) a acadêmica Lygia Fagundes Telles, respondendo a um questionamento por que escrevia, registrou que assim procedia por vocação. Lembrando que vocação significa chamado (do latim *vocare*), averbou: vocação é a felicidade de exercer o ofício da paixão.

Disse ainda que quando se age por vocação não necessariamente está incluído o sucesso. É verdade. Mas ousou dizer que há uma forte tendência de ocorrer. Tenho plena convicção que tudo que é realizado por amor – DNA da divindade – um dia germinará e produzirá vida. E sucesso é vida!

Vivi no Ministério Público, por quase duas décadas, muitos desses anos para o público externo, anonimamente (em cargos de assessoria). No entanto, nunca perdi o prazer e a alegria do exercício do ofício ministerial. Sempre trabalhei apaixonadamente e feliz, pois com vocação.

Por anos não compareci às trincheiras, mas – muitos sabem – laborei, incansavelmente, cavando as trincheiras e confeccionando os instrumentos de combate para outros colegas.

Procurei fazer do meu trabalho uma liturgia, como sugere um santo dos dias de hoje, ainda não formalmente reconhecido pela Igreja, o pensador cristão italiano Igino Giordani. Aprendi com Chiara Lubich, fundadora do Movimento dos Focolares, o valor de viver intensamente o momento presente, como se fosse único. Fazer as coisas com perfeição e ver no resultado de cada trabalho alguém – o meu

próximo daquele instante. Nessa forma de viver, estar sempre atento, pois o outro também sou eu.

A partir de agora me transfi ro de front. Mas sempre no mesmo Ministério Público e com os mesmos ideais.

Caros amigos,

Continuarei agindo, agora como Procurador de Justiça, tendo em mente a lembrança de Fernando Pessoa materializada nas Odes a Ricardo Reis.

Escreveu o poeta lusitano:

"Para ser grande, sê inteiro: nada teu exagera ou exclui. Sê todo em cada coisa. Põe quanto és no mínimo que fazes".

Assim procurei proceder. Se porventura me equivoquei, quem comigo convive, sabe, recomecei imediatamente. Nunca deixei de estar aberto a novos conhecimentos e de acolher novas visões desde que compatíveis com os princípios que me acompanham e por eles e com eles caminho.

Somente os omissos jamais erram.

Durante o percurso profissional, ao conhecimento formal procurei agregar um indispensável compromisso ético associado, ainda, a valores cristãos.

Ciência Jurídica – ética – doutrina cristã.

Esses são os indispensáveis elementos para expressar

o meu agir profissional.

Um agir profissional que busca contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como apregoa o legislador constituinte na indicação de um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Para tanto, necessita-se de um Ministério Público forte, soberano, independente. A sociedade brasileira e especialmente a sergipana, bem como os valorosos membros do MP, não desejam, como adverte Gilberto Giacoia [Justitia, São Paulo, 64(197), jul./dez.2007, p. 283], um Ministério Público acomodado à sombra de estruturas dominantes, acovardado, dócil e complacente com os poderosos, mas intransigente e implacável somente com os fracos e débeis.

Queremos todos, também com Giacoia, um Ministério Público inflamado de uma ira santa, de uma rebeldia cívica, de uma cólera ética, contra todas as formas de opressão e de injustiça, contra a corrupção e a improbidade, contra os desmandos administrativos, contra a exclusão e a indigência.

Esse, o Ministério Público que queremos e pretendo contribuir, somando-se aos Eminentíssimos Procuradores de Justiça, como Benjamin – somando-se sempre –, para a sua manutenção.

Se ora inicio uma nova etapa, reconheço que também concluí uma fase da escalada profissional.

Por isso, tenho muito a agradecer, pois gratidão é a memória do coração.

Ninguém constrói uma história sozinho, isolado, prescindindo do outro. Somos todos frutos de relações.

Agradeço, especialmente, à confiança do Colendo Conselho Superior do Ministério Público que reconheceu mérito no meu percurso profissional. À eminente Procuradora-Geral de Justiça Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça, extremamente generosa ao ver em mim qualidades, gestora dinâmica e competente, que há quase quatro anos tenho a honra de assessorar, o meu muito obrigado. – Dra. Cristina: todos reconhecem que Vossa Excelência deixou um timbre particular e extremamente meritório no seu quadriênio de administração. Parabéns! – Aos doutos Procuradores de Justiça Maria Creuza Brito de Figueiredo, Rodomarques Nascimento, Josenias França do Nascimento e Ana Christina de Souza Brandi, que também me honraram com os seus votos, na condição de membros do Conselho Superior do Ministério Público, a minha gratidão.

Ao Eminente Secretário-Geral do Ministério Público Promotor de Justiça Orlando Rochadel Moreira e aos eminentes Colegas Promotores de Justiça Assessores da Procuradoria-Geral, da Corregedoria-Geral e da Coordenadoria-Geral - que comigo convivem e conviveram - Manoel Cabral Machado Neto, Elias Pinho Oliveira, Carlos Cesar Souza Soares , Jorge Murilo Seixas de Santana e Félix Carvallal Silva, e, ao colega, igualmente eminente, Promotor de Justiça Diretor da Escola Superior do Ministério Público, Eduardo Lima de Matos, pelo apoio incondicional, meu muito obrigado.

A todos os colegas da instituição de primeira e segunda instância, todos pares, dos mais próximos aos mais distantes, muitos dos quais vibraram como se suas fossem a promoção, o meu abraço fraterno.

Aos servidores efetivos, comissionados, contratados e policiais militares, também um agradecimento particular. Obrigado pela torcida, vibração, energia positiva, muitas vezes silenciosa, com apenas um aceno, um olhar, um sorriso. Que alegria receber quando passava pela copa, pelos corredores deste prédio, nas salas, no elevador, quantas expressões de apoio!! Obrigado. Somos todos, todos mesmo, INSTITUIÇÃO. Membros e servidores. Ao staff do cerimonial, em particular Hildemaria, que deu um valioso contributo para este momento, o meu obrigado.

Aos meus pais, Paulo e Alice, exemplos de vida, paradigmas, faróis da caminhada, moldes do meu caráter, tudo que pudesse ser dito seria infinitamente pequeno na expressão do sentimento e na manifestação da gratidão. O que possuir, na personalidade de positivo, o crédito será, por certo, deles; de negativo, debitem exclusivamente a mim. Aos irmãos Paulinho, Lalá, Savinho e Celinha, cunhados e sobrinhos, tios e primos, à quase nora, sogros (estes últimos e alguns cunhados e sobrinhos, separados por muitos quilômetros, em pátria protegida pela Cordilheira dos Andes e pelo Oceano Pacífico, mas presentes espiritualmente e também vibrando conosco), parentes de sangue e de afeto, que sempre acreditaram que este dia chegaria – muito mais do que eu – o meu mais profundo agradecimento e o meu amor.

A minha amada esposa e filhos, luzes da minha vida, abaixo do Criador razão do meu viver, com quais palavras posso agradecer por não ter sido sempre o modelo esperado de esposo e pai? Como desculpar-me pelo precioso tempo subtraído por ter assumido como esposa e filhos – em alguns momentos, nos processos, nos projetos de lei e de resolução, nas peças processuais – uma sociedade espoliada, divorciada, órfã, incapaz e condenada à própria sorte?

Como esquecer o bilhete do caçula Rodrigo, representando todos os filhos, Carla, aqui, e Thiago, ainda naquele período estudando na Espanha, no dia da sessão do Conselho Superior, com os dizeres: “Pai abra após a decisão”. Abri e li: “pai, independentemente do resultado você sempre terá o melhor cargo do mundo, o de ser Pai”. Como esquecer?

Só tenho a agradecer a Deus, ao Eterno Pai, pela família e pelos dons que, imerecidamente, me presenteou.

Sabem que sempre os amei e os amarei. Perdoem-me pelas faltas.

Nunca é demais repeti o poema, dos que escrevi o que mais aprecio: Desejo Infinito. Dedico a cada um dos meus filhos e a minha esposa, presente de Deus conduzido a esta terra pelo vôo elegante dos condores dos Andes Chilenos.

Alejandra, Thiago, Carla e Rodrigo:

*Quisera eu ter o gorjeio dos pássaros para entoar-te a doce melodia;
Quisera eu poder emitir acordes de lira para abrandar-te os distúrbios da caminhada;
Quisera eu exalar o aroma das pétalas para inebriar-te como uma princesa;
Quisera ter mais uma vida para amar-te duplamente;
Quisera eu voar como uma gaivota para saudar-te em todas as auroras;
Quisera eu ter nascido Incrito poeta para declamar sobrejamente o amor que te dedico.*

À colega Douta Procuradora de Justiça Maria Conceição de Figueiredo Rollemberg Mendonça, agradeço as palavras carinhosas, gentis e generosas de saudação. Possibilitou Vossa Excelência sentir-

me, verdadeiramente, com a sua fraterna saudação – acolhido no órgão colegiado que ora ingresso. Todas foram recolhidas e acolhidas no fundo da alma. Muito obrigado, de coração.

Ao colega Eminentíssimo Promotor de Justiça Arnaldo Figueiredo Sobral, representante legítimo da Associação Sergipana do Ministério Público, companheiro de concurso e de tempo de exercício ministerial, obrigado pela saudação.

Concluo, verdadeiramente. Desculpem-me se me excedi. Lamento ter violado o direito fundamental antes anunciado. Perdoem-me a emoção. Rogo-lhes anistia.

Agradeço a todos os presentes; às autoridades civis, religiosas e militares que prestigiaram essa cerimônia, Chefes de Poderes, Ministros do Poder Judiciário, dirigentes de instituições, parlamentares; aos amigos e colegas do Ministério Público, membros e servidores, magistrados, aos colegas de todas as carreiras jurídicas, aos amigos de outros rincões – Brasília, Pernambuco e Bahia (que alegria... que honra..., distanciaram-se de seus lares para prestigiar esta solenidade) – aos companheiros da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes e aos que partilham da mesma fé e comungam do mesmo Ideal.

Aos alunos de hoje e de ontem, aos colegas de hoje e de amanhã: obrigado.

Permito-me uma derradeira palavra aos parceiros do amado Ministério Público de Sergipe: nossa missão, a meta a ser atingida é a fraternidade universal. Construir uma sociedade solidária, na expressão da Lei Maior.

E se solidária, fraterna, destacada no preâmbulo da Constituição: sociedade fraterna. A fraternidade, como lembra Chiara Lubich, é a categoria de pensamento capaz de conjugar a unidade e a distinção a que anseia a humanidade contemporânea. Esse, o nosso objetivo, o nosso norte.

Concito a todos, respeitosamente, a vivermos por esse Ideal. Deixou-nos Jesus um testamento: que todos sejam um. Sejam todos nós, independentemente de convicções religiosas ou políticas, especialmente Promotores e Procuradores de Justiça, apóstolos da unidade.

Se formos um, seremos mais fortes. Interna e externamente.

Ajudem-me a concluir essa etapa da vida que me foi confiada. Grandes são as responsabilidades.

Não descansarei – prometo – até que um dia possa afirmar: não me afastei dos ideais, combati o bom combate; guardei a fé.

Por tudo e por todos, afirmo: Sou um homem feliz.

De coração, muitíssimo obrigado.

19 DE JULHO DE 2010.

DISCURSO DE SAUDAÇÃO A CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

Maria Conceição de Figueiredo Rolemberg*

“Santo Agostinho afirmou: Com o coração se pede. Com o coração se procura. Com o coração se bate. E é com o coração que a porta se abre”.

Portersido a última Procuradora empossada no Egrégio Colégio de Procuradores de Justiça, coube-me a responsabilidade e a alegria de saudar, em nome dos meus pares, o Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado, no momento em que Sua Excelência, nesta sessão solene e festiva, assume o cargo de Procurador de Justiça.

O novel Procurador, juntamente com os colegas Luiz Alberto Moura Araújo e Virgílio do Valle Viana, integraram a lista de promoção, todos eles, como os outros colegas inscritos, Promotores de Justiça qualificados e que dispensam apresentação, pelo reconhecido trabalho no mundo jurídico. Mas só em um, poderia repousar a nomeação.

O empossado Procurador de Justiça, Carlos Augusto Alcântara Machado vem ocupar, e bem sei, como de resto todos nós, que o fará com o brilho de sua cultura jurídica, a vaga deixada pela aposentadoria da eminente Procuradora de Justiça e Professora Maria

*Procuradora de Justiça do Ministério Público de Sergipe

Eugênia da Silva Ribeiro, colega e amiga querida de muitos anos que, após décadas de serviço ao Ministério Público, nos deixa um legado de princípios e saber jurídico ameadados ao longo da sua vida profissional. Acumulou, como o novel Procurador que a sucede, grande bagagem doutrinária nas cátedras acadêmicas e nesta Instituição. Deixa o seu brilho de parecerista de escol, aliado à coragem no enfrentamento das adversidades e de sua peregrina sensibilidade na busca de justiça. Em igual, fica a ausência de sua presença espirituosa mesclada à sua costumeira irreverência.

O recém empossado é filho de um ilustre Professor, com relevantes serviços prestados ao Estado e à cátedra acadêmica. Homem de fé e princípios éticos inabaláveis, Professor Paulo Almeida Machado, soube, ao lado de sua virtuosa e doce esposa Alice, criar com amor e dedicação os seis filhos, neles incutindo os valores da espiritualidade humana, baseado nos princípios éticos e morais de uma educação cristã, formatada no exemplo de vida que, tão bem, souberam e sabem transmitir ao meio familiar, hoje mais ampliado e consolidado com a presença de noras, genros, netas e netos.

Falar do empossado, como alhures afirmei, traz-me a grave responsabilidade pela sua excelência curricular que se alia ao conceito de homem cristão, probo e justo, sendo pessoa admirada por todos nós! Sempre pontificou como aluno, professor e membro do Ministério Público. Socorreu-me, com dados valiosos para essa missão, a amizade fraterna que guardo com seu irmão Paulo e cunhada Tereza, pedindo vênias para, em nome deles, saudar todos os seus familiares.

O novel Procurador de Justiça teve sua formação e educação básica no Colégio Salvador sempre como aluno de especial destaque, obtendo o primeiro lugar no concurso vestibular para o curso

de Direito da Universidade Federal de Sergipe. É especialista e mestre em Direito Constitucional pela PUC e Universidade Federal do Ceará, respectivamente, tendo recebido de seu pai, o professor Paulo Machado, na conclusão do mestrado, como forma amorosa de reconhecimento de seus méritos, a Medalha de Tobias Barreto que o mesmo houvera recebido como premiação pela melhor média do curso de Direito.

É professor desde os 18 anos de idade em escolas particulares e cursos de pré vestibular. Sendo hoje professor universitário e palestrante nacionalmente conhecido e requisitado. É homem de cátedra. Mestre nato. Foi, ainda, Diretor Administrativo da Energipe e Secretário de Administração da Prefeitura Municipal de Aracaju, ingressando no Ministério Público Estadual no ano de 1991, assumindo a comarca de Nossa Senhora das Dores e, após, titularizando as Promotorias das comarcas de Laranjeiras, Lagarto, da 2ª Curadoria da Infância e Adolescência e da 2ª Curadoria da Fazenda Pública, as duas últimas na comarca de Aracaju.

Pinço, doravante, de seu extenso currículo, os vários e distinguidos cargos e funções exercidos nessa Instituição, entre eles, a Assessoria da Coordenadoria e da Corregedoria Geral do Ministério Público, tendo sido membro integrante de várias Comissões de Concurso e de elaboração de Estudos e de Ante Projetos de Lei, encontrando-se desde o ano de 2003, com seus relevantes conhecimentos jurídicos na assessoria do Procurador Geral de Justiça e, até ontem, junto à sua Excelência, Dra. Maria Cristina Foz Mendonça, Procuradora Geral de Justiça.

Necessário se faz registrar, ainda, que seus trabalhos publicados são referência no campo do Direito Público.

Mas, falar do empossado pressupõe realçar bem além de seus conhecidos destaques na vida profissional. É incursionar na sua formação cristã primorosa que, germinada no espírito, permitiu-lhe desenvolver e aprofundar o seu crescimento como ser humano, pelo que revelo a motivação da pré falada alegria nesse acolhimento, em meu nome e em nome de meus pares. Afinal, como verseja Cora Coralina, “nada do que vivemos tem sentido, se não tocarmos o coração das pessoas”

É revelar os valores que lhe dão suporte, transmitidos nos ensinamentos e espiritualidade de seus pais, permitindo-lhe, ao lado de sua delicada e dedicada esposa, companheira de caminhada, Alejandra Machado e seus filhos queridos Thiago, Carla e Rodrigo, desvendar os mistérios do crescimento pessoal, na experiência amorosa mútua e de fidelidade.

É fazer conhecer o seu familiar aprendizado no serviço ao próximo e à comunidade, permita-me colega Carlos Augusto fazê-lo, pois o Bem também precisa da luz do dia para ser conhecido, afinal, como reflete, novamente Cora Coralina, “a bondade também se aprende”. É membro integrante, há mais de 30 anos, do movimento ecumênico dos focolares, cujo pilar é a unidade em e com Jesus no meio, tendo, inclusive, com a sua família, vivido por quatro meses a forte experiência do modelo da família de Nazaré, em uma das cidades marianas, Mariápolis.

É também revelar a sua presença certa e amorosa na vida de seus familiares.

Temos, assim, em largas pinceladas, a amostragem do ser humano e do Procurador de Justiça que ora se empossa e que se

complementam e que, por certeza, muito contribuirá nessa nova etapa de vida profissional.

A missão pública e política do integrante da carreira do Ministério Público é instigante, complexa e plena de desafios, exigindo-nos em nosso cotidiano a busca e adoção de soluções para as demandas que são postas e outras lides que por nós são avistadas, ultrapassando, mais das vezes, as definições à luz dos regramentos da lei, fazendo-nos validar os nossos posicionamentos e proposições, nos princípios que regenciam o ordenamento jurídico.

Essa constante exigência de coragem e criatividade mesclada no olhar humanizado que devemos sempre ter e manter para com o outro e com o todo, nas suas multifárias formas de relações pessoais e sociais, ganham maior significado e dimensão por ser a pessoa humana única – o que independe de nossos preconceitos – trazendo consigo, de forma inata e integrada, a sua dignidade, exigindo-nos dar realce à gama de atribuições que nos cometem junto à família - em sua contemporânea concepção extensiva e de suas relações de afeto - aos direitos e garantias de pleno e saudável desenvolvimento das crianças, adolescentes, e hoje no mesmo patamar constitucional, dos jovens, no olhar e nas ações de proteção à mulher, aos idosos, aos portadores de necessidades especiais e aos desvalidos, desenvolvendo ações e proposições que atendam aos direitos fundamentais da pessoa humana, sem descurar de obstinada proteção à Mãe Terra, Mãe Natureza, para que, enfim, possamos, sobretudo, almejar a promoção da VIDA, com dignidade e cidadania.

Nessa atuação de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, do regime democrático, mais uma vez aprendemos das lições singulares do Ministro Carlos Ayres Britto,

eminente constitucionalista e humanista – mestre e amigo dos sergipanos, com especial destaque do empossado – o regime da democracia plena se transubstancia no humanismo, tendo necessária relação com o Direito, enquanto meio e o humanismo enquanto fim. Incorporado, apesar de não nominado na Constituição Federal, incita-nos a atuação pelo conhecimento e pela sensibilidade, fazendo-me invocar “que a grandeza de uma profissão é, talvez, antes de tudo, unir os homens. Só há um luxo verdadeiro: o das relações humanas” (Saint Exupéry).

Somos todos, Promotores e Procuradores de Justiça, agentes públicos e políticos do Estado, também responsáveis pela transformação social. Neste mister, devemos sempre agir com independência na fiscalização das leis e no cogente mister de promoção de justiça, que entendo como de fulgurante e inesgotável meio de humanização, pois já afirmava Aristóteles: “No tocante à Justiça, nem Vésper, nem a estrela d’Álva, é tão admirável”!!!

Há muito a ser feito, apesar dos caminhos já percorridos. Sempre haverá, eminente Procurador. Permeando a violência, hoje evidenciada por todos os meios de comunicação e em nossa própria existência, há histórico de crônico abandono social e de diferenças abismais entre o que nos é real e tangível com a realidade de tantos que vivem marginalizados e alijados, até mesmo do mínimo essencial ao ser humano. Na ação infratora do adolescente, mais das vezes, há o insistente chamado de dependência das drogas gerada, em muitos, pelo abandono material e afetivo de crianças, adolescentes e jovens. Convivemos, também, com uma fria indiferença social, corrosiva da solidariedade como valor fundante da sociedade, bem como temos tido pouca tolerância às diferenças e aos distintos posicionamentos.

Mas, insisto, nas palavras do Bispo de Hipona, “com o

coração se pede, com o coração se procura; com o coração se bate e é com o coração que a porta se abre”.

Tenho certeza de que Vossa Excelência carrega consigo, além do cabedal de conhecimento intelectual, a sensibilidade, o espírito solidário e fraterno e, sobretudo, o compromisso cristão de que nos fala a fundadora do movimento dos Focolares, Chiara Lubich, “nada do que é feito com amor é pequeno”. E é disto que não somente as nossas Instituições precisam, mas toda a sociedade e, em grande voz, a humanidade.

O Ministério Público, modernizado e revitalizado hoje pela própria Constituição e a experiência dos que nos antecederam, saberá, por certo, em sua caminhada, através de seus membros, usar adequadamente da liberdade, da independência e da autonomia, valores que lhe são essenciais e próprios da democracia, inclusive nesse novo e ansiado percurso de eleição para a chefia da Instituição com e por seus integrantes, sem diferença ou discriminação; afinal, somos todos membros de um mesmo corpo. Oportuno se faz registrar, pela marcante presença dos membros da Instituição a essa solenidade, a condução sensata e equilibrada, em todo o processo, de sua Excelência, a Procuradora Geral de Justiça, Maria Cristina Foz Mendonça, bem como pertinente agradecer, como Promotora e Procuradora de Justiça, a sua Excelência, o Governador do Estado, Marcelo Deda, pela imediata sanção da lei, revelando sua constante sinergia com a democracia.

Mas, uma Instituição só é grande, na razão direta dos valores e na atuação de seus integrantes. Promotor e Procurador de Justiça, no meu entender, não é aquele que cinge-se, apenas, à boa redação de pareceres, bem fundamentado e ilustrado com inúmeras citações. Mas o que se integra na dinâmica do **parquet**. É aquele que

tem janelas abertas para o mundo. Que tem sensibilidade para os dramas sociais e individuais que afligem a coletividade onde exerce o seu *munus*. É, enfim, o cidadão democrata, sensível e humanizado, parecendo-me oportuna a reflexão sobre o modelo de atuação que permita, aos membros desse Colegiado, a amplitude, para maior vazão, ao compromisso de justiça social e de humanismo por todos nós assumido pois como nos fala o poeta português de almas e de vida, Fernando Pessoa, “há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo de travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos”.

Vossa Excelência é um agente ministerial experimentado e maduro, provado em muitas batalhas. Possuidor de um significativo currículo, já foi amplamente testado no cargo e vem colaborando, de forma inofensível, com seu trabalho na Procuradoria Geral de Justiça. Já funcionou em Comarcas e gabinetes. Já conheceu o estudante de perto, como colega, nas campanhas acadêmicas ou mestre que se destaca na cátedra das universidades. Enfim, é também um homem de Deus, de uma religiosidade vivida no trato cotidiano. É culto, correto, afável e polido com os colegas, juizes, advogados e alunos, amoroso com seus familiares. Será, por certo, feliz e atuante nas novas atribuições. Esperamos muito de Vossa Excelência. Tenha nossa confiança, nosso respeito e nosso afeto.

Seja bem vindo nesta nova etapa. Aceite, pois, as nossas justas homenagens. É a saudação calorosa e sincera de seus pares.

DISCURSO DE SAUDAÇÃO A GENI SILVEIRA SCHUSTER

JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO*

Minhas Senhoras,
Meus Senhores,

Não posso lhes afirmar, com inteira certeza, que conheço o exato perfil da novel Desembargadora Geni Silveira Schuster, que passa a integrar, doravante, o Colegiado do Egrégio Tribunal de Justiça de Sergipe.

E seria arriscado para qualquer um, dizer que conhece em detalhes quem somos e o que somos na comunidade onde vivemos, sem a possibilidade de, ou exagerar nos atributos do homenageado ou dizer apenas um pouco das suas muitas qualidades que, como no caso da Dra. Geni por serem notórias, dispensariam até sua menção ou prova, como diz a lei.

Assim, não farei nem uma coisa nem outra, porque prefiro destacar nesta saudação que faço em nome do honrado Ministério Público de Sergipe, o que sei e o que conheço da advogada Geni Schuster, nos tempos em que Sua Excelência militou no Cartório onde meu pai foi titular por muitos e muitos anos e onde o convívio

*Procurador de Justiça do Ministério Público de Sergipe

com ela se estreitou com o passar do tempo, pela sólida convivência que logo veio a se transformar em amizade.

Advogada militante, atendendo principalmente na defesa dativa dos que não tinham causídico próprio ou que pudessem constituí-lo à sua custa, a Dra. Geni nem por isso deixou de dar o melhor de si à causa daquelas pessoas, defendendo seus interesses, promovendo a celeridade dos seus processos, tudo feito à sua maneira de ser e de agir desde aquela época: com denodo, perspicácia e inteligência.

E muito mais que desempenhar o *munus*, Dra. Geni ia além porque transformava a designação judicial dativa numa nova oportunidade de poder demonstrar seu potencial e desafiar os intrincados meandros processuais, tanto que, posteriormente e seguindo uma vocação que se fazia latente, seguiu a carreira de Magistrada e agora adentra pela porta da frente do Judiciário, tornando-se hoje Desembargadora do Tribunal de Justiça de Sergipe.

Este desvelo, pois, é um dos componentes de sua trajetória na carreira jurídica, coroada com sua assunção no mais alto cargo do Judiciário deste Estado.

Do quanto sei por ciência própria, a Dra. Geni não quis a luz dos holofotes das vitórias conseguidas no seu incessante trabalho advocatício, preferindo o anonimato dos que fazem as grandes causas celebrando o preceito bíblico de que a mão direita não deve ver o que a mão esquerda fez, porque vale, sobretudo, o gesto.

E assim agiu, penso, por ter colocado como centro e atenção do seu trabalho, o homem estereotipado no seu verdadeiro

eu: o homem bom, o homem mau, o homem que delinque mas que, ao mesmo tempo, tem a seu favor a proteção constitucional da ampla defesa.

E assim o fez, como advogada, como Juíza e agora como Desembargadora o fará, por ter consigo a certeza de que a humanização na aplicação da lei certamente não será reflexo para a diminuição dos crimes, mas contribuirá no todo do contexto social para que, educando esse homem possa ele ser mais útil à sociedade transformando-o no ser social de que falava o filósofo francês Rousseau.

Minhas Senhoras,
Meus Senhores.

Dra. Geni é pessoa de trato afável, apesar da aparente sisudez que eu diria ser timidez, e que pode torná-la distante ou destacada dos que a rodeiam.

Lembro dela, também, das muitas vezes em que a vi, como disse no início, advogada militante no Cartório onde conversava longamente com meu pai, o Escrivão José Carlos de Oliveira, transformando e elastecendo essa convivência de trabalho em uma sólida amizade que perdurou até o dia em que meu genitor foi chamado a prestar contas no Tribunal de Osíris, lá no céu.

Desde aquela data, assim, eu que até então não a conhecia, comecei a admirá-la e respeitá-la como profissional dedicada, embora pelo azáfama de nossas atividades, não nos vejamos mais com tanta frequência.

Magistrada cuidadosa, Dra. Geni colocou em prática

aquilo que já fazia como advogada. Cuidou de cada causa, mas levou em conta principalmente o paciente, homem como figura principal, seja autor ou réu, entendendo que a mensuração do fato precisa se adequar aos ditames da lei sem se distanciar, nunca, da temática de que todos têm o direito constitucional de um julgamento justo, porque é a isto que se chama, verdadeiramente, de fazer justiça.

Antes do dia de hoje, a Dra. Geni avaliou cada caso, e assim foi advogada. Depois, a Dra. Geni aplicou a sentença justa em cada caso concreto, e assim foi Magistrada. Agora, a Dra. Geni reanalisará cada decisão proferida por seus colegas do Primeiro Grau, adequando nos meandros do Direito o sentimento de justiça que dela espera a sociedade, normalizando a paz entre os indivíduos e tornando literal a máxima de Aristóteles de que a lei é a razão sem emoção.

Seu trabalho, doravante, não perderá o controle de qualidade que ela lhe imprimiu. Será maior ou menor, mais áspero ou mais espinhoso, mas terá a mesma essência e o mesmo conteúdo, porque mudam as Instâncias mas não muda o Juiz; mudam os fatos mas não muda a lei, porque o homem continuará sendo o polo ativo ou passivo das decisões judiciais, e digo homem referindo-me ao homem espécie, porque nele está inserido o elemento constituidor do seu ser, que é a mulher, aquela que saiu de suas entranhas no Jardim de Éden, por obra do Ser Supremo, criador de todas as coisas.

E o que mais posso dizer da Desembargadora Dra. Geni: que Vossa Excelência seja muito feliz. Que Vossa Excelência não mude sua essência e que conserve seu conteúdo. Que Vossa Excelência continue dando o bom exemplo do sementeiro positivo, desenvolvendo seu trabalho com celeridade, presteza, eficiência e Justiça.

Porque tudo o mais que vier chegará por conta do seu próprio merecimento que é o resultado da sua forma de agir, por tudo quanto Vossa Excelência fez e fará ao longo de sua trajetória.

Sua personalidade, seu caráter e sua honradez são os exemplos que lhe marcaram no conceito da Sociedade que a conhece, lhe aplaude e lhe admira.

Tenha certeza, finalmente, Dra. Geni que seus amigos lhe gostam; os advogados lhe respeitam; seus colegas lhe admiram e sua família a ama.

Receba, pois, por meu intermédio, os votos receptivos do Ministério Público de Sergipe a quem represento agora por delegação da Procuradora-Geral de Justiça, Dra. Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça.

Nós lhe desejamos, sinceramente, felicidades pessoais, saúde e paz, porque o restante lhe virá por acréscimo de tudo quanto Deus já lhe deu.

Muito obrigado.

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO



**VI EXCERTOS HISTÓRICOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE
SERGIPE**

FRAGMENTOS DA HISTÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE
ADÉLIA MOREIRA PESSOA



FRAGMENTOS DA HISTÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

ADÉLIA MOREIRA PESSOA*

Em Sergipe, documentos históricos dão conta da existência de Promotores Públicos no Estado, em 1891, na época, vinculados à Procuradoria do Estado. Durante muito tempo, os então denominados Promotores Públicos eram nomeados por critérios políticos, mesmo antes de concluído o curso de direito. Aliás, não era requisito ser bacharel em direito.

Em 1968, como relata José Gilson dos Santos (1993, p. 86-87), o Ministério Público Estadual não possuía qualquer estrutura, e a Procuradoria ocupava uma pequena sala no 4º andar do Edifício Walter Franco, dispondo somente de quatro funcionários encarregados do setor administrativo. O quadro era constituído por 29 Promotores Públicos. Segundo o autor, nessa época, ainda dava para sentir os reflexos do desprestígio do Ministério Público, manipulado pela classe política que não admitia qualquer independência funcional, “face à opção maléfica do substituto, uma espécie de cargo de comissão que, por sua natureza e pela condição do agente, não podia resultar em coisa alguma.”

Acrescenta Gilson Santos (1993, p. 86-87) que estudante de Direito de primeiro ano era incompatível com a função

*Promotora de Justiça aposentada. Professora de Direito de Família e Sucessões. Coordenadora Administrativa e Pedagógica da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe.

promotorial plena, “mas a politicagem gostava disso e, quando o magistrado também tinha interesse, já entregava a peça processual pronta, segundo a conveniência do momento. É por isso que alguns juízes desse tempo nunca prestigiavam a atuação do Ministério Público”.

Em 1984, a instituição contava com apenas 06 Procuradores de Justiça e 39 Promotores. Seu quadro de servidores auxiliares era composto de 09 funcionários, todos cedidos temporariamente por Órgãos da Administração Pública Estadual, conforme lembra Pascoal Nabuco D’Ávila (1994, p. 8). As suas exíguas instalações se resumiam a uma pequena área, situada no primeiro andar do antigo prédio onde funciona a Câmara de Vereadores. Não havia gabinete para os Procuradores de Justiça, nem para o Corregedor-Geral, nem sala de reuniões. Os Promotores de Justiça não tinham gabinete de trabalho, nem contavam com nenhum apoio administrativo.

Com a Constituição de 1988, o Ministério Público do Estado de Sergipe toma nova dimensão, sendo promulgada a Lei Complementar Estadual nº 02 de 1990 que organiza o Ministério Público Estadual dentro das novas diretrizes constitucionais

Conforme Pascoal Nabuco D’ Ávila (1994, p.8), o quadro de membros do Ministério Público contava, em 1994, com 17 Procuradores de Justiça¹, 75 Promotores e 126 Servidores do Quadro de Serviços Auxiliares, estes últimos já pertencentes à própria instituição do Ministério Público. Ocupava então o Ministério Público Estadual três andares do Edifício Walter Franco, perfazendo uma área de 2.100 m², contando com gabinetes para os Procuradores de Justiça, Corregedor, Coordenador-Geral, Plenário do Colégio de Procuradores de Justiça e

¹Três desses Procuradores de Justiça eram oriundos do Ministério Público do Tribunal de Contas, funcionando junto ao TCE. Desligam-se depois do MPE, para constituir quadro especial, atuando nos feitos do TCE, consoante hoje pacífico entendimento do STF, manifestado em reiterados acórdãos.

um Auditório, no 7º. Andar, com 200 lugares. No final da década de 90, o 4º andar foi cedido à instituição e ali passaram a funcionar as curadorias de proteção aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Em 2000, foi instalada a Escola Superior do Ministério Público, no 3º andar do referido edifício.

Hoje, o Quadro de Membros do MPE compõe-se de 14 Procuradores de Justiça; 72 Promotores de Justiça de Entrância Final; 29 Promotores de Justiça de Entrância Inicial e 08 Promotores de Justiça Substitutos, perfazendo um total de 135 cargos.

Atualmente, no Quadro de Pessoal dos Serviços Auxiliares, o Ministério Público conta com 273 cargos efetivos, além de servidores comissionados, bem como servidores requisitados (cedidos de órgãos do Poder Executivo Estadual e Municipal de Aracaju, e da Polícia Militar) e conveniados (cedidos através de convênio com municípios do interior). O quadro de estagiários contempla um total de 133 pessoas², distribuído em nível médio e superior.

REFERÊNCIAS:

D'AVILA, Manuel Pascoal Nabuco. *Um Ministério Público a Serviço da Cidadania*. Aracaju: Procuradoria Geral de Justiça, 1994.

SANTOS, José Gilson dos. *Retalhos da Minha Vida e do Ministério Público* - Aracaju: J. Andrade Ltda, 1993.

² Dados de 1º de fevereiro de 2010, informados pela Coordenação de Recursos Humanos do MP/SE, disponíveis no site <http://www.mp.se.gov.br/transparencia/RecursosHumanos>.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

A revista do Ministério Público é de opinião doutrinária, cujo objetivo é fomentar o debate jurídico sobre temas que guardem pertinência e oportunidade com a atuação ministerial.

Os textos enviados serão submetidos à análise do Conselho Editorial, que verificará, dentre outros critérios, a coerência e mérito científicos, a profundidade do conteúdo, a originalidade do assunto e da abordagem e a qualidade gramatical, sendo de responsabilidade do autor a adequação e formatação dos trabalhos.

Os textos deverão obedecer às normas para publicação descritas abaixo:

Os artigos e peças doutrinárias deverão ser preferencialmente inéditos e observar as normas gramaticais vigentes.

Os textos devem conter, no mínimo, cinco e, no máximo, vinte páginas.

O autor deverá ser devidamente identificado por nome completo e qualificação pessoal, em nota de rodapé.

O artigo deverá vir acompanhado de sumário ou resumo de, no máximo, quatro linhas, sem parágrafos.

Deverá constar no texto a data (mês e ano) em que o mesmo foi elaborado.

Os trabalhos deverão utilizar os editores de texto Word (Microsoft) ou Writer (BrOffice). Deverá ser utilizada a fonte Times New Roman, tamanho 12, cor preta, sem utilização de imagens ou tabelas, espaço 1,5, justificado; As citações literais longas (com recuo padronizado) e as notas de rodapé deverão ter espaço simples, fonte Times New Roman 10.

Todo destaque ao texto deverá ser dado através do uso

do itálico (não deve ser usado negrito ou sublinhado).

As peças processuais não deverão identificar partes e/ou testemunhas.

As referências bibliográficas deverão ser indicadas no final do texto.

A exatidão e a adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados ou mencionados no corpo do artigo são de responsabilidade exclusiva do autor.

O envio de artigos ou peças é feito de forma totalmente graciosa, não importando em qualquer retribuição financeira, assumindo o autor total responsabilidade pelo conteúdo do texto enviado.

O material para publicação deverá ser gravado em CD e endereçado à Escola Superior, através do protocolo do 5º andar, acompanhado de uma cópia impressa. A simples remessa do texto para apreciação implica autorização para publicar.

É de responsabilidade única e exclusiva do autor a obediência à legislação autoral vigente no país.

Eventualmente, o Conselho Editorial poderá sugerir modificações ao trabalho aprovado, a fim de adequar o texto à publicação.

Na hipótese de rejeição do material para publicação, havendo consulta pessoal à Direção da Escola Superior, será feita a comunicação ao seu autor.

Os trabalhos submetidos ao Conselho Editorial não serão devolvidos.

Quando feita a primeira impressão da revista, deverá o autor responsabilizar-se pelas revisões e correções necessárias, em tempo hábil, para a impressão da versão final.

**EQUIPE TÉCNICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SERGIPE**

**Ana Paula de Carvalho Moura
Cândida Alves Carvalho
Elza Cespedes Ramos Siqueira
João Ricardo Andrade Côrtes
José Alberto Mendes de Oliveira
Luã Silva Santos
Maria de Loudes Alves Costa
Milliane Pinheiro da Silva**

**ESTAGIÁRIA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DE SERGIPE**

Ligia Regina dos Santos Lima



COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA



Ministério Público de Sergipe
Procuradoria-Geral de Justiça

COLEÇÃO DE PROCURADORIA DE JUSTIÇA

2010

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

Nº 24

