

Revista

do Ministério Público do
Distrito Federal e Territórios



Nº 3
janeiro/junho de 2000

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

REVISTA DO MPDFT — BRASÍLIA — Nº 3 — 1º SEMESTRE 2000

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Praça do Buriti, Lote 2, Eixo Monumental
Brasília-DF, CEP: 70091-900
Fax: (0xx61) 343-9715 — Telefone: (0xx61) 343-9500
Home-page: <http://www.mpdft.gov.br>
e-mail: <http://www.comunic@mpdft.gov.br>

Editoração Eletrônica: Imprensa Nacional
Capa: Up Line Editora Ltda.
Impressão e Acabamento: Imprensa Nacional

Seleção dos textos

Gabinete do Procurador-Geral de Justiça

Organização dos textos

Assessoria de Comunicação Social do MPDFT
Assessoria da Chefia de Gabinete

Revisão

Filemon Félix de Moraes

Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios n. 1
(1985-)

Brasília : Imprensa Nacional, 2000. Semestral.

Semestral (1985)

Varição do título: Revista do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (1985).

Notas: ISSN 01033867 (título anterior)

ISSN 1518/0891

1. Jurisprudência — Periódicos. 2. Direito — Periódico.

CDD 340.5
CDU 34(5)

APRESENTAÇÃO

A iniciativa de relançar a *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios* surgiu da necessidade de dar publicidade a artigos e manifestações processuais realizados por membros da casa, com o intuito de sistematizar as letras jurídicas.

Esta coletânea de textos traz artigos de grande importância no cenário do Ministério Público, pois contém peças jurídicas como *pareceres*, *recursos*, *mandados de segurança*, *procedimentos administrativos*, além de outros importantes instrumentos legais utilizados pelos integrantes da instituição.

A presente publicação insere-se, destarte, no rol dos instrumentos facilitadores do trabalho desenvolvido por membros do Ministério Público, traço que procuramos afirmar na gestão que ora se finda, visando sempre e inexoravelmente à excelência do conhecimento de suas diversas funções na realização da Justiça, para que se cumpra, com efetividade, o indelegável papel constitucional atribuído ao *Parquet*.

Por conseguinte, esperamos, com este trabalho, estar contribuindo para o aperfeiçoamento das atividades desenvolvidas por Procuradores e Promotores de Justiça.

Brasília-DF, junho de 2000.

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
Procurador-Geral de Justiça

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios

NÍDIA CORREA LIMA
Vice-Procuradora-Geral de Justiça

ZENAIDE SOUTO MARTINS
Corregedora-Geral do MPDFT

LEONARDO AZEREDO BANDARRA
Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça

MOISÉS ANTÔNIO DE FREITAS
Diretor-Geral do MPDFT

ROBERTO CARLOS SILVA
Promotor-Chefe da Circunscrição do Ministério Público de Brasília

CLEONICE MARIA RESENDE
Promotora-Chefe da Promotoria de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude

JAMIL AMORIM FILHO
Promotor-Chefe da Circunscrição do Ministério Público de Taguatinga

AMAURY DAMASCENO E VASCONCELOS
Promotor-Chefe da Circunscrição do Ministério Público de Ceilândia

WANDERLEY FERREIRA DOS SANTOS
Promotor-Chefe da Circunscrição do Ministério Público do Gama

MARCEL NÓBREGA DE ARAÚJO
Promotor-Chefe da Circunscrição do Ministério Público de Samambaia

NELSON FARACO DE FREITAS
Promotor-Chefe da Circunscrição do Ministério Público de Sobradinho

ROGÉRIO SHIMURA
Promotor-Chefe da Circunscrição do Ministério Público de Planaltina

JOÃO LUIZ NOGUEIRA DA COSTA
Promotor-Chefe da Circunscrição do Ministério Público de Brazlândia

JOSÉ EDUARDO BARBOSA
Promotor-Chefe da Circunscrição do Ministério Público do Paranoá

CONSELHO SUPERIOR DO MPDFT

Presidente:

Humberto Adjuto Ulhôa

Conselheiros:

João Alberto Ramos

Ísis Guimarães de Azevedo

Terezinha Sílvia Lavocat Galvão

Lélia Maria Duarte de Cerqueira

Nidia Corrêa Lima

Francisca Soares da Silva

Amarílio Tadeu Freesz de Almeida

Carlos Gomes

Tânia Maria Nava Marchewka

Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal

Lenir de Azevedo	Procuradora de Justiça	Coordenadora
João Alberto Ramos	Procurador de Justiça	Membro Titular
Antônio Ezequiel de Araújo Neto	Promotor de Justiça	Membro Suplente

1ª Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Cível

Suzana Vidal de Toledo Barros	Procuradora de Justiça	Coordenadora
Jair Meurer Ribeiro	Procurador de Justiça	Membro Titular
José de Oliveira	Promotor de Justiça	Membro Titular
Tânia Maria Nava Marchewka	Procuradora de Justiça	Membro Suplente
Álvaro José Jorge	Procurador de Justiça	Membro Suplente

2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Cível

Nídia Correa Lima	Procuradora de Justiça	Coordenadora
Eduardo José Oliveira de Albuquerque	Procurador de Justiça	Membro Titular
José Firmo Reis Soub	Procurador de Justiça	Membro Titular
Olinda Elizabeth Cestari Gonçalves	Promotora de Justiça	Membro Suplente

LISTA DE ANTIGÜIDADE — MEMBROS PROCURADORES DE JUSTIÇA

1. LENIR DE AZEVEDO
3. JOÃO ALBERTO RAMOS
5. ÍSIS GUIMARÃES DE AZEVEDO
7. MARGARIDA MARIA CERQUEIRA CAFÉ
9. HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
11. BENIS SILVA QUEIROZ BASTOS
13. ARINDA FERNANDES
15. TEREZINHA SÍLVIA LAVOCAT GALVÃO
17. MARIA DE LOURDES ABREU
19. RENATO SÓCRATES GOMES PINTO
21. SUZANA VIDAL DE TOLEDO BARROS
23. FRANCISCA SOARES DA SILVA
25. AMARÍLIO TADEU FREESH DE ALMEIDA
27. ELINE LEVI PARANHOS
29. JOSÉ FIRMO REIS SOUB
31. JAIR MEURER RIBEIRO
33. ANTÔNIO EZEQUIEL DE ARAÚJO NETO
2. CELINA EUTÁLIA DE SOUZA
4. SUELLY DA ROCHA AMBRÓSIO DA FONSECA
6. ADILSON RODRIGUES
8. ZENAIDE SOUTO MARTINS
10. RUTH KICIS TORRENTS PEREIRA
12. TERESINHA FLORENZANO
14. RITA FARACO DE FREITAS
16. LÉLIA MARIA DUARTE DE CERQUEIRA
18. HELENA CRISTINA MENDONÇA MAFRA
20. JOSEMIAS COSTA
22. NÍDIA CORREA LIMA
24. SANDRA MENDES GONZAGA NEIVA
26. EDUARDO JOSÉ OLIVEIRA DE ALBUQUERQUE
28. ÁLVARO JOSÉ JORGE
30. CARLOS GOMES
32. TÂNIA MARIA NAVA MARCHEWKA

PROMOTORES DE JUSTIÇA

1. JOSÉ DE OLIVEIRA
3. PETRÔNIO CALMON ALVES CARDOSO FILHO
5. GISELA DE CASTRO CHAMOUN
7. OLINDA ELIZABETH CESTARI GONCALVES
9. CARLOS EDUARDO MAGALHÃES DE ALMEIDA
11. MARJITA MARIA DA SILVA
13. EUNICE PEREIRA AMORIM
15. FRANCISCO LEITE DE OLIVEIRA
17. JOSÉ EDUARDO SABO PAES
19. PAULO BATISTA GOMES
21. CONCEIÇÃO DE MARIA PACHECO BRITO
23. MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA
25. ADAUTO ARRUDA DE MORAIS
27. DIAULAS COSTA RIBEIRO
29. GASPARE ANTONIO VIEGAS
31. KATIE DE SOUSA LIMA
33. ZACHARIAS MUSTAFA NETO
35. CONSUELITA VALADARES COELHO
37. MARTA ALVES DA SILVA
39. MAURÍCIO SILVA MIRANDA
41. LAURA BEATRIZ C. B. ALVES SEMERARO RITO
43. RÔMULO DOUGLAS G. DE OLIVEIRA
45. WANESSA ALPINO BIGONHA ALVIM
2. MARIA APARECIDA DONATI BARBOSA
4. ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ
6. MARIA ANAÍDES DO VALE SIQUEIRA SOUB
8. MÁRIO PEREZ DE ARAÚJO
10. MARTA MARIA DE REZENDE
12. FERNANDO CEZAR PEREIRA VALENTE
14. VÍTOR FERNANDES GONÇALVES
16. LÚCIA HELENA BARBOSA DE OLIVEIRA
18. JOSÉ VALDENOR QUEIROZ JÚNIOR
20. GLADANIEL PALMEIRA DE CARVALHO
22. ANA LUÍSA RIVERA
24. ANTÔNIO LUIZ BARBOSA DE ALENCASTRO
26. SELMA L. DO N. SAUERBRONN DE SOUZA
28. ANDRÉ VINÍCIUS E. SANTO DE ALMEIDA
30. MOISÉS ANTÔNIO DE FREITAS
32. MAURO FARIA DE LIMA
34. TÂNIA REGINA FERNANDES G. PINTO
36. LEONARDO ROSCOE BESSA
38. ELIANE GAZOLA DE SOUZA
40. ANTÔNIO MARCOS DEZAN
42. MARTA ELIANA DE OLIVEIRA
44. GUILHERME FERNANDES NETO
46. VANDIR DA SILVA FERREIRA

47. DICKEN WILLIAM LEMES SILVA
49. MAÉRCIA CORREIA DE MELLO
51. ANDRELINO BENTO SANTOS FILHO
53. BRUNO AMARAL MACHADO
55. MÁRCIA DA ROCHA CRUZ
57. MARIA JOSÉ MIRANDA FERREIRA
59. NELSON FARACO DE FREITAS
61. MÁRCIA MILHOMENS SIROTHEAU CORREA
63. MARLOUVE MORENO S. SANTOS
65. DEBORAH GIOVANNETTI MACEDO
67. CLÁUDIA MARIA DE FREITAS CHAGAS
69. DEUSDEDIT DIAS DA ROCHA
71. ISABEL CRISTINA AUGUSTO DE JESUS
73. ANA CLÁUDIA MAGALHÃES ALVES DE MELO
75. RENATA DE SALLES MOREIRA BORGES
77. NÍSIO EDMUNDO TOSTES R. FILHO
79. JOSÉ PIMENTEL NETO
81. DORIVAL BARBOZA FILHO
83. AYMARA MARIA MARINHO BORGES
85. CÁTIA GISELE MARTINS VERGARA
87. ANDERSON PEREIRA DE ANDRADE
89. LIBÂNIO ALVES RODRIGUES
91. KATIA CHRISTINA LEMOS
93. GETÚLIO ALVES DE LIMA
95. YARA VELOZO TEIXEIRA
97. WANDERLEY FERREIRA DOS SANTOS
99. PAULO ROBERTO BINICHESKI
101. JOSÉ BRITTO DA CUNHA JÚNIOR
103. ELIZABETH HELENA DE FARIA CAMPOS
105. ANA PAULA TOMAS FERREIRA
107. CLEONICE MARIA RESENDE
109. MAX GUERRA KOPPER
111. HELENA RODRIGUES DUARTE
113. CÂNDIDA MARCOLINA FERREIRA DE FARIA
115. FERNANDO AUGUSTO MARTINS CUOCO
117. RITA DE CÁSSIA MENDES DE SOUZA
119. TERESINHA INÊS TELES PIRES
121. JOÃO LUIZ NOGUEIRA DA COSTA
123. GERMANO CAMPOS CÂMARA
125. LANDELINO FRANCISCO DE SOUZA
127. RUBIN LEMOS
129. JOSÉ THEODORO CORREA DE CARVALHO
131. ROGÉRIO SHIMURA
133. LUCIANA BERTINI LEITÃO
135. ROSE MEIRE CYRILLO
137. LESLIE MARQUES DE CARVALHO
48. JULIANA POGGIALI G. F. OLIVEIRA
50. ROMUALDO COVRE
52. ALEXANDRE FERNANDES GONÇALVES
54. MARYA OLIMPIA RIBEIRO PACHECO
56. SANDRA JULIÃO BONFÁ
58. IVALDO CARVALHO G. LEMOS JÚNIOR
60. VETUVAL MARTINS VASCONCELOS
62. SANDRA ALCIONE S. DE A. BEZE
64. LEONORA BRANDÃO M. PASSOS PINHEIRO
66. TRAJANO SOUSA DE MELO
68. ROBERTO CARLOS SILVA
70. ISABEL MARIA DE F. FALCÃO DURAES
72. ALESSANDRA ELIAS DE QUEIROGA
74. AUGUSTO CÉSAR BARBOSA DE CARVALHO
76. LEONARDO AZEREDO BANDARRA
78. JOSÉ EDUARDO BARBOSA
80. ROBERTO CARLOS BATISTA
82. PAULO GOMES DE SOUSA JUNIOR
84. AMAURY DAMASCENO E VASCONCELOS
86. CRISTINA RASIA MONTENEGRO
88. CLARA REGINA PAIM DIAZ
90. MARILDA DOS REIS FONTINELE
92. ROSANA MARIA Q.V. DE P. E CARVALHO
94. WENCESLAU BRAZ LOPES DE BARROS
96. SANDRA GOMES BERNARDES
98. WILSON ISSAO KORESSAWA
100. DENISE LYRIO PACHECO
102. JAIRO BISOL
104. CARLOS ALBERTO DE CARVALHO BARBOSA
106. DENISE RIVAS FISCHER VELOSO
108. WILTON QUEIROZ DE LIMA
110. MARIA ELDA MELO BORGES
112. JAMIL AMORIM FILHO
114. RODOLFO CUNHA SALLES
116. LÚISA DE MARILLAC XAVIER DOS PASSOS
118. CÁSSIO GERALDO AGUIAR DUPIM
120. ANNA MARIA AMARANTE BRANCIO
122. MARCEL NÓBREGA DE ARAÚJO
124. JONAS FERNANDES LEMOS PINHEIRO
126. FÁBIO BARROS DE MATOS
128. PAULO JOSÉ LEITE FARIAS
130. FLÁVIO AUGUSTO MILHOMEM
132. MARIEN CRISTINA GADELHA
134. LEONARDO ASSIS DOS SANTOS
136. LUCIANA MEDEIROS COSTA
138. JOSEFINO CURCINO RIBEIRO

PROMOTORES DE JUSTIÇA ADJUNTOS

1. EDMILSON MARÇAL PASSOS
3. ALVARINA DE ARAÚJO NERY
5. ANDRÉA BERNARDES DE CARVALHO
7. FABIANO COELHO VIEIRA
9. RODRIGO DE MAGALHÃES ROSA
11. CANITO JOSÉ PINTO COELHO
13. NINO FRANCO
15. JÂNIO ANTÔNIO COELHO
17. FERNANDO HENRIQUE GONÇALVES MENDES
19. DIÓGENES ANTERO LOURENÇO
21. VERA LÚCIA ABADIA GOMES
23. ANA LUIZA LOBO LEÃO OSÓRIO
25. ADRIANA SETTE ROCHA DE MENEZES
27. DOUGLAS WILLIAM MAGALHÃES
29. IZAAC PEREIRA DUTRA FILHO
31. MILTON DE CARLOS JÚNIOR
33. MARIA LÚCIA MORAIS VENEGAS COTO
35. JOSÉ WILSON FERREIRA LIMA
37. FAUSTO RODRIGUES DE LIMA
39. SEBASTIÃO APARECIDO DA CUNHA
41. DANIEL RODRIGUES DE FARIA
43. WAGNER DE CASTRO ARAÚJO
45. MÁRCIO COSTA DE ALMEIDA
47. IRÊNIO DA SILVA MOREIRA FILHO
49. GLÁUBER JOSÉ DA SILVA
51. JULIANA VIEIRA ÁVILA CHAGAS
53. MARIA CRISTINA VIANA
55. FERNANDA DA CUNHA MORAES
57. VALÉRIA MARQUES DOS SANTOS ROCHA
59. MARIA DALVA BORGES
61. FABIANA DE ASSIS PINHEIRO
63. ALAN ESTEVÃO
65. FABIANA COSTA OLIVEIRA
67. ALESSANDRA CAMPOS MORATO
69. ANTÔNIO ROBERTO FERREIRA DA SILVA
71. CARLOS ALBERTO CANTARUTTI
73. ROBERTO FLÁVIO BICHUETTE FILHO
75. LAÍS CERQUEIRA SILVA
77. LUCIANA CUNHA RODRIGUES
2. PEDRO OTO DE QUADROS
4. ADRIANA DE ALBUQUERQUE HOLLANDA
6. MARGARIDA SARTO
8. VYVYANY VIANA NASCIMENTO
10. ALEXANDRE SALES DE PAULA E SOUZA
12. NEWTON CEZAR VALCARENGHI TEIXEIRA
14. MARCOS JUAREZ CALDAS DE OLIVEIRA
16. VALMIR SOARES SANTOS
18. ZULEICA DE ALMEIDA ELIAS
20. JOÃO MENEZES SOBRINHO
22. KEDYMA CRISTIANE ALMEIDA SILVA
24. ÁUREA LINS LEAL
26. EDIMAR CARMO DA SILVA
28. CLÁUDIA VALÉRIA PEREIRA DE QUEIROZ
30. RAIMUNDO GOMES VERAS FILHO
32. RAILSON AMÉRICO BARBOSA DE OLIVEIRA
34. RENATO BARÃO VARALDA
36. YARA MACIEL CAMELO
38. MARISA ISAR DOS SANTOS MACHADO
40. ANDRÉA CIRINEO SACCO
42. ANA PAULA GONÇALVES MARIMON
44. ANDRÉ LUIZ CASAL DURAN
46. NARDEL LUCAS DA SILVA
48. INÁCIO PEREIRA NEVES FILHO
50. BRUNO OSMAR VERGINI DE FREITAS
52. ANA MARIA E.P.M. BARRETO FONSECA
54. KAREL OZON MONFORT COURI RAAD
56. BERNARDO DE URBANO RESENDE
58. MARCELLO OLIVEIRA MEDEIROS
60. DÊNIO AUGUSTO DE OLIVEIRA MOURA
62. JULIANA FERRAZ DA ROCHA SANTILLI
64. EDMUNDO ANTÔNIO DIAS NETTO JÚNIOR
66. MARCELO LEITE BORGESA
68. ANDRÉA DE CARVALHO CHAVES
70. ANDRÉA JORGE SIQUEIRA
72. FABIANA SCOTTI GIUSTI
74. RICARDO WITTLER CONTARDO
76. DELSON LUIZ BASTOS FERRO
78. NEURIMAR PATRÍCIA R. DE ALMEIDA

PROMOTORES DE JUSTIÇA — TERRITÓRIOS

PEDRO XAVIER COELHO SOBRINHO

TOMAS GUILHERME CORREIA

SUMÁRIO

DOCTRINA

1. APONTAMENTOS SOBRE A MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Rodolfo Cunha Salles 17
2. A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA EM SEU DÉCIMO ANIVERSÁRIO: AVANÇOS, EFETIVIDADE E DESAFIOS
Anderson Pereira de Andrade 37
3. MINISTÉRIO PÚBLICO E MOVIMENTOS SOCIAIS: UMA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS
Roberto Carlos Batista 53
4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES
Maria Rosynete de Oliviera Lima 73

PARECERES

1. INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DE GRAVIDEZ COM ANTECIPAÇÃO DE PARTO DE FETO INVIÁVEL
Diaulas Costa Ribeiro 83
2. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS — Mandado de Segurança
Olinda Elizabeth Cestari Gonçalves 115
3. PRETENSÃO AO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO ALIMENTAÇÃO INSTITUÍDO PELA LEI Nº 786/94, DESDE A LESÃO — Mandado de Segurança
Olinda Elizabeth Cestari Gonçalves 121
4. PROCURADOR DO DF. PROMOÇÃO *POST MORTEM*. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE — Mandado de Segurança
Rodolfo Cunha Salles 133

5. PROMESSA DE COMPRA E VENDA.. INSTRUMENTO PARTICULAR. POSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS — Mandado de Segurança Rodolfo Cunha Salles	141
6. GRATUIDADE DO REGISTRO CIVIL E DO ASSENTO DE ÓBITO. PRINCÍPIO DA CIDADANIA. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.534/97 — Mandado de Segurança Rodolfo Cunha Salles	151
7. INTERPRETAÇÃO DO ART. 526 DO CPC — Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Agravo de Instrumento nº 8.738/97 Olinda Elizabeth Cestari Gonçalves	173
8. ACORDOS EXTRAJUDICIAIS REFERENDADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO — Validade como Título Executivo. Procidadã Francisca Soares da Silva	181
a) Decisão Judicial acerca da possibilidade de execução de acordo extrajudicial referendado pelo Ministério Público	185
9. <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 7.475/96 José Pimentel Neto	193
10. LEI Nº 9.437/97, art. 10. Vigência José Pimentel Neto	203
11. CRIME CONTRA A HONRA. — Inquérito Policial José Pimentel Neto	209
12. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO — Possibilidade José Pimentel Neto	217
<i>AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE</i>	
1. ADIn — DECRETO Nº 16.114/94 Humberto Adjuto Ulhôa.	225
a) Decisões judiciais acerca da ADIn — Decreto GDF nº 16.114/94	237
2. ADIn — LEI DISTRITAL Nº 2.336/99 Humberto Adjuto Ulhôa.	247
a) Decisão judicial acerca da liminar na ADIn — Lei nº 2.336/99	255
3. ADIn — DECRETO nº 19.707/98 Humberto Adjuto Ulhôa.	261

AÇÕES DIVERSAS

1. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MPDFT. MANDADO DE SEGURANÇA 51.359/96
Romeu Gonzaga Neiva 275
 - a) Agravo de instrumento no Mandado de Segurança nº 51.359/96 Humberto Adjuto Ulhôa. 281
 - b) Decisão judicial acerca do agravo de instrumento no Mandado de Segurança nº 51.359/96 287
 - c) Decisão judicial no Mandado de Segurança nº 51.359/96 297
2. DECISÃO JUDICIAL — CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INVESTIGATÓRIO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. 301

RECURSOS

1. RECURSO ESPECIAL — SONEGAÇÃO FISCAL. NÃO-RECEBIMENTO DA DENÚNCIA
José Pimentel Neto e Romeu Gonzaga Neiva 323
2. RECURSO ESPECIAL — TRIBUNAL DO JÚRI
José Pimentel Neto e Romeu Gonzaga Neiva 337
3. APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS SEM CONCURSO PÚBLICO
Roberto Carlos Batista 347

ESTATÍSTICA ANUAL DE 1999

- MAPA DA ESTATÍSTICA ANUAL DE 1999 371

APONTAMENTOS SOBRE A MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Rodolfo Cunha Salles
Promotor de Justiça MPDFT

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade das leis é tema que tem suscitado a atenção de diversos estudiosos do Direito, em razão da necessidade de se conferir caráter científico ao seu conhecimento.

A unidade do ordenamento jurídico preconizada por Hans Kelsen — que resulta, na sua concepção, do fato da validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra norma superior, até se atingir a norma fundamental¹ —, induz à necessidade da ausência de conflitos ou oposição entre as diversas normas, de diferentes níveis, ou, ao menos, da existência de um mecanismo para o seu controle.

No que tange à ordem jurídica estatal, afirma o Mestre de Viena que uma lei somente pode ser válida se tiver fundamento na Constituição, que representa o escalão de Direito positivo mais elevado².

O estudo do controle de constitucionalidade das leis demonstra que ele se realiza, em regra, por duas maneiras.

A primeira, pelo controle difuso, cuja origem histórica repousa na decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos da América do Norte, proferida no célebre caso *William Marbury versus James Madison*, em 1803, pelo Juiz John Marshal³.

1 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 247.

2 Ob. cit., p. 300.

3 Cf. *Decisões constitucionais de Marshall*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 1-29.

A segunda, pelo controle concentrado, que encontra suporte na teoria de Kelsen e foi positivada na Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, que criou um órgão jurisdicional com competência para analisar toda matéria concernente à constitucionalidade das leis.

Nesse aspecto, sustenta Mauro Cappelletti que o fundamento do sistema difuso de controle de constitucionalidade das leis reside no plano da interpretação e consequente aplicação ou não-aplicação da lei, enquanto que o sistema de controle concentrado está baseado na doutrina da supremacia da lei e/ou da nítida separação dos Poderes do Estado.⁴

No que tange ao controle concentrado, afirma Paulo Bonavides que ele se caracteriza por seu teor sumamente energético, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta e pela eficácia *erga omnes* da decisão proferida.⁵

Ambos os mecanismos são rígidos e disciplinados por regras próprias.

Destarte, considerada a importância e abrangência da matéria, o objetivo do presente estudo é o de examinar um dos seus aspectos, qual seja, a possibilidade de concessão de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, examinando o cabimento, requisitos e eficácia da medida, e, por fim, tecer breves comentários sobre a admissibilidade da medida cautelar em outros instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade das leis.

A importância do tema reside no fato de que a decisão concessiva da liminar em ação direta de inconstitucionalidade produz uma significativa alteração na ordem jurídica, provocando sérias consequências para todo o sistema jurídico, consoante sustenta Gilmar Ferreira Mendes.⁶

Ademais, é oportuno salientar que, no âmbito do Direito positivo, o advento da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999⁷ que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal —, trouxe novos contornos normativos para o tema, que também serão analisados.

4 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 84.

5 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 277.

6 MENDES, Gilmar Ferreira. “A eficácia *erga omnes* da decisão concessiva de liminar em ação direta de inconstitucionalidade”. *Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 24/98. Caderno 1. p. 634.

7 *Diário Oficial* de 11-11-1999, Seção 1. p. 1.

2. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

O estudo da admissibilidade da concessão de medida cautelar está jungido intrinsecamente ao desenvolvimento histórico do controle concentrado de constitucionalidade no Direito pátrio.

Logo, faz-se necessária uma breve exposição cronológica do tema.

2.1 CONSTITUIÇÃO DE 1824

A Constituição Imperial de 1824 não previu sistema de controle de constitucionalidade que tivesse semelhança ao ora existente.

Afirma Carlos Alberto Lúcio Bittencourt que, no regime da Constituição de 1824, não foi conferida ao Poder Judiciário a faculdade de recusar a aplicação de atos do Parlamento eivados de inconstitucionalidade.⁸

Com supedâneo na doutrina francesa, foi atribuído ao Poder Legislativo a função de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” e de “velar na guarda da Constituição” (art. 15, n^{os} 8^o e 9^o).

Ao Poder Moderador, considerado como a chave de toda a organização política, foi incumbido o mister de velar sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos (art. 98).

2.2 CONSTITUIÇÃO DE 1891

A Constituição de 1891, influenciada pelo Direito norte-americano, instituiu o modelo difuso de controle de constitucionalidade — que tinha sido previsto na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1^o, *a e b*) —, facultando a interposição de recurso, das sentenças das Justiças dos Estados para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionasse sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1^o, *a e b*).

A Lei n^o 221, de 20-11-1894, disciplinando o controle difuso, consagrou que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar

8 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 27.

aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição” (art. 13, § 10).

2.3 CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934 manteve, em seu art. 76, III, *a e b*, o sistema de controle difuso estabelecido na Carta de 1891.

Acrescentou, todavia, que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade dos membros dos tribunais (art. 179).

Estabeleceu a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (arts. 91, IV, e 96), de maneira a conferir eficácia *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Também instituiu a possibilidade de representação interventiva, a cargo do Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios estabelecidos no seu art. 7º, I, *a a h*.

Assevera Gilmar Ferreira Mendes que a representação interventiva pode ser considerada a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pela Constituição de 1934 e que se tratava de forma peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado Federal (art. 41, 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (art. 12, § 2º).⁹

Estabeleceu, ainda, a vedação de o Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 68).

2.4 CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Constituição de 1937 preservou o modelo difuso de controle, inclusive a necessidade de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade (arts. 101, III, *b e c*, e 96).

9 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade — aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 176.

Entretanto, trouxe evidente retrocesso ao sistema de controle de constitucionalidade ao estabelecer peculiar modalidade de revisão constitucional,¹⁰ de maneira que, no caso de ter sido declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, era necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento e, se este viesse a confirmá-la por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal (art. 96, parágrafo único).

A faculdade acima mencionada foi utilizada em 1939, quando o Presidente da República, Getúlio Vargas, editou o Decreto-Lei nº 1.564, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Anota Gilmar Ferreira Mendes que a Constituição de 1937 não previu disposição sobre a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como também não cuidou da atribuição do Procurador-Geral da República para representar ao Supremo Tribunal Federal, na hipótese de violação aos princípios constitucionais sensíveis.¹¹

2.5 CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Constituição de 1946 restaurou a tradição do controle de constitucionalidade do Direito pátrio, estabelecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de recurso extraordinário (art. 101, III, *a a d*) e a necessidade de maioria absoluta dos membros do tribunal para validade da decisão que declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 200).

Manteve a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 64).

É importante assinalar que não reproduziu o parágrafo único do art. 96 da Constituição anterior.

Também conservou a representação de inconstitucionalidade para efeitos de intervenção federal, introduzindo novas características (arts. 7º, VII, e 8º, parágrafo único).

A Emenda Constitucional nº 16, de 26-11-1965, acrescentou à competência do Supremo Tribunal Federal a de processar e julgar a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República (art. 2º), de maneira a instituir o controle abstrato de normas no Direito pátrio.

10 Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 63.

11 Ob. cit., p. 181.

2.6 CONSTITUIÇÃO DE 1967 E EMENDA Nº1/69

A Constituição de 1967 e a posterior Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, não trouxeram alteração ao sistema existente, mantendo as normas concernentes ao cabimento do recurso extraordinário (art. 114, III, *a a c* — art. 118, III, *a a c*), ao *quorum* para a deliberação de inconstitucionalidade (art. 111 — art. 116) e a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 114, I, *l* — art. 118, I, *l*).

A Emenda Constitucional nº 1/69 disciplinou o controle de constitucionalidade estadual para finalidade de intervenção nos Municípios (art. 15, § 3º, *d*).

A Emenda Constitucional nº 7, de 13-4-1977, pôs termo à controvérsia então existente,¹² estabelecendo, expressamente, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar pedido de medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade oferecidas pelo Procurador-Geral da República (art. 119, I, *p*).

2.7 CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 manteve o sistema de controle de constitucionalidade vigente, introduzindo novos institutos e características.

As inovações da Constituição de 1988 não são o objeto do presente estudo, contudo, pode-se afirmar, em breves linhas, que foi respeitada a competência do Supremo Tribunal Federal para processar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, *a*), bem como o pedido de medida cautelar (art. 102, I, *p*), o recurso extraordinário (art. 102, III, *a a c*) e a necessidade de *quorum* qualificado para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 97).

Foram estabelecidos os institutos do mandado de injunção (art. 102, I, *q*), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) e a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).

A Emenda Constitucional nº 3, de 17-3-1993, por sua vez, instituiu a ação declaratória de constitucionalidade.

12 Objeto de análise do item III.

3. CONTROVÉRSIA SOBRE A CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

A questão concernente à possibilidade da concessão de medida cautelar em sede de controle de constitucionalidade era um tema controvertido, que suscitava diversas indagações.

Após ser instituída a representação de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16/65, a discussão acirrou-se em virtude da criação de um instrumento processual específico para o controle abstrato de normas federais e estaduais pelo Poder Judiciário, mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Saliente-se que na década de 60, sob a vigência da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal já havia deferido liminar, em sede de representação para intervenção — em que a questão da inconstitucionalidade é incidental —, suspendendo a eficácia dos atos impugnados, nos termos das Representações nºs 466 e 467, relatadas, respectivamente, pelos Ministros Ari Franco e Victor Nunes, cujos despachos monocráticos foram mantidos pelo Plenário.¹³

Todavia, consoante assinala Galeno Lacerda,¹⁴ o autêntico *leading case*, em sede de controle abstrato de normas, surgiu com a Representação nº 933,¹⁵ em que o então Procurador-Geral da República, hoje o Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves, requereu a suspensão liminar de dispositivos da Resolução nº 1/75 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob o fundamento de que sua aplicação poderia ensejar problemas sérios, de efeitos irreversíveis, em virtude da aparente inconstitucionalidade de normas relativas à situação funcional de magistrados, decorrente da fusão dos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro.

O debate entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal foi de grande profundidade. O Ministro Thompson Flores, relator do processo, acompanhado pelos Ministros Antônio Neder, Rodrigues Alckmin, Leitão de Abreu e Cordeiro Guerra, concedeu a cautela pretendida sob o fundamento de que existe um poder geral de acautelamento inerente ao próprio exercício da função jurisdicional, de maneira que nenhum juiz deve proferir uma sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que ela não deva produzir os seus efeitos ou que dificilmente deverá produzi-los.

Os Ministros Eloy da Rocha, Bilac Pinto e Xavier de Albuquerque, por seu turno, afirmaram, com espreque no entendimento então vigente, a impossibilidade da conces-

13 RTJ23/1 e DJ 16-11-1962, ap. 209, p. 621 e ss.

14 LACERDA, Galeno *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. vol. VIII, t. I, p. 59.

15 Representação nº 933/RJ, RTJ 76. p. 342-353.

são da cautela, defendendo que a prestação jurisdicional, na ação direta de inconstitucionalidade, se finda com a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, competindo ao Senado Federal a suspensão dos efeitos da norma. Logo, não se poderia antecipar o que não cabe na prestação jurisdicional, ou seja, a suspensão da norma.¹⁶

A ementa do julgamento teve o seguinte teor:

Representação provocada por magistrados para obter declaração de inconstitucionalidade de disposições da Resolução 1/75 do Tribunal de Justiça, as quais comprometem suas garantias, asseguradas pela Constituição.

II — Pedido de medida preventiva visando a garantir a eficácia de ulterior decisão da causa, concretizada na suspensão da execução das normas tidas como inconstitucionais.

III — Embora a suspensão da lei ou decreto, tidos como inconstitucionais, caiba ao Senado Federal, nada impede que, verificados os pressupostos a que se refere o art. 22, IV, c/c o art. 175 do RI do Supremo Tribunal Federal, expedidos com base na Constituição, art. 120, c, seja ela concedida. Razões que conspiram em prol dessa afirmação.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal admitindo-a, em casos semelhantes, fundados no art. 4º da Lei nº 2.271/54, c/c o art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51.

IV — Deferimento da medida. Votos vencidos.”

Destarte, foi fixado que é juridicamente possível a concessão de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade, conquanto tenha natureza de processo objetivo, em razão do poder cautelar inerente à função conferida pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal para o seu julgamento.

Essa posição veio a ser acolhida pela Emenda Constitucional nº 7/77 que, conforme acima mencionado, pacificou a questão, estabelecendo expressamente a competên-

16 É necessário esclarecer que a discussão sobre a eficácia da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e a necessidade ou não da comunicação da decisão ao Senado Federal somente veio a ser pacificada por meio de Decisão Administrativa da Presidência do Supremo Tribunal Federal — publicada no *DJ* de 16-5-1977, p. 3.123 —, que teve por fundamento minucioso estudo elaborado pelo insigne Ministro Moreira Alves, que sustentou que: “Se referente à declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão (...), tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos”.

cia do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar pedido de medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade oferecidas pelo Procurador-Geral da República.

4. MEDIDA CAUTELAR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar e processar o pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, nos termos do disposto no artigo 102, I, *p*.

A Lei nº 9.868, de 10-11-1999¹⁷ — que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal —, disciplina a matéria em seus arts. 10 a 12, seguindo a orientação jurisprudencial consolidada no Supremo Tribunal Federal.

4.1. TERMINOLOGIA

Os estudiosos de Direito Processual fazem distinção entre liminar e medida cautelar. O conhecimento da terminologia utilizada é de grande importância para a aferição da natureza dos institutos.

A palavra liminar é derivada do latim *liminaris*, que pertence à família do termo *limes*, *limitis*, e significa, consoante esclarece Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, o que é posto à entrada, à frente, o que antecede o assunto ou objeto principal.¹⁸

Nesse passo, afirma Rodolfo de Camargo Mancuso que as liminares consistem numa antecipação dos efeitos que seriam obtidos somente ao final da ação, com a prolação da sentença.¹⁹

17 *Diário Oficial* de 11-11-1999, Seção 1. p. 1.

18 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995. p. 395.

19 Sustenta o autor: “As liminares, em qualquer tipo de processo, provocam uma antecipação, ainda que provisória, da tutela pretendida *principaliter*. Elas são como que uma retroprojeção da imagem que, possivelmente, será representada na sentença final; ou, ainda, antecipam para o momento cronológico em que são deferidas os feitos que seriam próprios do provimento de fundo. [...] Já, as cautelares, ao contrário do que possa parecer a muitos, nada têm de antecipação, na medida em que se constituem em um tipo de processo tão autônomo e definido como os de execução ou de conhecimento. Enquanto medidas cautelares, nominadas ou inominadas, elas exercem a função de tutela da segurança, por um lado; por outro, resguardando a situação de perigo, ou de urgência, propiciam que a ação dita principal seja oportunamente exercida de modo útil. Antecipação só haverá se ocorrer concessão de liminar: aí, então, a segurança que houvera de ser concedida na sentença cautelar é recuada no tempo, ainda que a título precário, atuando, então, *initio litis*.” (in “A Questão dos Limites no Poder Cautelar Geral”. *RT* nº 569. p. 21).

A medida cautelar, por seu turno, objetiva a prevenção contra o risco de dano imediato que possa afetar o interesse deduzido no processo, de maneira a comprometer a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no processo de mérito, segundo esclarece Humberto Theodoro Júnior.²⁰

Assim, conclui Betina Rizzato Lara que, enquanto as liminares configuram sempre uma antecipação dos efeitos da sentença, as medidas cautelares podem ou não apresentar esse caráter antecipatório, haja vista que têm por finalidade precípua evitar uma lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte, de modo a permitir a prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva.²¹

No que tange à ação direta de inconstitucionalidade, o que se pede é a concessão de medida, de caráter urgente e provisório, que suspenda a norma impugnada até o julgamento final da ação. Logo, afirma-se que, conquanto o texto constitucional mencione o pedido de medida cautelar, trata-se, em verdade, de medida liminar com natureza cautelar.²²

Por essa razão é que diversas decisões do Supremo Tribunal Federal mencionam expressamente o termo liminar.²³

Aliás, o Pretório Excelso já afirmou o não-cabimento de processo cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, em razão de que ele tem por propósito, em regra, garantir a execução do provimento jurisdicional a ser concedido em ação futura ou em andamento, enquanto que a ação direta de inconstitucionalidade é vocacionada exclu-

20 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. vol. II, p. 358.

21 LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. 2. Ed. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. 1994. p. 23-24.

22 Assevera Betina Rizzato Lara que: “Não obstante a lei mencionar o pedido de medida cautelar, só estaria configurada a presença desta medida se houvesse uma ação cautelar preparatória ou incidental à ação direta de inconstitucionalidade. Não é, porém, o que ocorre. Trata-se, isto sim, de uma medida requerida no bojo da ação de inconstitucionalidade, de caráter urgente e provisório, cuja função é suspender a vigência da lei ou de alguns de seus dispositivos, enquanto se julga a sua constitucionalidade. Esta medida é a liminar, que, neste caso, apresenta uma natureza cautelar. A natureza cautelar decorre do fato de que a liminar, neste tipo de ação, tem o objetivo de evitar a ineficácia da decisão final, ou seja, ela suspende a vigência da lei para evitar que, quando e se ela for julgada inconstitucional, já não tenha causado diversos danos, de incerta ou difícil reparação. Nesta ação, também ocorre uma coincidência entre o obtido com a liminar (suspensão provisória da vigência) e o pretendido com a sentença (‘suspensão definitiva’ da vigência). A liminar classifica-se, portanto, não só como cautelar, mas como cautelar-satisfativa”. (Ob. cit., p. 158).

23 Cf. JSTF 150/15, 153/17, 153/34, 154/70.

sivamente para o controle abstrato das leis, não comportando, por esta razão, qualquer espécie de execução.²⁴

Todavia, o termo medida cautelar encontra fundamento na origem e desenvolvimento histórico do instituto em tela, de forma que foi mantido na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 9.868/99.

4.2 ESCOPO

A finalidade perseguida com o pedido de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade é a de suspender, provisoriamente, a eficácia da lei ou ato normativo argüido como inconstitucional, que será excluído do ordenamento jurídico por oportunidade da decisão definitiva, caso venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade.

Por essa razão, aduz Ives Gandra da Silva Martins que a liminar não tem o condão de desconstituir as relações jurídicas já constituídas e completadas, à luz de um direito então tido por constitucional, e que somente serão alcançadas pela decisão definitiva ou pela discussão em sede de controle difuso.²⁵

4.3 PRESSUPOSTOS

Os pressupostos para concessão da cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade não são diversos daqueles exigidos em processos materialmente jurisdicionais.

Os pressupostos para a concessão da medida cautelar constituem, destarte, na plausibilidade jurídica do pedido, isto é, no *fumus boni iuris*, e no perigo decorrente da demora da decisão definitiva, no fundado temor da ocorrência de dano jurídico iminente, ou seja, no *periculum in mora*.

Expõe Rodrigo Lopes Lourenço que o Supremo Tribunal Federal, partindo do entendimento de que a concessão de liminar tem caráter excepcional, tem fixado rígidas balizas para reconhecer a ocorrência do *periculum in mora*,²⁶ de maneira que nega sua existência quando: a) decorreu grande período de tempo entre a edição da norma impugnada e o início da verificação abstrata de constitucionalidade;²⁷ b) as consequên-

24 AGRPET nº 1.326/CE. Rel. Min. Mauricio Correa. DJ 29-5-1998, p. 7.

25 MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Os efeitos das liminares nas ações diretas de inconstitucionalidade". *Repertório IOB de Jurisprudência*. n. 8/95. Caderno 1. p. 147.

26 LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 84-85.

27 RTJ140/405, 149/66 e 152/692.

cias da suspensão da norma impugnada, pela dificuldade ou incerteza da reparação, são tão graves quanto aquelas decorrentes do indeferimento da liminar;²⁸ c) a lei inquirida de inconstitucional é meramente autorizativa, isto é, não impõe qualquer obrigação, de maneira que o perigo somente surgirá quando o Poder ou órgão autorizado a agir exercite a competência em questão;²⁹ d) o ato impugnado consiste em norma de Constituição estadual de eficácia limitada, necessitando da mediação do legislador para conferir eficácia ao dispositivo questionado, de forma a eliminar o perigo decorrente da demora do julgamento final da ação.³⁰

Acrescenta, ainda, que, objetivando mitigar o entendimento esposado no item *a*, que, a rigor, impossibilitaria a suspensão da eficácia de diversas normas inconstitucionais e teratológicas, o Pretório Excelso passou a entender que o *periculum in mora* também consiste na conveniência da concessão da liminar, cuja justificativa ontológica reside no caráter político que reveste o controle de constitucionalidade.³¹

No atinente ao disposto no item *b*, Nagib Slaibi Filho aduz a existência do pressuposto do *periculum in mora* inverso, considerado como sucedâneo do princípio da proporcionalidade, segundo o qual não se afigura viável a concessão de medida cautelar quando for presente a probabilidade de que a medida a ser concedida possa ser mais gravosa que o dano jurídico decorrente da eficácia da norma impugnada.³²

4.4 LEGITIMIDADE E OPORTUNIDADE PROCESSUAL

Em regra, a concessão de medida cautelar é requerida no bojo da petição inicial apresentada por um dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, cujo rol é previsto no artigo 103 da Constituição da República. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já admitiu a possibilidade de solicitação após o ajuizamento da inicial, no caso de as circunstâncias posteriores justificarem a necessidade da cautelar.³³

28 RTJ147/32.

29 RTJ 155/433.

30 RTJ 148/693, 150/490 e 153/457.

31 RTJ 145/775 e 154/779

32 SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*". 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 137.

33 RTJ 141/394 e 151/739.

Da mesma forma, o Pretório Excelso entendeu por cabível a renovação do pedido de medida cautelar, anteriormente negada, quando do surgimento de fato novo apto a demonstrar o requisito do *periculum in mora* ou da conveniência de sua concessão.³⁴

4.5 PROCEDIMENTO

A Lei nº 9.868/99 estabelece que a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade será concedida por maioria absoluta dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo necessária a presença de, no mínimo, 8 (oito) membros, salvo no período de recesso (art. 10). Prevê, ainda, a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão se pronunciar no prazo de 5 (cinco) dias.

O Relator poderá dispensar a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República e, caso julgue indispensável, determinará a sua manifestação no prazo de 3 (três) dias.

Outrossim, foi estabelecida a possibilidade de, em casos excepcionais, o Tribunal deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 10, § 3º).

Também foi prevista a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, converter o julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo da ação, após a prestação das informações e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República (art. 12).

4.6 EFICÁCIA

Quanto à eficácia da medida cautelar, deve ser observado que a ação direta de inconstitucionalidade possui natureza especial, decorrente do caráter objetivo dos processos de controle abstrato de normas, o que enseja repercussão na eficácia da decisão liminar e final proferida.

É necessário salientar que o Supremo Tribunal Federal, ao exercer, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade, atua como verdadeiro legislador negativo, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de

34 ADIMC nº 504/DF. Rel. Min. Paulo Brossard. *DJ* 13-3-1992. p. 2.921.

exclusão, que consiste em remover do ordenamento jurídico a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na Constituição Federal de 1988.³⁵

Ademais, a declaração de inconstitucionalidade opera seus efeitos apenas no plano normativo, haja vista que a ação direta de inconstitucionalidade possui a finalidade precípua de tutelar a ordem jurídica objetiva.³⁶

A discussão acerca dos efeitos remanescentes da decisão, verificados no mundo dos fatos, deverão ser suscitados por meio do controle difuso de constitucionalidade, em processos autônomos.³⁷

Assim, a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, que tem por escopo a antecipação dos efeitos da sentença definitiva a ser proferida, terá alguns dos seus atributos e nela encontrará os seus limites.

Por essa razão, é assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a decisão liminar tem eficácia *erga omnes*³⁸ e produzirá, em regra, efeitos *ex nunc*³⁹, ressaltada a possibilidade, em casos excepcionais, que lhe sejam conferidos efeitos *ex tunc*⁴⁰.

Esse entendimento foi consagrado na Lei nº 9.868/99 que estabelece expressamente, em seu art. 11, § 1º, que a medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo expressa manifestação em sentido contrário. Ademais, em razão dos seus efeitos alcançarem toda coletividade, prevê o art. 11, *caput*, a necessidade de publicação da parte dispositiva da decisão, no prazo de 10 (dez) dias, em seção especial do *Diário Oficial* e do *Diário de Justiça* da União.

No caso de a medida cautelar suspender a eficácia de norma legal que haja revogado outra, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal esclarece que, sempre que possível, voltará a ter vigência a norma anterior revogada, impedindo o surgimento do

35 ADIMC nº 267/DF. Rel. Min. Celso de Mello. *DJ* 19-5-1995. p. 13.990.

36 O Ministro Moreira Alves afirmou, por ocasião do julgamento da RP nº 971/RJ: “A meu ver, a ação direta de inconstitucionalidade existe para tutelar a ordem jurídica objetiva, por isso nela se julga a inconstitucionalidade da lei em tese. Ela tutela a ordem jurídica vigente, e não a ordem passada, a ordem histórica. Os efeitos concretos que dela nasceram e que permanecem devem ser atacados em ação própria, e não indiretamente, por meio excepcional, que só se criou para fazer respeitar, no terreno do direito objetivo, o princípio da hierarquia das leis” (RTJ 85/758).

37 Min. Celso de Mello. RDA 197/187.

38 ADIMC nº 1.573/SC. Rel. Min. Sydney Sanches. *DJ* 5-9-1997. p. 41.870.

39 RTJ 131/1.023

40 RTJ 138/86.

vazio legislativo.⁴¹ Se a eficácia da cautelar for *ex nunc*, a norma anterior voltará a vigorar a partir da data da medida. Se a eficácia for *ex tunc*, a vigência da norma revogada não sofrerá solução de continuidade.

É importante observar que não se trata de hipótese de repristinação, em razão de que o instituto em exame tem como pressuposto a revogação constitucional, ou seja, válida, de um preceito por outro e o retorno do revogado à vigência por força de uma terceira norma, expressa nesse sentido, conforme prevê o art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

A Lei nº 9.868/99 também disciplinou essa matéria ao estatuir que a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior, acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário (art. 11, § 2º).

Por outro lado, assinala Gilmar Ferreira Mendes que uma das conseqüências jurídicas da decisão concessiva da medida cautelar — que afeta provisoriamente a vigência da norma — é a de, na sua concepção, impedir a aplicação da lei em todos os casos pendentes de apreciação no âmbito administrativo ou judicial.⁴²

Nesse aspecto, salienta Ives Gandra da Silva Martins, por seu turno, que a suspensão da eficácia e vigência da norma impugnada, a partir da decisão concessiva da medida cautelar, isto é, com efeitos *ex nunc*, não tem o condão de desconstituir as situações definitivas, o que se dará somente com a decisão final. Todavia, impedirá a constituição das relações jurídicas ainda pendentes.⁴³

A esse respeito, sustenta o Ministro Neri da Silveira que não cabe no juízo sobre o pedido de medida cautelar, que possui eficácia provisória, se extraiam conclusões acerca dos reflexos da decisão adotada sobre relações jurídicas diversas ou situações individuais constituídas pela anterior incidência da norma suspensa ou mesmo sobre os fatos jurídicos que possam suceder em virtude do julgamento cautelar.⁴⁴

4.7 RECURSOS

O Supremo Tribunal Federal assentou que a decisão concessiva de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade comporta a oposição de embargos de declaração para afastar obscuridade ou contradição, bem como para suprir omissão

41 RTJ 120/64.

42 MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia *erga omnes* da decisão concessiva de liminar em ação direta de inconstitucionalidade. *Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 24/98. Caderno 1. p. 632.

43 Ob. cit., p. 145-146

44 ADIMCE nº 773/RJ. Rel. Min. Neri da Silveira. *DJ* 8-4-1994. p. 7.224.

existente no julgado.⁴⁵ Contudo, afastou a possibilidade dos embargos para suscitar questão jurídica nova⁴⁶ ou para conferir caráter infringente ao julgado.⁴⁷

A Corte, da mesma forma, não admite a interposição de agravo regimental contra decisão do Presidente do Tribunal, que no exercício da competência prevista no art. 13, VII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, examina pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade no período de recesso ou férias, haja vista que ela está sujeita a referendo pelo Plenário (arts. 13, VIII, e 21, IV e V, do RISTF), a quem fica devolvido o conhecimento integral do pedido, independentemente do recurso.⁴⁸

O Pretório Excelso também já negou a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato do Plenário que concedera medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, por considerar inadmissível o mandado de segurança contra ato jurisdicional da Corte, competindo ao Ministro Relator a denegação do seu seguimento.⁴⁹

5. AS MEDIDAS CAUTELARES EM OUTROS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A necessidade do urgente restabelecimento, ainda que em caráter provisório, da integridade do ordenamento jurídico acarreta iguais conseqüências em outros instrumentos de controle de constitucionalidade, possibilitando a concessão de medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 3, de 17-3-1993, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade — cuja decisão definitiva de mérito possui eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo —, foi retomada a discussão acerca da possibilidade ou não da concessão de medida cautelar, em razão da ausência de norma expressa que autorizasse o Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, o Pretório Excelso decidiu que, em ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, a mesma força e eficácia da

45 RPMCED nº 1.429/RN. Rel. Min. Aldir Passarinho. *DJ* 21-8-1987. p. 16.768.

46 ADIMCE nº 773/RJ. Rel. Min. Neri da Silveira. *DJ* 8-4-1994. p. 7.224

47 ADIMCE nº 1.030/SC. Rel. Min. Carlos Velloso. *DJ* 24-2-1995. p. 3.679

48 ADICRA nº 1.554/MA. Rel. Min. Sydney Sanches. *DJ* 8-5-1998. p. 1. e ADIMCA nº 548/DF. Rel. Min. Neri da Silveira. *DJ* 24-4-1992. p. 5.376.

49 AGRMS nº 21.734/DF. Rel. Min. Ilmar Galvão. *DJ* 15-10-1993. p. 21.623.

futura decisão de mérito, em razão de o poder de acautelar ser imanente ao de julgar, mesmo sem expressa previsão constitucional.⁵⁰

A Lei nº 9.868/99, ao disciplinar a matéria, dispõe, no art. 21, que o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de inconstitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Entendimento contrário foi firmado quanto à ação de inconstitucionalidade por omissão.

O Supremo Tribunal Federal, considerando que a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão enseja o reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, deixou assente que lhe compete, apenas, o poder de cientificar o legislador inadimplente para que adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional, assim como que é incabível a medida cautelar, haja vista que não se pode pretender que o mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela decisão final.⁵¹

A Lei nº 9.882, de 3-12-1999,⁵² que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do art. 102, parágrafo único, da Constituição Federal — cabível quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição —, prevê a possibilidade da concessão de medida liminar pelo Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta dos seus membros, que poderá consistir na determinação de que juízes e Tribunais suspendam andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento, salvo se decorrentes da coisa julgada (arts. 1º e 5º).

6. CONCLUSÃO

Após a sucinta exposição sobre a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, sem o intuito de haver esgotado o tema, cuja complexidade e amplitude restou claramente demonstrada, pode-se concluir que a decisão concessiva da liminar

50 ADCMC nº 4/DF. Rel. Min. Sydney Sanches. *DJ* 21-5-1999. p. 2.

51 RTJ 133/569

52 *Diário Oficial* de 6-12-1999, Seção 1, p. 2-3.

acarreta uma profunda alteração no ordenamento jurídico, haja vista que promove a suspensão da eficácia e o afastamento da norma impugnada, em caráter provisório, bem como a restauração do direito anterior, que somente serão confirmados por oportunidade da decisão definitiva, se for reconhecida e declarada a inconstitucionalidade.

Portanto, em razão das conseqüências para o sistema normativo, sua concessão deve ser pautada por critérios rígidos, cujo exame tem sido realizado com inegável prudência pelo Supremo Tribunal Federal, conforme demonstram as decisões mencionadas.

7. BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BÓNAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

FERRI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *Revista dos Tribunais*. 4. ed. São Paulo, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, t. I, 1998.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1994.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A questão dos limites no poder cautelar geral. *RT*. nº 569. p. 13-30.

MARSHALL. John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 1-29.

- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os efeitos das liminares nas ações diretas de inconstitucionalidade. *Repertório IOB de Jurisprudência*. nº 8/95. Caderno 1. p. 150-145
- MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia *erga omnes* da decisão concessiva de liminar em ação direta de inconstitucionalidade. *Repertório IOB de Jurisprudência*. nº 24/98. Caderno 1. p. 634-632.
- _____. *Controle de constitucionalidade — aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de Constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. Vol. II, 1992.

A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA EM SEU DÉCIMO ANIVERSÁRIO: AVANÇOS, EFETIVIDADE E DESAFIOS

Anderson Pereira de Andrade
Promotor de Justiça MPDFT

1. INTRODUÇÃO

Às portas do século XXI, cada vez é maior o empenho do homem para tornar realidade o sonho de Justiça em cada pedaço do nosso planeta. Sem nenhuma dúvida, instrumento privilegiado para a consecução deste projeto é o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nascido a partir dos conflitos que confrontaram nações no século passado, seu lento desenvolvimento inicial, impulsionado pela criação de normas internacionais destinadas a acabar com o flagelo da escravidão, contrasta com o ritmo ágil e a ênfase aos direitos humanos das últimas décadas, culminando com a recente criação da Corte Penal Internacional.

Nos dias de hoje é bastante significativo o número de instrumentos internacionais à disposição dos povos do planeta. Os tratados firmados pelas diversas nações, mais que as simples declarações, as obrigam a assumir compromissos objetivos com respeito aos direitos fundamentais do homem. Nesse âmbito nenhum tratado teve tanta e tão imediata acolhida quanto a Convenção sobre os Direitos da Criança. Há dez anos, dia 20 de novembro de 1989, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou por unanimidade a Convenção, que entrou em vigor no dia 2 de setembro de 1990, um mês depois de ter sido ratificada pelo vigésimo Estado. O Brasil firmou a Convenção em 26 de janeiro de 1990. A ratificação pelo Congresso Nacional veio em 14-9-1990, por meio do Decreto Legislativo nº 28. Desde 1997 a Convenção conta com 191 Estados-Parte. Estados Unidos e Somália são os únicos países que negam aceitação às normas internacionais referentes aos direitos da infância e da juventude.

Entretanto, a simples ratificação ou adesão à Convenção não significam por si mesmas a garantia dos direitos nela inscritos, afirmativa cuja comprovação não demanda grandes esforços de pesquisa. O consenso verificado para a aprovação de um

Convênio generoso ao reconhecer direitos, pode ter sido obtido em detrimento do estabelecimento de mecanismos de controle e vigilância sobre o cumprimento, pelos Estados, das medidas acordadas. De qualquer sorte, e especialmente naquele âmbito do que denominou Bobbio a *função promocional do Direito*, a Convenção vem cumprindo seu papel de maneira inegável, sendo sua influência perceptível em todo o mundo, nos diversos âmbitos onde convoca os Estados a centrar seus esforços em prol dos cidadãos do terceiro milênio.

O presente estudo pretende refletir sobre a Convenção, dez anos após sua assinatura e sob o prisma de sua efetividade, do seu mecanismo de controle, o Comitê de Defesa da Criança, situando-o no marco no qual se inscreve o sistema internacional de tratados de Direitos Humanos. Estudando e entendendo este mecanismo, no intuito de aperfeiçoá-lo para fortalecê-lo em seus objetivos, se estará promovendo os direitos elencados na Convenção sobre os Direitos da Criança e pugnando por sua efetivação.

2. PRECEDENTES DA CONVENÇÃO

O reconhecimento da criança como sujeito de direitos foi tarefa que consumiu vários milênios. Desde os egípcios e mesopotâmios, passando pelos romanos e gregos, até os povos medievais europeus, não se considerava a infância como merecedora de proteção especial e sim todo o contrário. Os meninos e especialmente as meninas foram durante séculos objeto das mais variadas crueldades, desumanidades e autoritarismos. Historicamente, a luta pela atribuição de autonomia e direitos à criança e ao adolescente constituiu-se em uma travessia das sociedades rumo ao reconhecimento a estes de direitos, tais como os atribuídos aos adultos. Tal reconhecimento não implica a outorga de privilégios a ninguém, mas deverá ter sempre em conta a natural situação de fragilidade das crianças e adolescentes: seu paulatino desenvolvimento físico e mental.

A situação crítica vivida pela infância ainda no início deste século, agravada pelo flagelo que representou a Primeira Guerra Mundial, levou a Sociedade de Nações, precursora da atual ONU, a adotar a primeira Declaração em que se recolhiam os direitos da criança, no ano de 1924, conhecida como Declaração de Genebra. Tal Declaração — um texto breve e genérico, composto de cinco artigos —, não obstante a ausência de coercitividade, representou um marco inicial. Assentava as bases para o reconhecimento e proteção dos direitos da infância, além de cristalizar mudanças em relação à concepção sobre a autonomia e os direitos da criança e do adolescente. A Declaração de Genebra trazia à luz ademais o importante conceito denominado interesse superior da criança, mais tarde retomado e desenvolvido pela Convenção de 1989.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a fundação da Organização das Nações Unidas, foi criado em seu âmbito, em 1947, o UNICEF — Fundo das Nações Unidas para a Infância, órgão especializado cuja missão fundamental é a defesa e a promoção dos direitos da criança. No ano seguinte foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo § 2º do art. 25 trata especificamente da proteção à infância. Em 20 de novembro de 1959, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou uma nova Declaração dos Direitos da Criança. Esta se articula em dez princípios que buscam ampliar e atualizar a proteção oferecida pela Declaração de Genebra, além de incorporar novos parâmetros de proteção dos direitos humanos aplicáveis no âmbito da infância e da juventude. Também esse instrumento, importante na caminhada rumo ao pleno reconhecimento dos direitos da infância, carecia de mecanismos de efetividade, de garantias.

A comunidade internacional elegeu o ano de 1979 como o *Ano Internacional da Criança*. A repercussão do evento e uma proposta oferecida anteriormente pela delegação polonesa junto à ONU deram início às discussões que, 10 anos depois, iriam desembocar na assinatura da Convenção sobre os Direitos da Criança. O tempo requerido para a discussão do Tratado oferece uma noção das dificuldades encontradas pelos Estados para chegar a um texto de consenso,¹ que finalmente foi estabelecido, podendo a Convenção orgulhar-se hoje de ter mais firmas que aquelas que se agregam sob a bandeira da Organização das Nações Unidas.²

3. A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

A Convenção sobre os Direitos da Criança completou, aperfeiçoou e deu caráter vinculante à Declaração aprovada pelas Nações Unidas trinta anos antes. Ratificar a Convenção implica revisar a legislação nacional sobre infância e juventude para harmonizá-la com os dispositivos ali estatuídos. A Convenção se divide em quatro blocos: um detalhado preâmbulo com 4 artigos; uma primeira parte com princípios gerais e 36 artigos em que reconhece os direitos da criança e do adolescente; uma segunda parte com 4 artigos em que estabelece seu órgão de controle, o Comitê para os Direitos da Criança; e uma terceira parte, com 9 artigos, em que estabelece os mecanismos para as ratificações, adesões, reservas e emendas. Não será objeto deste suscinto trabalho a de-

1 As dificuldades encontradas pela proposta polonesa apresentada em 1978 podem ser explicadas pelo contexto político internacional da *guerra fria* vivido naquele momento. Somente com a substituição de Reagan por Bush em janeiro de 1989 e o processo que culminou com a queda do muro de Berlim, dias antes da assinatura da Convenção, passaria a existir um cenário mais tranquilo para a aprovação do tratado. Cfr. ALSTON, Philip. *The Best Interests of the Child*. Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 6-7.

2 Efetivamente, há hoje 191 Estados firmantes da Convenção e 188 Estados vinculados à ONU.

talhada análise dos direitos estabelecidos na Convenção,³ contudo, algumas precisões devem ser feitas sobre o que consideramos o tema mais importante abordado pela Convenção, qual seja, o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais das crianças e dos adolescentes.⁴

3.1 A INFÂNCIA, A JUVENTUDE E OS DIREITOS SOCIAIS

O art. 4º da Convenção estabelece que os Estados-Parte adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à *implementação* dos direitos ali reconhecidos. Afirma ainda que, com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados-Parte adotarão essas medidas *utilizando ao máximo os re-*

3 A Convenção reconhece, em resumo, os seguintes direitos à criança e ao adolescente: direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (art. 6º); direito ao nome e à nacionalidade (art. 7º); direitos a aspectos básicos da identidade – nome nacionalidade e laços familiares (art. 8º); direito de viver com seus pais ou de manter contato, caso seja separada de um ou de ambos (art. 9º); direitos de reunificação familiar (art. 10); obrigação do Estado de prevenir e solucionar seqüestros ou retenções de crianças no estrangeiro por um dos pais ou por terceiros (art. 11); direito de expressar sua opinião (art. 12); direito à liberdade de expressão (art. 13); direito à liberdade de pensamento, consciência e religião (art. 14); direito à liberdade de associação (art. 15); direito à proteção da privacidade (art. 16); direito à informação apropriada e obrigação do Estado de adotar medidas de proteção (art. 17); princípio de que os pais têm responsabilidade compartilhada na criação de seus filhos e que o Estado deverá apoiá-los nesta tarefa (art. 18); obrigação do Estado de proteger as crianças de todo tipo de maus-tratos perpetrados pelos pais, parentes ou outros responsáveis (art. 19); obrigação do Estado de proteger as crianças sem família (art. 20); adoção, de acordo com o interesse superior da criança (art. 21); proteção às crianças refugiadas (art. 22); direito das crianças deficientes a cuidados, educação e treinamento especiais (art. 23); direitos da criança a gozar o melhor padrão possível de saúde e serviços relacionados (art. 24); direito a reavaliação periódica das crianças colocadas em famílias temporárias ou permanentes ou em instituições (art. 25); direitos de todas as crianças de usufruírem da previdência social (art. 26); direito a um nível de vida adequado (art. 27); direito à educação (art. 28); metas da educação (art. 29); direito da criança de comunidades minoritárias e de populações indígenas de viver dentro de sua própria cultura (art. 30); direito ao lazer e atividades culturais (art. 31); direito a ser protegida contra a exploração econômica e o trabalho prejudicial ao seu desenvolvimento (art. 32); direito contra o envolvimento com narcóticos e psicotrópicos (art. 33); direito à proteção contra a exploração sexual e o abuso, incluída a prostituição e o envolvimento em pornografia (art. 34); obrigação do Estado de tomar todas as providências para evitar a venda, tráfico e seqüestro de crianças (art. 35); proteção contra todas as demais formas de exploração (art. 36); direitos fundamentais de garantia individual em sede processual (art. 37); normas de direito humanitário internacional de aplicação em caso de conflito armado, no que digam respeito às crianças (art. 38); obrigação do Estado de respeitar e de fazer respeitar a lei humanitária com respeito às crianças (art. 39); normas de Administração da Justiça Juvenil (art. 40); princípio de que se houver um padrão na legislação nacional ou em outro instrumento internacional aplicável, mais alto que os estabelecidos na Convenção, o padrão mais alto será utilizado.

4 Para uma boa apreciação sobre os direitos contidos na Convenção: O'DONNELL, Daniel. "A Convenção sobre os Direitos da Criança: estrutura e conteúdo", em www.abmp.org.br (página de internet da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça pela Infância e Juventude).

recursos disponíveis. Tal artigo, crucial para a aplicação da Convenção, propõe dois problemas, o da definição do que seja *implementação* e o da identificação do nível de gastos de cada Estado no sentido de cumprir o mandamento convencional *máximo dos recursos disponíveis*.

Quanto ao primeiro problema, apesar de não haver convergência na doutrina sobre um significado preciso, há consenso sobre não ser a implementação simplesmente a juridificação de uma vontade, a confecção de uma determinada legislação em um ou outro sentido. A palavra implementação, neologismo de origem anglo-saxônica, remete a um conjunto de medidas, não só legislativas, mas principalmente orçamentária, administrativa e política que, todas juntas, levam à concretização de um ou mais direitos. Como afirma o professor Manuel Calvo García: “A realização efetiva do direito regulativo exige, em primeiro lugar, a criação e colocação em funcionamento do âmbito jurídico-burocrático de intervenção que assuma o desenvolvimento dos programas e aplicação das normas de proteção e promoção de valores e fins sociais que obrigam a uma regulação cada vez mais complexa e a *mobilização* de amplos meios econômicos, institucionais, técnicos e humanos necessários para a realização dos fins e objetivos regulativos: dotações orçamentárias; elaboração e impulso de políticas públicas e programas de intervenção; criação e adaptação de aparatos e infra-estrutura de intervenção pública e semi-pública; incorporação de expertos; estabelecimento de controles e avaliações, etc. Este processo começa a ser denominado, quase de modo generalizado, *implementação*, embora não se observe acordo sobre o alcance do mesmo.”⁵

A segunda questão sublinhada se refere a um problema fortemente identificado na Convenção e em outros instrumentos jurídicos internacionais, qual seja, o da falta de compromisso efetivo dos Estados com a concretização dos direitos, especialmente os sociais, sob o argumento da falta de capacidade econômica. Em três momentos (arts. 4º, 23 e 27) a Convenção condiciona a adoção de medidas concretas em prol da infância à *existência de possibilidade* ou *de acordo com os recursos disponíveis*, em contradição com outros dispositivos do texto que estabelecem compromissos taxativos dos Estados. Esses fatos, somados ao problema de estarem os conceitos jurídicos na Convenção muitas vezes formulados de maneira indeterminada ou não-coercitiva, podem debilitá-la e dar margem a interpretações ambíguas.⁶

5 CALVO GARCÍA, Manuel. “Paradojas regulativas: las contradicciones del derecho en el estado intervencionista”, em JOSÉ AÑÓN, María; BEGALLI, Roberto; CALVO, Manuel y CASANOVAS, Pompeu (Orgs.), *Derecho y Sociedad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 99-129.

6 Pode-se encontrar uma crítica mais detida à terminologia jurídica empregada na Convenção, em comparação a outros instrumentos internacionais em: PÉREZ VERA, Elisa. “El convenio sobre los Derechos del Niño”, em PECES-BARBA, Gregorio (Org.), *Garantía Internacional de los Derechos Sociales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, p. 167-185.

A indevida divisão: direitos individuais, civis e políticos por um lado e direitos econômicos, sociais e culturais por outro é repetidamente negada no âmbito doutrinário, como manifestou taxativamente a *Declaração e o Programa de Ação de Viena*, aprovados pela Conferência Mundial de Direitos Humanos, dia 25 de junho de 1993: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e estão relacionados entre si. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global e de maneira justa e eqüitativa, em pé de igualdade e dando a todos o mesmo peso”. Não se justifica portanto a ressalva feita pelo art. 4º ao limitar a adoção das medidas para implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais ao máximo de recursos disponíveis. Tal preceito pode estimular — e efetivamente é o que se tem visto —, que Estados deixem de cumprir seus mais mezinhos deveres frente à proteção à infância sob o simplório e pusilânime argumento da falta de recursos, tornando *letra morta* as disposições atinentes aos direitos sociais.⁷

4. O SISTEMA INTERNACIONAL DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

A evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de seus instrumentos, declarações, pactos e tratados, trouxe a exigência da criação de mecanismos de controle e garantia da efetividade dos direitos pactados. A necessidade de se dar coercitividade a esses textos possibilitou a construção de um sistema, ainda inacabado, de proteção dos direitos humanos no âmbito internacional. Tal sistema possui uma capacidade evolutiva potencialmente ilimitada, condicionada apenas pela soberania dos Estados, cada vez mais cõscios da conveniência de estar o exercício do poder soberano nacional submetido a limites jurisdicionais internacionais criteriosamente acordados.

A partir do momento em que firmam os tratados que prevêm determinados mecanismos de supervisão do cumprimento das medidas pactadas, os Estados vinculam-se a estes. Diversas são as formas de controle e garantia dos direitos estabelecidos nos tratados. Carlos Villán Durán esboça uma classificação do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos composta por dois grandes grupos: I. A proteção convencional dos direitos humanos; e II. A proteção extra-convencional dos direitos humanos. O primeiro grupo estaria subdividido em três: A. Mecanismos não contenciosos; B. Mecanismos quase-contenciosos; e C. A proteção judicial. O segundo grupo estaria subdividido em: A. O sistema de relatores especiais; B. As ações urgentes como mecanismo precursor de um mandado de segurança internacional; C. O Alto Comissa-

7 Sobre o tema, nossa posição está afirmada em trabalho publicado em outro número desta Revista: ANDRADE, Anderson Pereira de. “Os direitos econômicos, sociais e culturais no cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem”, *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Ano 6, nº 12 — julho/dezembro de 1998, p. 11-29.

riado das Nações Unidas para os Direitos Humanos; e D. O Conselho de Segurança e os Direitos Humanos.⁸

Comitês de expertos independentes encarregados de examinar os relatórios periodicamente enviados pelos Estados-Parte, como o Comitê para os Direitos da Criança previsto na Convenção sobre os Direitos da Criança, constituem-se em um dos procedimentos mais antigos estabelecidos pelo Direito Internacional e Villán Durán os classifica como *mecanismo não contencioso*. Além da Convenção, outros seis tratados considerados fundamentais prevêm tal organismo: o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Inumanas ou Degradantes.

Todos estes tratados têm órgãos de controle que, apesar da ausência da potestade sancionatória, tiveram um papel fundamental no desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos nas últimas décadas. Segundo o autor citado: “Uma vez ratificado o respectivo tratado, o Estado-Parte é obrigado a aceitar esse procedimento de controle como um elemento essencial do próprio tratado. Ademais, as disposições que regulam as funções do comitê encarregado de assumir as tarefas de controle não poderão ser objeto de reserva ou derrogação por parte dos Estados que queiram ser parte no tratado respectivo. A universalização deste procedimento depende, pois, do número de ratificações dos respectivos tratados.”⁹

Além dos Comitês, o Direito Internacional vem desenvolvendo outros mecanismos de supervisão, como as *Comunicações entre Estados* e as *Comunicações por particulares*. Três tratados possuem estes dois mecanismos de controle, plasmados nos três textos de maneira semelhante: o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos,¹⁰

8 VILLÁN DURÁN, Carlos. “La protección de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas”, em MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. (Ed.) *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*. Madrid, Universidad Carlos III-B.O.E., 1996, p. 25-56.

9 Op. cit., p. 35.

10 Dispõe o art. 41.1 do Pacto, que trata da *Comunicação entre Estados*: “Todo Estado-Parte do presente Pacto poderá declarar a qualquer momento que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações em que um Estado-Parte alegue que outro Estado Parte não cumpre as obrigações que lhe impõe este Pacto. As comunicações feitas em virtude do presente artigo somente serão admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado-Parte que tenha declarado reconhecer com respeito a si mesmo a competência do Comitê. O Comitê não admitirá nenhuma comunicação relativa a um Estado-Parte que não haja feito tal declaração. As comunicações recebidas em virtude deste artigo tramitarão conforme o procedimento seguinte: (...)”

a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial¹¹ e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Inumanas ou Degradantes.

Estes mecanismos, considerados como *quase-contenciosos* por Villán Durán, representam um avanço considerável na busca de uma maior efetividade para os instrumentos internacionais, apesar de sua patente insuficiência. Especialmente o sistema de comunicação por particulares vem sendo utilizado, já que mesmo estando previsto somente nos três tratados citados, milhares de cidadãos de todo o mundo recorreram à ONU na esperança de encontrar remédio para os seus direitos que consideraram violados. O autor citado assegura terem sido recebidas, de 1972 a 1988, 350 mil petições particulares, sendo que pouco mais de 400 tiveram tramitação. Afirma ainda: “A escassa aceitação pelos Estados do sistema facultativo de reconhecimento da competência dos respectivos Comitês para processar as queixas dos particulares, as rigorosas regras de admissibilidade pelas quais devem passar antes de ser conhecidas, a lentidão dos procedimentos e sua escassa disponibilidade (somente três das Convenções os prevêem), assim como sua tardia entrada em vigor (a partir de 1976), são os fatores mais evidentes do relativo fracasso desses mecanismos convencionais que não lograram alcançar um grau mínimo de universalização.”¹²

Por fim, deve-se fazer menção ao mecanismo previsto unicamente no art. 20 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Inumanas ou Degradantes,¹³ outra possibilidade importante que se abre ao permitir que os expertos, membros do Comitê, verifiquem *in loco* a situação denunciada.

11 Dispõe o art. 14 da Convenção sobre a *Comunicação por particulares*: “Todo Estado-Parte poderá declarar a qualquer momento que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar comunicações de pessoas ou grupos de pessoas compreendidas dentro de sua jurisdição, que alegarem ser vítimas de violações por parte desse Estado, de qualquer dos direitos estipulados na presente Convenção. O Comitê não receberá nenhuma comunicação referente a um Estado-Parte que não houver feito tal declaração.”

12 Op. cit., p. 51.

13 “Artigo 20. 1. O comitê, em caso de receber informação fiável que a seu juízo pareça indicar de forma fundamentada que se pratica sistematicamente a tortura no território de um Estado-Parte, convidará este Estado a cooperar no exame da informação e a tal fim apresentar observações com respeito à informação de que se trate. 2. Tendo em conta todas as observações que haja apresentado o Estado-Parte de que se trate, o Comitê poderá, se entende que está justificado, designar a um ou a vários de seus membros para que procedam a uma investigação confidencial e informem urgentemente ao Comitê. (...) 4. Depois de examinar as conclusões apresentadas pelo membro ou membros conforme o parágrafo 2º do presente artigo, o Comitê transmitirá as conclusões ao Estado-Parte de que se trate, junto com as observações ou sugestões que estime pertinentes em vista da situação.”

5. O COMITÊ PARA OS DIREITOS DA CRIANÇA¹⁴

O Comitê para os Direitos da Criança deu início aos seus trabalhos em 1991, sendo, segundo o art. 43 da Convenção, o órgão encarregado de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados-Parte. O Comitê é integrado por dez expertos que são eleitos pelos Estados a cada dois anos. Os Estados podem apresentar um candidato escolhido entre seus cidadãos, mas estes exercerão suas funções a título pessoal.¹⁵ As reuniões do Comitê se celebram ordinariamente três vezes ao ano, em geral nos meses de janeiro, maio e setembro, no Centro de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Genebra, Suíça e têm uma duração de três semanas. A Assembléia Geral das Nações Unidas, por sua Resolução nº 50/155, de 21 de dezembro de 1995, aprovou uma emenda ao art. 43.2 da Convenção aumentando o número de membros do Comitê para dezoito, com o intuito de agilizar seus trabalhos. A emenda entrará em vigor tão logo seja ratificada por dois terços dos Estados-Parte.

5.1 OS TRABALHOS DO COMITÊ PARA OS DIREITOS DA CRIANÇA

O art. 44 da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que os Estados-Parte se comprometam a apresentar ao Comitê relatórios — o primeiro em um prazo de dois anos a partir da data em que entrou em vigor para cada Estado-Parte e, a partir de então, a cada cinco anos —, sobre as medidas que tenham adotado com vistas a tornar efetivos os direitos reconhecidos na Convenção e sobre os progressos alcançados no desempenho desses direitos. Citado artigo aclara que os relatórios deverão indicar as circunstâncias e dificuldades existentes que afetem o grau de cumprimento das obrigações derivadas da Convenção. Estabelece, também, que o Comitê poderá pedir aos Estados-Parte mais informação relativa à aplicação da Convenção e apresentará, a cada dois anos, relatório à Assembléia Geral das Nações Unidas sobre suas atividades.

Em sua primeira sessão, em outubro de 1991 o Comitê aprovou um conjunto de diretrizes para ajudar os Estados-Parte a redigirem e estruturarem seus relatórios iniciais. Foi recomendado aos governos que elaborem seus relatórios de acordo com essas normas gerais. O enfoque principal deve ser a abordagem das dificuldades e obstáculos encontrados para a implementação da Convenção nos diferentes países. Pede-se que o informe esteja *orientado aos problemas* e seja autocrítico e se estimula aos Estados a

14 Algumas informações contidas neste capítulo foram obtidas na página da internet da Organização das Nações Unidas. (www.un.org)

15 O Brasil tem uma representante no Comitê, a Sra. Marília Sardemberg Zelner Gonçalves, funcionária do Min. das Relações Exteriores.

especificar as *prioridades de implementação* e os *desafios específicos para o futuro*. Ademais, devem ser subministrados com o relatório textos legais relevantes e dados estatísticos. Ao estabelecer esses procedimentos, o Comitê enfatizou a importância de instituir uma linha de diálogo com os representantes dos governos. Nesse contexto, deixou também clara a importância da cooperação com os organismos mais significativos das Nações Unidas e suas agências especializadas, assim como outras instituições de destacada atuação na defesa da infância e da juventude, como são as ONGs.

5.2 OS RELATÓRIOS DOS ESTADOS-PARTE

A principal função do Comitê, como dito, é analisar os relatórios remetidos pelos Estados-Parte. Em seus 8 anos de atividades, foram recebidos 169 relatórios pelo Comitê — 139 iniciais e 30 segundos relatórios periódicos, sendo que 110 foram examinados — 103 iniciais e 7 periódicos. Estes dados chamam a atenção para dois problemas: o primeiro, a lentidão do Comitê para examinar os relatórios que recebe; fato que se tenta solucionar com a emenda supracitada à Convenção, em processo de ratificação. O segundo é o que relata a funcionária do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, lotada no Comitê, Mara Rodríguez-Bustelo, em recente seminário: “...o mais grave problema, comum ao resto do sistema de tratados internacionais de direitos humanos, é o da falta de mecanismos apropriados para tratar a situação de Estados-Parte que não apresentam relatórios, apesar do compromisso assumido. Neste momento, faltam mais de cinquenta relatórios iniciais que deveriam ter sido apresentados. Destes, alguns com atrasos que ultrapassam sete anos e representam países tão povoados como o Brasil.”¹⁶ Nosso país ocupa mais uma vez um desonroso lugar no cenário internacional — inexplicavelmente, dadas as medidas, ao menos legislativas, tomadas em defesa da criança e do adolescente — ao recalçar em cumprir as normas da Convenção que assinou. Ao mesmo tempo, suprema contradição, envia representante que toma assento no Comitê.

5.3 AS SESSÕES DE ANÁLISES DOS RELATÓRIOS

O procedimento de análise dos relatórios se inicia com um grupo de trabalho do Comitê, que desenha as prioridades para uma análise preliminar e prepara as discussões com os representantes dos Estados-Parte. Ademais dos relatórios, o grupo de tra-

16 RODRÍGUEZ-BUSTELO, Marta. “La labor del Comité de Derechos del Niño”, en *Jornadas sobre 'Los Derechos de la Infancia y de la Juventud'*, Zaragoza, Universidade de Zaragoza, 4-5 de novembro de 1999, mimeo.

balho considera importante a informação encaminhada por outros organismos de direitos humanos e ONGs.

Os organismos das Nações Unidas e as agências especializadas tomam parte nas deliberações do grupo de trabalho e proporcionam informações. Com base na informação escrita recebida de ONGs, o Comitê freqüentemente convida essas organizações a participar dos encontros preparatórios sobre os relatórios dos Estados. O resultado dos grupos de trabalho anteriores às sessões é um *questionário de perguntas específicas*. Essa lista, que oferece uma indicação preliminar sobre os temas que o Comitê considera prioritários para a discussão, é enviada ao governo correspondente com um convite para participar da próxima sessão plenária do Comitê, na qual o relatório respectivo será examinado. Estimula-se o governo respectivo a responder às perguntas por escrito antes da sessão. O método dá a estes oportunidade de preparar-se para a discussão com o Comitê.

5.4 OBSERVAÇÕES FINAIS

Ao final de todo procedimento, o Comitê adota *observações finais*, que representam seu juízo e impressão acerca do relatório dos Estados-Parte. As observações finais devem ser amplamente divulgadas nos Estados e servir como ponto de partida para um debate nacional sobre como dar efetividade aos dispositivos da Convenção. As observações constituirão, a partir desse momento, um documento essencial: se esperará dos governos a execução das recomendações nelas contidas. Para tal desiderato, o papel da imprensa é fundamental, divulgando as conclusões do Comitê, cobrando dos Estados a sua execução e denunciando as transgressões aos direitos das crianças.

Além de identificar os problemas e instar os Estados-Parte a resolvê-los, o Comitê, de acordo com o art. 45.b da Convenção, poderá transmitir aos organismos especializados, ao UNICEF e a outros órgãos competentes os relatórios dos Estados-Parte que contenham uma solicitação de assessoramento ou assistência técnica, ou aqueles em que ele indique essa necessidade, junto com as observações e sugestões, caso existam, acerca dessas solicitações.

Uma inovação procedimental foi introduzida pelo Comitê em janeiro de 1993, quando recomendou à Assembléia Geral que esta requeresse ao Secretário-Geral a realização de um estudo sobre a proteção das crianças e adolescentes envolvidos em conflitos armados. Tal petição, conseqüência de um dia de estudos dedicados a este direito concreto, outra inovação implantada pelo Comitê, resultou no importante relatório preparado por Graça Machel. Desde então, foram promovidas várias discussões específicas sobre exploração econômica de crianças e adolescentes, direitos da infância no contexto familiar, direitos da menina, justiça juvenil e violência nos meios de comuni-

cação. Cada discussão temática é promovida uma vez ao ano e pode gerar uma investigação mais ampla. Também são promovidas discussões temáticas com o objetivo de fundamentar o trabalho de interpretação dos artigos da Convenção.

5.5 PROCEDIMENTOS URGENTES

A Convenção sobre os Direitos da Criança não estabelece um mecanismo de reclamação individual para a criança, o adolescente ou seus representantes. O Comitê pode, sem embargo, pedir aos Estados-Parte “maiores informações sobre a implementação da Convenção” (art. 44.4). Tal informação adicional pode ser requerida aos governos se existirem indícios de problemas graves.

6. AS CONQUISTAS E OS DESAFIOS NO CAMINHO RUMO À EFETIVIDADE DA CONVENÇÃO E O PAPEL DE SEU MECANISMO DE CONTROLE

6.1 OS ÊXITOS

A massiva adesão à Convenção pela quase unanimidade dos países é, por si só, uma vitória daqueles que lutam para que todas as pessoas sejam respeitadas como tais desde o seu nascimento. Poder-se-ia apontar alguns aspectos onde a Convenção avançou sensivelmente em relação a outros instrumentos de direito internacional, ao estabelecer um mecanismo de controle. Em primeiro lugar, a independência dos membros do Comitê. Não sendo representantes dos governos, eles não estão submetidos a suas ordens.¹⁷ Em segundo lugar, a competência de auto-organização do Comitê, que tem autonomia para estabelecer sua própria estrutura. Em terceiro lugar, a prerrogativa do Comitê de recolher dados em fontes que não sejam os relatórios dos Estados, como relatórios de outros organismos das Nações Unidas e das ONGs e a participação de tais instituições nos debates do Comitê.

6.2 OS OBSTÁCULOS

Muito se repete que talvez seja a fragilidade do mecanismo de garantia a razão última do aparente êxito da Convenção sobre os Direitos da Criança: os Estados pouco se sentem ameaçados em suas prerrogativas pelas competências de um órgão interna-

17 No caso brasileiro, tal afirmativa se faz de forma reciosa, ao estar destinada ao Comitê uma funcionária diplomática.

cional de controle.¹⁸ Está claro que o mecanismo de controle estabelecido não cumpre de maneira satisfatória seu papel, como se pode observar da análise das sessões do Comitê. Alguns países não apresentam seus relatórios, outros os apresentam incompletos e deixam de enviar seus representantes às reuniões ou não cumprem as *observações finais* do Comitê.

Outro problema, apontado por Carrillo Salcedo, é a superposição de órgãos de controle no âmbito das Nações Unidas. Vários Comitês, uma grande Comissão e um Grupo de Três (cujas reuniões estão suspensas desde fevereiro de 1995) funcionam para pôr em prática este mecanismo não contencioso de garantia. Para ele, a proliferação de órgãos é pouco aconselhável, razão pela qual afirma ser desejável a fusão de todos eles em um único órgão de controle, seguindo o modelo da Organização Internacional do Trabalho. Uma dificuldade técnica para a implantação desta solução advém, sem dúvida, de que os Estados-Parte não são os mesmos nos tratados nos quais o mecanismo de relatórios periódicos foi estabelecido. Não obstante, conclui o professor, do mesmo modo que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi instituído mediante uma resolução do ECOSOC (Resolução nº 1.985/17, de 28-5-1985), caberia pensar que uma resolução do Conselho Econômico e Social ou, com mais propriedade, da Assembléia Geral das Nações Unidas pudesse instituir esse mecanismo.¹⁹

7. CONCLUSÃO

Passados dez anos da assinatura da Convenção sobre os Direitos da Criança, podemos afirmar ter sido justificada sua aparição e vitoriosa sua trajetória. Porém, ao reconhecer importantes direitos de caráter social a esse coletivo, a Convenção obrigou os Estados a reorganizar suas estruturas orçamentárias, administrativas e de recursos humanos, tarefa muitas vezes negligenciadas. A ausência dessas estruturas, determinantes para a efetividade de direitos que exigem prestações estatais, somada à pouca coercitividade do mecanismo convencional de garantia dos direitos estabelecidos, pode levar, naqueles países relapsos com suas obrigações, ao incumprimento do diploma internacional.

O mecanismo de controle estabelecido pela Convenção, oito anos depois de sua instalação, representa um avanço indubitável na tentativa lenta, porém segura, de submeter os Estados a um órgão superior dentro do âmbito deste tratado sobre os direitos

18 CARRILLO SALCEDO, Juan A. Procedimientos para la protección de los derechos de los menores en el ámbito de las Naciones Unidas. In: VERDUGO, Miguel A, e SALA, Victor S. (eds.): *Simposio Internacional sobre la Convención de los Derechos del Niño hacia el Siglo XXI*. Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 1996. p. 98.

19 Op. cit. p. 100.

da infância e da juventude. Não tendo sido o Comitê criado como órgão sancionador, passou por várias mudanças, em suas características, que o foram convertendo no embrião de um verdadeiro órgão fiscalizador das atividades dos Estados, dentro de suas possibilidades.

Algumas medidas poderiam ser tomadas para fortalecê-lo. A primeira seria integrar as ONGs aos processos de elaboração dos relatórios, buscando seu compromisso com a divulgação das observações finais do Comitê e com as reivindicações de mudanças sugeridas em tais documentos. A ampla difusão dos trabalhos do Comitê, assim como das observações finais, é um meio seguro para envolver a opinião pública na discussão dos problemas da infância e para pressionar os governos a buscar soluções — daí o papel fundamental desempenhado pela imprensa. Outra proposta seria dar mais mobilidade ao Comitê para que ele pudesse verificar, *in loco*, a situação daqueles países com relatórios não apresentados ou insuficientes. Com a provável incorporação de mais oito membros aos dez atuais, o Comitê terá maior disponibilidade de recursos humanos e, apesar do trabalho acumulado, poderá considerar a hipótese de deslocar-se até os cenários das violações dos direitos da infância. Também poder-se-ia desenvolver o procedimento de *comunicações por particulares*, como vem fazendo o sistema de proteção extraconvencional dos Direitos Humanos, de maneira que se amplie a competência do Comitê, fixada pela Convenção. A coordenação das instituições dentro das Nações Unidas também se faz necessária para um bom acompanhamento não só das disposições da Convenção, mas de todos os demais tratados que dispõem de algum mecanismo de garantia. As notícias de reuniões periódicas dos presidentes dos diversos Comitês, assim como dos diversos relatores especiais são bem-vindas e prognosticam uma nova etapa das Nações Unidas em que todos os órgãos possam trabalhar integrados.

Em relação ao caso brasileiro, a não-apresentação de nenhum relatório, passados quase dez anos da assinatura da Convenção, está a reclamar urgente intervenção do Ministério Público, em parceria com as ONGs nacionais e estrangeiras com representação aqui comprometidas com a defesa da infância e da juventude, para a propositura, incontinenti, de ação civil pública que obrigue o governo a elaborar e enviar ao Comitê os referidos relatórios, pertinentes e necessários.

7.1 EPÍLOGO

Garantir, neste momento, a implantação dos direitos reconhecidos pela Convenção sobre os Direitos da Criança seria garantir às gerações futuras condições objetivas para que cada cidadão possa desenvolver seu projeto vital com liberdade e em igualdade de oportunidades. Ninguém deve iludir-se, especialmente no Brasil, considerando

que a simples adesão a um tratado internacional vá garantir tais condições. Nem mesmo a aprovação de uma lei extremamente avançada (Estatuto da Criança e do Adolescente), calcada na Convenção, representou, quase dez anos após sua aprovação, a emancipação ética, social e econômica, da infância e da juventude brasileira. Muito mais há para fazer, além de elaborar e tentar aplicar as leis, se quisermos viabilizar saídas para a situação ultrajante a que estão submetidos milhões de meninos e meninas do Brasil. O Direito encontra um dos seus limites na falta de compromisso dos governantes com o Estado Democrático de Direito. A democracia que obriga os cidadãos a exercer seus direitos formais, como o de voto, e se esquece de cumprir seus deveres materiais, básicos para o exercício dessa cidadania, não pode ser chamada como tal. Deve ser combatida. Os cidadãos, alertas para o desserviço que prestam os sucessivos grupos dirigentes que vêm ocupando o poder em nosso país, devem tomar as rédeas das mudanças, passando a atuar organizadamente para a concretização de todos os direitos fundamentais.

Porém, como contribuir para o trânsito da marginalização ao protesto, do isolamento à defesa dos direitos por todos reconhecidos, da revolta ocasional a uma ação política coerente? Uma forma de intervenção direta em auxílio aos desassistidos é o que denominou J.J. Gomes Canotilho *subsidiariedade*, uma espécie de processo assistencial auto-sustentado, formado basicamente por iniciativas sociais de auto-ajuda (alcoólatras anônimos, grupos de apoio aos portadores de AIDS, sociedade dos afetados por esclerose múltipla etc.).²⁰ Outra saída, como sugere Alain Touraine em seus últimos escritos, é trabalhar na formação de novos agentes sociais, sujeitos aptos à intervenção social reivindicativa, característica da experiência francesa presente e pretérita de mobilização popular, que nas ruas logra frear ações governamentais prejudiciais aos interesses dos cidadãos. As organizações assim formadas, reivindicando seus direitos básicos ao trabalho, à moradia, à terra etc., implicariam a opinião pública, ganhando sua simpatia, e o Estado, que sem desconhecer a realidade internacional se veria na obrigação de viabilizar a solução dos problemas fundamentais da sociedade nacional.²¹ Não há dúvida de que os problemas são profundos e as soluções, complexas. Claro está, desde logo, que seja qual for a saída, esta deverá passar pela submissão do âmbito econômico-financeiro ao político-social, o inverso do que se verifica atualmente. O grau de compromisso, mobilização e envolvimento das pessoas nas comunidades de cada país é que vai determinar a qualidade das respostas obtidas por cada sociedade e sua efetividade.

20 GOMES CANOTILHO, J.J. Metodología "fuzzy" y "camalcones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y Libertades*, Revista do Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid: B.O.E., nº 6, 1998. p. 48-49.

21 TOURAINE, Alain. *¿Cómo salir del liberalismo?* Barcelona: Paidós, 1999.

BIBLIOGRAFIA

- ALSTON, Philip. *The best interests of the child*. Oxford: Claredon Press, 1994.
- ANDRADE, Anderson Pereira de. Os direitos econômicos, sociais e culturais no cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. nº 12, jul./dez. 1998.
- CALVO GARCÍA, Manuel. Paradojas regulativas: las contradicciones del derecho en el estado intervencionista. In: JOSÉ AÑÓN, María et alli (orgs). *Derecho y sociedad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- CARRILLO SALCEDO, Juan A. Procedimientos para la protección de los derechos de los menores en el ámbito de las Naciones Unidas. In: VERDUGO, Miguel A.; SALA, Victor S. (eds.). *Simposio Internacional sobre la Convención de los Derechos del Niño hacia el Siglo XXI*. Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 1996.
- CENDOC Izquierda Unida. *Los derechos humanos y las libertades civiles. Instrumentos Internacionales I*. Madrid: Cendoc Izquierda Unida, vol. II, 1999.
- GOMES CANOTILHO, J.J. Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y Libertades*. Revista do Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid: B.O.E., nº 6, 1998.
- PÉREZ VERA, Elisa. El convenio sobre los derechos del niño. In: PECES- BARBA, Gregorio (org.). *Garantía internacional de los derechos sociales*, Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, 1990.
- RODRÍGUEZ-BUSTELO, Marta. La labor del Comité de Derechos del Niño. In: *Jornadas sobre 'los derechos de la infancia y de la juventud'*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 4-5 nov. 1999 (mimeo).
- VILLÁN DURÁN, Carlos. La protección de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas. In: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. (ed.) *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*. Madrid: Universidad Carlos III. B.O.E., 1996.

MINISTÉRIO PÚBLICO E MOVIMENTOS SOCIAIS: UMA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

Roberto Carlos Batista¹
Promotor de Justiça MPDFT

“O direito é fruto do exercício da cidadania, que se traduz pela organização dos diversos seguimentos sociais, no sentido da defesa de seus interesses e projetos.”
(Roberto Aguiar)²

1. INTRODUÇÃO

Experimentamos, na contemporaneidade, um processo de conflituosidade coletiva, de massificação das demandas, de uma nova dimensão das necessidades e relações humanas. O traçado das políticas públicas, das normas positivadas e das organizações estatais fulcrado no perfil meramente individualista, que tem como parâmetro o Estado liberal, encontra-se desatualizado, obsoleto, ineficiente e estéril frente à sociedade hodierna. As carências não se situam mais no plano meramente individual.³ Hoje se es-

-
- 1 Promotor de Justiça titular da 1ª Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural do Distrito Federal; mestrando em Direito e Estado pela UnB; Professor de ensino superior (UniCEUB); coordenador de cursos de pós-graduação e diretor cultural da Fundação Escola Superior do MPDFT.
 - 2 Direito ao meio ambiente e participação popular. Brasília: IBAMA, 1994, p. 19-30.
 - 3 Como bem remarca o lúcido prof. Calmon de Passos: A democracia social, o *welfare state*, a sociedade de massa, o fenômeno da urbanização e das megalópolis, o perecimento das casas e o congestionamento das ruas, a socialização da agressão, que deixou de ser um problema de alguns para se fazer preocupação de todos, a coletivização das carências, hoje igualmente compartilhadas de seres humanos, solidários no infortúnio e tão solitários na ventura, tudo isso levou à proteção jurídica de interesses, necessidades, carências que, permanecendo individuais, por dizerem respeito a pessoas bem caracterizadas, os Josés e as Marias da vida (e desse prisma são direitos individuais), por igual se revestem do caráter de interesses, necessidades, carências coletivas, porque compartilhadas em termos idênticos por uma série de pessoas, às vezes até insuscetíveis de determinação precisa. (*Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 10-11).

praiaram por toda uma coletividade, muitas vezes incomensurável, dado o caráter da difusidade subjetiva.

A proteção de valores, direitos e bens indispensáveis a uma qualidade de vida razoável, ao bem-estar, à participação real na tomada de decisões sociais e políticas, dentre outros fatores, contextualizará a sociedade pós-moderna. Nesse cenário, os chamados movimentos sociais exercem papel fundamental na reivindicação e instrumentalização de direitos, na criação de novos direitos, na formação de um poder participativo que toma espaço e interfere na condução dos rumos da coletividade.

A legitimação para a defesa social se faz marcar pela presença dos autores coletivos, a quem se confere poderes para a luta pelos direitos nos mais diversos setores, bem como para assegurar a sua tutela jurisdicional. Na pauta das reivindicações e no rol das garantias, encontram-se o direito das minorias culturais, da opção sexual e religiosa, à proteção das pessoas idosas e das portadoras de deficiências, do consumidor, da mulher, da criança e adolescentes; o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, ao patrimônio genético etc., amalgamados todos pela malha dos direitos humanos e da ética.

No elenco dos legitimados, sobressai-se uma instituição que foi ganhando contornos e perfis consentâneos com a defesa dos direitos sociais devido a sua trajetória de atuação séria e comprometida com o justo; o que lhe rendeu a outorga da nobre atribuição de advocacia da sociedade. Trata-se, obviamente, do Ministério Público.

O desenho do atuar ético, consciente e responsável do Ministério Público na salvaguarda dos direitos sociais e humanos, juntamente com os novos movimentos formais ou informais emergentes na sociedade de massa; o aparecimento destes, seus contornos gerais, a importância do pluralismo e da democracia; a categorização dos novos direitos como direitos humanos serão tratados sucintamente neste pequeno trabalho.

2. PLURALISMO, DEMOCRACIA E CIDADANIA

Uma sociedade plural e democrata, em que a prática saudável do exercício da cidadania se dê de forma espontânea, sem óbices e nem custos históricos é a concepção de um sonho.

Por pluralismo, conforme explicita Gisele Cittadino,⁴ podem-se entender duas acepções: *ou a utilizamos para descrever a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna ou para assinalar a multiplicidade das identidades sociais, espe-*

4 *Pluralismo, direito e justiça: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 1.

cificas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico. Interessa, por hora, o segundo sentido. Numa sociedade de massa ele se faz eclodir como conseqüência das transformações históricas, culturais, econômicas e político-ideológicas empreendidas na sociedade, em face da realidade que moveu o declínio do Estado liberal, o sucateamento do Estado de bem-estar social,⁵ da incapacidade da estrutura estatal em acompanhar as transformações e necessidades do corpo social e sua conflituosidade.

A democracia, a seu turno, se define, em linhas gerais, como:

*(...) forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões do governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto — a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo o poder legítimo.*⁶

A sua forma indireta, ou melhor, por intermédio de representação, em razão da crise de legitimidade, em praticamente todos os setores, passa a ser preterida pela democracia participativa,⁷ que desempenha um papel mais efetivo de controle que o outrora exercido pelo sufrágio e pela opinião pública, na maior parte das vezes, ludibriada por mecanismos de manipulação, ensejados pela detenção do poder político, econômico ou social.

A importância da nova democracia no agir cotidiano da sociedade civil, na atualidade, leva autores como Paulo Bonavides a dimensioná-la como direito fundamental de quarta geração, *verbis*:

Vinculada, de certa maneira, à dignidade da pessoa humana, a democracia, segundo essa nova projeção conceptual e teórica, se concretiza como o primeiro dos direitos fundamentais: sem ele, a liberdade e a igualdade se depauperam e não logram eficácia. Assume assim, indubitavelmente, como valor superior o primeiro lugar na hierarquia normativa dos ordenamentos constitucionais. Já não se trata da democracia uni-

5 Segundo BOBBIO, Norberto et alii. In: *Dicionário de política*, trad. Carmem C. Varrialle et al. 2.ed. Brasília: Ed. UnB, 1986, p. 416, O Estado do bem-estar (welfare state), ou Estado assistencial, pode ser definido, à primeira análise, como Estado que garante “tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político” (H. L. Wilensky, 1975)

6 BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade com ênfase no federalismo das regiões*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 17.

7 Cf. CALMON DE PASSOS, J.J. A participação, característica fundamental dessa nova forma de convivência política, parte do convencimento de que o Estado não é neutro, nem é sempre mediador confiável. Ele tem uma fisionomia e expressa, não raramente, interesses em conflito com os da sociedade civil. (Processo e democracia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (coord). *Participação e processo*. São Paulo, Ed. Rev. Tribunais, 1988. p. 93.

camente como expressão da soberania popular. Deixando de ser apenas forma de governo de determinado Estado ou Sociedade para se transformar em direito por excelência da humanidade, ou seja, um direito de ser humano, enquanto conjunto substancial de todos os valores que informam moral e socialmente a sua personalidade, a democracia-direta é mais do que a democracia-soberania popular: enquanto esta é uma categoria abstrata, aquela é uma categoria concreta. Ali, um referencial político: aqui, um referencial ético-social-individual estruturado na própria dignidade do ser humano⁸.

Ligado umbilicalmente à democracia participativa, encontra-se o exercício da cidadania, agora não mais desempenhado tão-só por cidadãos individualmente considerados (cidadania liberal) e tampouco por meros grupos de trabalhadores (cidadania social), mas por sujeitos coletivos como os movimentos sociais, que lutam por assegurar direitos e garantias na escala macro a se estender para um grupo ou toda uma coletividade. Para a consecução desses fins, vale-se de um instrumental oficial, como medidas judiciais contempladas na Constituição: o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX), a ação civil pública (art. 129, inciso III) as leis de iniciativa popular (art. 62, § 2º)⁹ etc., e medidas extrajudiciais, como manifestações públicas, acordos, conversação com os representantes do poder constituído etc. Vive-se a época da cidadania *pós-social*,¹⁰ cujo traço mais marcante é a emancipação.

Ganha importância, outrossim, o chamado constitucionalismo comunitário, que no alargamento do círculo de intérpretes da Constituição para incluir os movimentos sociais vislumbra o elo entre os direitos fundamentais e a democracia participativa.¹¹

3. MOVIMENTOS SOCIAIS

Ao tratar de movimentos sociais, há de se discernir os antigos dos novos movimentos, eis que destes é que trata o pequeno estudo em tela.

8 Apud ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Ministério Público, os movimentos sociais e os poderes públicos na construção de uma sociedade democrática. In: TUBENCHALK, James (coord). *Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1998, v. 6, p. 248, nota 1.

9 Segundo CANOTILHO, J.J. Gomes, seria esse um mecanismo de democracia semidireta. Veja no seu *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 284

10 Expressão utilizada por CAPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 33.

11 CITTADINO, Gisele. Op.cit., p.19

Os denominados antigos movimentos sociais organizados se circunstanciam em uma sociedade industrial capitalista-burguesa e se vinculam, quase sempre, a reivindicações de trabalhadores urbanos, camponeses e classe média. O seu perfil é assistencialista; pleiteiam a satisfação de interesses materiais e econômicos e revelam uma forma de postura subordinada aos órgãos institucionalizados (Estado, partido, sindicato).¹²

Os novos movimentos sociais surgem a partir dos anos 70 e 80 e despontam desde o fim dos anos 60 com uma proposta de autogoverno, orientados para a consecução de objetivos que se identificam com a consecução de necessidades de saúde, educação, trabalho, moradia etc. Sua roupagem, no entanto, não é colorida com matizes de hierarquia, subordinação e fidelidade, como nos antigos organismos, que sucumbiram ante o seu estiolamento funcional.

Os novos movimentos sociais disputam espaços com os entes estatais, geram e atribuem-se direitos, sem depender da alheia dos meios institucionais do Estado. Exercem uma função não meramente expletiva, para colmar as lacunas do organismo estatal, mas sobretudo emancipadora. Embora, esporadicamente, litisconsorciem-se com setores do governo para alcançar desideratos de cunho social, não se submetem a ditames. A decisão de providências é marcada, quase sempre, com a participação cidadã.

Nesse lúdico exercício da cidadania, divisa-se a presença de duas grandes categorias: os *movimentos orgânicos*, que não estão inseridos na estrutura pública, mas foram constituídos formalmente e possuem personalidade jurídica, e os *movimentos inorgânicos*, que carecem do formato jurídico-institucional, mas que se mobilizam, clamam por garantia de direitos, participam de negociações com o Estado e se dedicam a uma determinada causa. Como exemplo clássico dos primeiros, pode-se citar as organizações não-governamentais, as famosas ONGs. E como ilustração da segunda espécie, no cenário nacional, indica-se o movimento dos sem-terras, dos sem-tetos etc.

As ONGs, NGOs (*non governmental organizations*) ou GSOs (*grassroots support organizations*) despontam nos países do Norte para amparar financeiramente projetos desenvolvimentistas e assistencialistas para os países periféricos, bem como populações menos favorecidas dos países do primeiro mundo, e medram por todos os continentes e nações. As GSOs, de lastro americano, por se dedicarem à prestação de assistência a comunidades e movimentos de base e à elaboração de projetos para os países terceiro-mundistas, ficam conhecidas como ONGDs (organizações não-governamentais para o desenvolvimento).¹³

12 Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura de direito. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 110.

13 SCHERER-WARREN, Ilse. ONGs na América Latina: trajetória e perfil. In: *Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania: desafios para as ciências sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1998. p. 162

Nos anos 80, o berço da Europa voltada para a tradição humanista e assistencialista, marcada por associações religiosas, missionárias, pela Cruz Vermelha etc., vê emergir centenas de ONGs de natureza internacional (INGOs), guiadas pelas normas da Organização das Nações Unidas.¹⁴

As ONGs, que explodem nos anos 90, sobretudo após a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que aconteceu no Rio de Janeiro, em 1992 (Rio-92), traduz-se como:

(...) organizações formais, privadas, porém com fins públicos, sem fins lucrativos, autogovernadas e com participação de parte de seus membros como voluntários, objetivando realizar mediações de caráter educacional, político, assessoria técnica, prestação de serviços e apoio material e logístico para populações-alvo específicas ou para segmentos da sociedade civil, tendo em vista expandir o poder de participação destas com o objetivo último de desencadear transformações sociais ao nível micro (do cotidiano e/ou local) ou ao nível macro (sistêmico e/ou global).¹⁵

As características das ONGs, em um traçado geral, poderiam ser arroladas nos termos seguintes: *a)* sem fins lucrativos; *b)* autônomas, ou seja, desvinculadas do governo; *c)* destinadas a suprir carências de organizações de estribo popular, a contribuir para o desenvolvimento e para as transformações sociais; *d)* financiadas por agências de cooperação internacional, mediante projetos.¹⁶

4. OS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO DIREITOS HUMANOS

De acordo com o art. 20 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU), que completou seus cinquenta anos em 1998: *I) Todo homem tem direito à liberdade de associação pacífica. II) Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.* Verifica-se, aí, o caráter de direito humano dos movimentos que se organizam com o fim de buscar avanços, direitos, garantias, políticas públicas, participação na escala social.

Ao lado da Declaração dos Direitos do Homem, vicejam outros documentos, no plano internacional, que atestam a natureza e a legitimidade dos movimentos sociais,

14 CARVALHO, Nanci Valadares de. *Autogestão: o nascimento das ONGs*. Trad. Luiz R. S. Malta et al. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. Braziliense, 1995, p. 14-15.

15 CARVALHO, Nanci Valadares de. op.cit., p. 165.

16 LEMOS, Ana Heloisa da Costa et al. (org.); TENÓRIO, Fernando G. *Gestão de ONGs: principais funções gerenciais*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 11.

como, v.g., o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Declaração da ONU sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) etc.

Um dos traços identificadores dos novos movimentos sociais é, justamente, o fato de que em grande parte perseguem metas ligadas à satisfação de direitos fundamentais e, logo, humanos, como lembra Wolkmer:¹⁷ *O lastro de abrangência desses direitos está sedimentado em novos critérios de legitimação e de eficácia social, tendo sua razão de ser na ação de direitos coletivos que, conscientes e mobilizados num espaço cotidiano de conflituosidade, reivindicam, através de fórmulas múltiplas de pressão e luta, a satisfação de suas necessidades humanas fundamentais.*

Conforme já se mencionou anteriormente, o advento de tais organismos não estatais se vincula, em inúmeros casos, ao ensejo da necessidade de desenvolvimento social, cultural e humano da sociedade. Justifica-se, plenamente, o lastro, pois o direito ao desenvolvimento como direito humano reclama, necessariamente, a presença da participação de todos, individual ou coletivamente,¹⁸ como se deduz dos textos infrascriptos:

Art. 9º

2) Os Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas como fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.

(Declaração da ONU sobre o Direito ao Desenvolvimento, 1986)

Princípio 10.

A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. Em nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades pú-

17 *Op. cit.* p. 82.

18 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, explicita bem essa particularidade, ao enunciar: Um aspecto que foi particularmente enfatizado nas recentes Consultas Mundiais nas Nações Unidas sobre o Desenvolvimento como um Direito Humano (Genebra, 1990) foi a importância da participação de todos os indivíduos (no conteúdo e forma de desenvolvimento) e da tão necessária atividade total da sociedade. A participação foi vista “como um meio para um fim e como um fim em si mesma”; se requeriam medidas especiais “para proteger os direitos e assegurar a participação plena dos setores particularmente vulneráveis da sociedade, tais como as crianças, as populações rurais e os extremamente pobres, assim como os que têm tradicionalmente experimentado a exclusão ou discriminação, tais como as mulheres, as minorias e as populações indígenas”. (*Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. p. 182.)

blicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos. (Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992 — sem grifos no original.)

Art. 4º Obrigações

1. Todas as Partes, levando em conta suas responsabilidades comuns mas diferenciadas e suas prioridades de desenvolvimento, objetivos e circunstâncias específicos, nacionais e regionais, devem:

(...)

i) Promover e cooperar na educação, treinamento e conscientização pública em relação à mudança de clima, e estimular a mais ampla participação nesse processo, inclusive a participação de organizações não-governamentais;

(Convenção sobre a Mudança de Clima, 1992 — sem grifos no original.)

Reconhecendo a importância e a necessidade de promover a cooperação internacional, regional e mundial entre os Estados e as organizações intergovernamentais e o setor não-governamental para a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes,

(Parte do preâmbulo da Convenção sobre Diversidade Biológica, 1992 — sem grifos no original.)

Capítulo 27

Fortalecimento do papel das organizações não-governamentais: parceiros para um desenvolvimento sustentável

Área de programas

Base para a ação

27.1. As organizações não-governamentais desempenham um papel fundamental na modelagem e implementação da democracia participativa. A credibilidade delas repousa sobre o papel responsável e construtivo que desempenham na sociedade. As organizações formais e

informais, bem como os movimentos populares, devem ser reconhecidos como parceiros na implementação da Agenda 21. A natureza do papel independente desempenhado pelas organizações não-governamentais exige uma participação genuína; portanto, a independência é um atributo essencial dessas organizações e constitui condição prévia para a participação genuína. (Agenda 21, 1992.)

Irrefutavelmente, a participação social, tão instigada pelos documentos internacionais, categoriza-se como direito fundamental¹⁹ e, logo, como direito humano. Por conseguinte, os movimentos sociais, que nada mais são do que a expressão participativa organizada, imbuem-se dessa natureza, sobretudo porque defendem direitos de solidariedade nos quais se incluem: o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade, entre outros, todos eles de natureza meta-individual.²⁰

Não se pode esquecer, também, que os direitos coletivos e difusos, que carregam no seu imo, o traço de transindividualidade, são fundamentados na *solidariedade que informa a justiça*²¹ e guardam vínculo direto com a participação social, pela natureza dos interesses que congregam, como deixa claro Vincenzo Rigoritti,²² *verbis*:

A união entre participação, consenso e solidariedade significa que o interesse que move esta última não é aquele de afirmação de posição meramente particular e individualista, mas é, ao contrário, aquela da proteção dos interesses supra-individuais: participando os membros da coletividade agem, assim, *uti civis* e não *uti singuli*. (tradução livre).

5. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O COMPROMETIMENTO COM A SOCIEDADE

5.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA

Os direitos sociais, culturais e os chamados direitos de solidariedade (ou de terceira geração) contam, na organização interna, com um dos mais genuínos defensores: o Ministério Público.

19 Cf. CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A participação popular na formação da vontade do Estado: um direito fundamental. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 63-93.

20 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 58.

21 Cf. TORRES, Ricardo Lobo. In: TORRES, R. L. (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 297.

22 *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 6-7.

A figura do Promotor de Justiça, conforme referência de Hugo Nigro Mazzilli,²³ citando Pierangeli, é registrada antes mesmo da Constituição de 1824, em 7 de março de 1609, quando da criação da Relação da Bahia, em que o Procurador da Coroa e da Fazenda exerciam aquele nobre mister.

Todas as cartas constitucionais brasileiras, ainda que de forma esparsa, fizeram menção às atribuições de membros do Ministério Público, embora só na Constituição Federal de 1934 (arts. 95-98) a instituição tenha logrado reconhecimento como tal.²⁴

A idéia que se fazia do membro do *Parquet* até a década de oitenta, no entanto, era a do acusador, que ostentava no peito, como que um vitorioso, a medalha pela condenação alcançada.²⁵

No despontar dos anos oitenta, com a edição da Lei nº 6.938, de 31-8-81, que outorga, no seu art. 14, § 1º, legitimidade expressa ao Ministério Público para ajuizar ação de reparação por danos ambientais, desencadeia-se a formação de um outro desenho de suas atribuições: a defesa ativa de interesses difusos e coletivos, ou seja, a proteção, por legitimação extraordinária, de direitos que integram o conceito contemporâneo de cidadania.²⁶

Em seguida, o primeiro estatuto legal orgânico na história da instituição, a Lei Complementar nº 40, de 14-12-81, confia ao Ministério Público o preeminente ofício de prestar assistência judiciária aos hipossuficientes (art. 22, XIII), garantindo-se-lhes o acesso à Justiça, na hipótese de ausência de órgão destinado a tal tarefa.

O grande instrumental que, no âmbito do direito pátrio, revolucionou paradigmas exercitados e reverenciados no Processo Civil, confiando, definitivamente, ao Ministério Público, a guarda daquela sorte de direitos e interesses e lhe apresentando um instrumental inovador, foi a Lei nº 7.347, de 24-7-85, a conhecida Lei da Ação Civil Pública.

A efetiva atuação no âmbito social e a necessidade premente de redimensionamento constitucional levaram ínclitos representante do *Parquet* a se reunir em Curitiba

23 *Manual do promotor de justiça*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 6.

24 A difícil luta por se afirmar será marcada por avanços e retrocessos nas Cartas que antecederam a *Norma Normarum* de 1988.

25 Embora a Lei nº 4.717, de 29-6-1967 (Lei da ação popular), já houvesse concedido ao Ministério Público legitimidade extraordinária e superveniente para assumir o lugar da parte autora, nas hipóteses estritas dos arts. 9º e 16, do referido estatuto legal.

26 Cf. TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos coletivos e difusos, compreendendo, de uma parte, os direitos ecológicos e republicanos (da *res publica*) e, de outro, os direitos dos consumidores e de outras classes sociais ligadas por interesses comuns, compõem também o conceito hodierno de cidadania (op. cit., p. 294).

ba, por ocasião do 1º Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e de Presidentes de Associações do Ministério Público do Brasil, em junho de 1986, ocasião em que se confeccionou a histórica Carta de Curitiba. Esta se constituía na proposta de um novo protótipo para a instituição, que foi apresentado à Assembléia Nacional Constituinte e consistia no denominado “Projeto Síntese”, que redundou do estudo de cinco documentos: 1) Constituição Federal de 1969 e da Lei Complementar nº 40/81; 2) teses aprovadas no VI Congresso Nacional do Ministério Público, ocorrido em São Paulo (22-29 jun. 1985); 3) resultado de pesquisa realizada pela Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP) junto aos membros; 4) antiprojeto apresentado por José Paulo Sepúlveda Pertence à Comissão Afonso Arinos; e 5) texto provisório confeccionado por comissão designada pela CONAMP.²⁷

A referida Carta, na realidade, era um sugestão legislativa e como tal não poderia excluir a vinculação do Ministério Público com os direitos de solidariedade, como se pode depreender do seu art. 3º, § 2º, *verbis* :

§ 2º Compete ao Ministério Público, sem exclusividade:

a) conhecer de representações por violação de direitos humanos e sociais, por abusos de poder econômico e administrativo, apurá-los e dar-lhes curso, como defensor do povo, junto ao Poder competente;

b) promover a ação civil pública e tomar medidas administrativas executórias em defesa dos interesses difusos e coletivos, dos interesses indisponíveis, bem como, na forma da lei, de outros interesses públicos; (sem grifos no original).

Advém, então, a Constituição Cidadã, de 1988, que foi além da proposta inicial da Carta de Curitiba, porquanto, ao erigir o Ministério Público à categoria de função essencial à justiça (Título IV, Seção I), proclamou:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

27 Cf. MAZZILLI, Hugro Nigro. Op. cit., p. 22.

III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos,²⁸

(...)

V — defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; (sem grifos no original)

A partir da constitucionalização de todas essas atribuições, como menção expressa aos direitos de solidariedade, a conscientização institucional e o agir aviventaram-se sobremaneira.

Respalhando a norma constitucional, que se imbuí da natureza de princípio, na defesa ativa dos direitos humanos de terceira geração pelos braços do Ministério Público, medrou, no ordenamento jurídico, uma caudalosa legislação que reafirma essa ingente missão, como: a Lei nº 7.913, de 7-12-89 (dispõe sobre a ação civil pública e responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários), a Lei nº 7.853, de 24-10-89 (dispõe sobre a tutela de pessoas portadoras de deficiência), a Lei nº 8.069, de 13-7-90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Lei nº 8.078, de 11-9-90 (Código de Defesa do Consumidor), a Lei nº 8.429, de 2-6-92 (versa sobre a improbidade administrativa) e, mais recentemente, a Lei nº 8.625, de 12-2-93 (que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências; a Lei Complementar nº 75, de 20-5-93 (que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União) e a Lei nº 9.605, de 12-2-98 (Lei dos Crimes Ambientais), dentre outras.

5.2 MINISTÉRIO PÚBLICO E OS MOVIMENTOS SOCIAIS: CONVERGÊNCIA DE PROPÓSITOS

Pelo rápido resgate das passadas do Ministério Público na história do País, percebe-se que o seu compasso nunca se apartou da sintonia da justiça social, da garantia da participação democrática e, sobretudo, da defesa da sociedade, embora o seu instrumental tenha sido assegurado, juridicamente, somente a partir da década de oitenta. Este período, como já foi exposto, coincide com o nascimento dos novos movimentos

28 Os conceitos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos formam talhados pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), art. 81, parágrafo único. Note-se que os enunciados na Constituição são apenas exemplificativos, pois a parte final do dispositivo permite a configuração de outros desde que sejam informados na medida do CDC; o que é louvável, eis que a intensificação das relações sociais e das ciências tem suscitado o surgimento de outros interesses difusos e coletivos.

sociais, cujo embrião despontou na década de setenta; movimentos esses que clamam pela satisfação de carências identificáveis como direitos fundamentais básicos. É a época em que a comunitarização das necessidades, das deficiências sociais são reivindicadas mais ativamente, por grupos orgânicos e inorgânicos.

Esses grupos passam a operar uma transformação paulatina em todos os setores da sociedade e ocupam espaços legítimos ao lado do Ministério Público, na defesa dos interesses sociais. O grande instrumento normativo inovador já mencionado, ou melhor, a Lei nº 7.347/85, às expressas, rompendo o serôdio Direito Processual petrificado e fincado na beira do caminho da civilização, confere-lhes legitimação extraordinária para a propositura de ações coletivas, com repercussão *erga omnes* da decisão jurisdicional (arts. 5º e 16).

A Constituição Federal, a seu turno, abroquelou-lhes a possibilidade de ajuizar mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX), além de estruturar toda a ordem jurídica do país na base de fundamentos e princípios como a cidadania (art. 1º, inciso II), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I), a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II), a imediatividade das normas concernentes a estes direitos (art. 5º, § 1º) e o caráter exemplificativo e não exaustivo das garantias e direitos abrigados na Carta (art. 5º, § 2º).

O Ministério Público, por sua vez, não se identifica com a limitada figura do *ombudsman* (defensor do povo), própria dos países nórdicos. As atribuições deste têm caráter meramente administrativo, pois suas intervenções não alcançam a provocação de tutelas jurisdicionais. Na realidade, o *ombudsman* é um ouvidor, conciliador, facilitador do acesso do cidadão às liberdades públicas etc. Ele recebe as reclamações, desencadeia investigações, promove acordos e conciliações, encaminha sugestões legislativas, mas o seu atuar carece de coatividade jurídica. Ademais, não goza da neutralidade que apregoa, pois é escolhido, politicamente, pelo Parlamento, por um mandato, em geral de quatro anos.²⁹

O *Parquet* da atualidade usufrui de autonomia e independência, a começar pela circunstância de não se achar vinculado a qualquer dos Poderes da República, tem à sua disposição, além de medidas judiciais, como as ações coletivas, instrumentais extrajudiciais, como, v.g., o inquérito civil (de que detém exclusividade — art. 129, III, CF; art. 8º, § 1º, Lei nº 7.347/85); o termo de ajustamento de conduta, que se reveste da natureza de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º, Lei nº 7.347/85); tudo ao seu dispor para a tutela da sociedade.

29 Sobre o *ombudsman* veja MAIORANO, Jorge L. *El ombudsman: defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1987.

Como se constata, há, entre as causas e reivindicações dos novos movimentos sociais e a função social do Ministério Público, uma convergência notável: a defesa irrenunciável e inalienável da sociedade, que conta com o amparo explícito da Constituição Federal.

A interação dos referidos movimentos com o *Parquet* e a união de suas forças para o alcance do desiderato comum poderia se concretizar através, v.g., do fornecimento de meios técnico-científicos, como dados, perícias, laudos etc., pelos organismos sociais ao Ministério Público, carecedor permanente de tais recursos,³⁰ que, em muitos casos, garantem o sucesso de sua atuação.

O exercício desse relevantíssimo mister, todavia, exige responsabilidade, preparo, uma visão globalizante da realidade humana, da multidisciplinariedade do saber e sua importância para enxergar o mundo e, sobretudo, demanda uma conscientização ética.

6. A DIMENSÃO ÉTICA DO ATUAR

A atuação do Ministério Público na seara da defesa dos direitos de solidariedade implica, necessariamente, o abandono dos paradigmas da modernidade liberal-burguesa, centrada na tutela exclusivamente individual, na leitura e interpretação do Direito estabilizada na estrita visão *secundum legem*, do formalismo e conservadorismo jurídicos.

O primeiro dos passos seria um redimensionamento da formação dos atores, que ingressam na carreira ao deixar um curso de Direito esquadrihado no formato do século passado, distanciado da realidade social, entronizado no conservadorismo, que prejudica o despertar no estudante e, ao final, do profissional, de uma visão crítica da Ciência do Direito e de sua função no terreno empírico.³¹ A tentativa de se reparar essa formação conservadora, que coloca de lado o caráter de transformação social operado pelo Direito, poderia ser veiculada através de cursos e grupos de estudos, a cargo das Escolas Superiores do Ministério Público e dos Centros de Estudos e Aperfeiçoamento

30 Cf. sugere MOTTA, Maude Nancy Joslin. O exercício da cidadania no direito ambiental. In: VARELLA, Marcelo Dias, et al. (org). *O novo direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 120.

31 Como bem acentua SOUTO, Cláudio, ao tratar da educação jurídica: Sua "ciência do direito" não é normalmente vista como ciência empírica do conteúdo social do jurídico, isto é, saber substantivo apto a basear-se na observação controlada dos fatos; mas é vista apenas como ciência formal do jurídico, isto é, saber sobretudo endereçado ao tratamento lógico da forma normativa dele (Ciência e ética no direito: alternativa de modernidade. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992. p. 51).

Funcional,³² direcionados para a função social do Ministério Público na sociedade prestes a receber o segundo milênio e todas as contradições e conflitos desafiadores. Dessa maneira, estar-se-ia habilitando o profissional para arrostar o que o José Eduardo Faria chama de *tensões entre a racionalidade formal do mundo do direito, com sua linguagem especializada, e a racionalidade material reclamada pelos movimentos populares, com seu discurso ético e político*.³³

A visão hermenêutica do membro do Ministério Público, na defesa das garantias que lhe foi confiada, é outra ferramenta de que deverá se valer para assegurar o exercício dos direitos humanos. Uma mesma norma, como bem lembra João Batista Herkenhoff,³⁴ *pode ser instrumento de liberdade ou de opressão*. É a consciência, o senso de justiça social, desapagado de conceitos e formas ultrapassadas, que permitirão ao profissional fazer uma exegese para cada conflito que se lhe apresenta, coerente com a dimensão humana que o caso envolve. Essa liberdade lhe fora conferida pela própria Constituição Federal, que no art. 127, § 1º, lhe ofertou independência funcional.

O mover-se do Ministério Público, como o de qualquer profissional das carreiras jurídicas, há de ser, sempre, agrilhado aos valores éticos.

A ética que se enuncia, contudo, é aquela que se vincula à conduta moral e que exige do agente ou do sujeito moral:³⁵ 1) a consciência de si e dos outros; 2) a autonomia de vontade, para controlar os impulsos e deliberar dentro das alternativas possíveis; 3) a responsabilidade, ponderando as repercussões de sua ação, sobretudo para os outros; 4) a liberdade no atuar.

O domínio da ética, como pondera o juiz José Renato Nalini, exige, do órgão de execução, *humildade*, nas dimensões a saber: *a)* interior, como ausência de espírito de competição e vanglória; *b)* intelectual, para não ser detentor da verdade e para reconhecer que pode haver parcela de verdade na posição contrária àquela que se defende; (...) para reconhecer os valores do pluralismo; *c)* profissional, para se reconhecer um servidor do povo, de cuja contribuição provêm seus vencimentos.³⁶

32 Órgão auxiliar na organização do Ministério Público, previsto no art. 8º, inciso III, da Lei Federal nº 8.625, de 12-2-1993

33 Função social do Ministério Público. In: *Relatório anual da Escola Superior do Ministério Público*. Porto Alegre: RS-Brasil, 1990. p. 125.

34 *Direito e utopia*. São Paulo; Acadêmica, 1993. p. 23.

35 Cf. CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 1996. p. 337-338.

36 *Ética e justiça*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 57-41 e 42.

Algumas das “molas” propulsoras da ética, no entender de Wilhelm Dilthey³⁷, seriam a simpatia (ou a compaixão), a benevolência e o amor. Se vai examinar a estrutura dos direitos de solidariedade prezados pelo Ministério Público e responsáveis pela participação social em movimentos, ver-se-á uma identidade inegável entre aqueles valores éticos e o fundamento dos direitos e interesses metaindividuais.

A solidariedade e a compaixão que informam os direitos em estudo não podem ser divorciados da consciência e do senso de justiça que hão de colorir uma das mais belas atribuições do Ministério Público, consistente na luta pela afirmação e aplicação dos direitos humanos à coletividade, à subjetividade difusa, no fiel cumprimento da legitimação que a sociedade lhe confiou.

Essa preciosa solidariedade é um bálsamo na sociedade pós-moderna, que, se por um lado é marcada pela presença de necessidades de massa, de autores coletivos que reivindicam e influenciam os desígnios sociais, por outro lado, num colapso paradoxal, carrega o abismo da solidão, do individualismo, do medo, do distanciamento do ser humano, da realidade virtual e do esvaziamento ideológico-moral, como adverte Zuenir Ventura:³⁸

Além disso, o fim das ideologias, ou pelo menos das certezas ideológicas, o desvirtuamento ou degradação das utopias, o desaparecimento das referências, o declínio dos valores tradicionais, a emergência de um individualismo autocentrado e narcísico, as vertiginosas transformações tecnológicas — todo esse mal-estar *fin-de-siècle* atordoou e desorientou o homem pós-moderno, ruindo as bases de sua confiança e criando o chamado “vazio moral”.

7. CONCLUSÃO

Após essa rápida reflexão sobre assuntos de aspectos que circunstanciam a vida, os conflitos, os direitos, o Estado, os atores coletivos e o Ministério Público como cultor da solidariedade, conclui-se:

1) A contemporaneidade abriga a massificação de demandas e necessidades, bem como uma conflituosidade coletiva.

2) O Estado, seu organismo e políticas não atendem as carências e tampouco solucionam satisfatoriamente os embates da era pós-moderna.

37 Sistema da ética. trad. Edilson Bini. São Paulo: Ícone, 1994 (Fundamentos de Direito), p. 147.

38 O renascimento da ética. Revista do Provão, Brasília, nº 4, 1999, p. 7.

3) O pluralismo dos atores sociais, o redimensionamento da democracia e da cidadania possibilitaram a vindicação e participação social ativa em busca de mudanças.

4) Aparecem, nos anos 70 e 80, novos movimentos sociais orgânicos e inorgânicos que rogam, que se mostram como atores coletivos, criando e atribuindo-se direitos, numa perspectiva emancipadora.

6) A mobilização social organizada, constatando a ineficiência do Direito positivo para implementação da Justiça, passou a exercitar formas alternativas de geração e garantia de direitos.

7) A participação ativa dos novos movimentos sociais passa a ser emoldurada pela natureza e proteção dos direitos humanos, com respaldo, até mesmo, em documentos internacionais.

8) Os direitos difusos e coletivos, que são informados pela solidariedade, recebem a chancela de direitos humanos e constituem parte da pauta das reivindicações dos novos movimentos sociais.

9) O Ministério Público, de tradição e história matizados pela defesa dos interesses sociais e direitos de solidariedade, pugnam por valores que se identificam com muitas das bandeiras dos novos movimentos populares.

10) A precária formação jurídica, fulcrada na lógica e no vetusto interesse individualista pregado pelo Direito tradicional, compromete a consciência e a atuação social dos profissionais e, no âmbito do Ministério Público, poderá ser corrigida com o desempenho das Escolas Superiores e dos Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, na realização de cursos e grupos de estudos direcionados para realidade da era pós-moderna.

11) Os membros do Ministério Público deverão manejar, com habilidade e responsabilidade, o instrumento da hermenêutica, de modo a tutelar os direitos e garantias que lhe foram confiados.

12) O atuar do Ministério Público há de ser palmado, sempre, pela ética, não se apartando de virtudes fundamentais para o exercício de seu mister, como a humildade pessoal, profissional e intelectual, na tentativa de abrandar, com a solidariedade e a compaixão, o vazio moral e a solidão que maceram a contemporaneidade.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. *Direito ao meio ambiente e participação popular*. Brasília: Ibama, 1994. p. 19-30.

BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. Trad. Carmem C. Varrialle et alii. 2. ed. Brasília: UnB, 1986.

- As ideologias e o poder em crise*. Trad. João Ferreira. 4. ed. Brasília: UnB, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade com ênfase no federalismo das regiões*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. Constituição de 1988: *Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 22/99 e Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1999.
- CALMON DE PASSOS, J. J. Processo e democracia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et alii (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Rev. Tribunais, 1988.
- _____. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro, Forense, 1989.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CARVALHO, Nanci Valadares de. *Autogestão: o nascimento das ONGs*. Trad. Luiz R. S. Malta et alii. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Instituto de Direito; São Paulo: Ed. Braziliense, 1995.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 1996.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A participação popular na formação da vontade do Estado: um direito fundamental. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- DILTHEY, Wilhelm. *Sistema da ética*. Trad. Edidson Bini. São Paulo: Ícone, 1994 (Fundamentos de Direito).
- FARIA, José Eduardo. Função social do Ministério Público. In: *Relatório anual da Escola Superior do Ministério Público*. Porto Alegre: RS-Brasil, 1990.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- HERKENHOFF, João Batista. *Direito e utopia*. São Paulo; Acadêmica, 1993.
- PINTO, Antônio Luiz Eduardo Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de (colabs.). *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Saraiva, 1999. (Coleção Saraiva de Legislação).
- LEMONS, Ana Heloísa da Costa et. alii (org.); TENÓRIO, Fernando G. *Gestão de ONGs: principais funções gerenciais*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999.
- MAIORANO, Jorge L. *El ombudsman: defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1987.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.
- A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MOTTA, Maude Nancy Joslin. O exercício da cidadania no direito ambiental. In: VARELLA, Marcelo Dias et alii (org.). *O novo direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- NALINI, José Renato. *Ética e justiça*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992: Rio de Janeiro)*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.
- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O Ministério Público, os movimentos sociais e os poderes públicos na construção de uma sociedade democrática. In: TUBENCHALK, James (coord.). *Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1998, v. 6.
- SCHERER-WARREN, Ilse. ONGs na América Latina: trajetória e perfil. In: *Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania: desafios para as ciências sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1998.
- SILVA, G. E. do Nascimento e. *Direito ambiental internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial: uma reconstrução da Conferência do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Thex, Biblioteca Estácio de Sá, 1995.
- SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: alternativa de modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

- TORRES, Ricardo Lobo. Cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, R. L. (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VENTURA, Zuenir. O renascimento da ética. *Revista do Provão*, Brasília, nº 4, 1999.
- VIGORITTI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura de direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Promotora de Justiça MPDFT

1. INTRODUÇÃO

Partilhamos de um consenso segundo o qual os direitos fundamentais seriam mandatos dirigidos ao Estado para promover-lhes a conformação e a proteção. Assistimos, todavia, a um crescimento vertiginoso do poder em outros setores da sociedade, nem sempre atentos à existência de uma carta de direitos e garantias dos indivíduos, os quais acabam sendo menosprezados, ameaçados e até violados em meio às relações jurídicas privadas.

Assim, enquanto ainda estamos a discutir e a procurar solução para uma série de problemas acerca da vinculação do poder público aos direitos fundamentais, defrontamo-nos com outra questão, que tem ocupado juristas de diversos países, constituindo-se em um dos temas mais controversos da dogmática dos direitos fundamentais. Trata-se de saber se os direitos fundamentais têm outro destinatário além do Estado, isto é, se os titulares do poder econômico, ou social, e os particulares, em geral, também se obrigam perante os direitos fundamentais.

José Carlos Vieira de Andrade aduz que as mudanças operadas na realidade política e social amenizam a idéia do Estado como “inimigo público” porque não mais se verifica um isolamento dos indivíduos em contraposição ao Estado.¹ Os interesses pessoais imbricam-se e grupos são formados, amealhando grande parcela de poder — sindicatos, igrejas, grupos econômicos, associações patronais e desportivas etc. O poder não é mais uma característica exclusiva do Estado, ele passa a ser repartido e compartilhado pela própria sociedade.

1 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 273.

Não basta, outrossim, saber se os direitos fundamentais vinculam o particular, mas também qual a intensidade e o alcance desta vinculação. Tentaremos, pois, nas linhas seguintes, apresentar o tema à luz da dogmática construída em outros sistemas jurídicos.

2. O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Estado de Direito liberal vigia uma separação entre o Estado e a sociedade, e os direitos fundamentais assumiam a condição de direitos de defesa perante as ingerências do poder público. O indivíduo devia respeitar a liberdade dos outros cidadãos, competindo ao Estado zelar pela harmonia e o respeito dessa liberdade. A proteção dos direitos fundamentais acontecia, sobremaneira, no campo do direito privado e do direito penal. Assim, a proteção da liberdade humana era tarefa do legislador, notadamente nos campos do direito civil, penal e processual. É o que se visualiza, por exemplo, com os interditos possessórios, a tipificação de crimes etc. Ao Estado cabia “velar pela segurança pública, garantindo a autonomia da esfera privada e respeitando a liberdade e a propriedade dos indivíduos (os seus direitos fundamentais).”²

A evolução do Estado permitiu que a sociedade participasse cada vez mais ativamente do exercício do poder, determinando a “pulverização e democratização” do poder.³ Enquanto o Estado passa a participar das relações jurídicas até mesmo sob a veste de sujeito privado, entes particulares passam a exercer tarefas de interesse coletivo.⁴ Este contexto faz aflorar uma nova dimensão dos direitos fundamentais, os quais não podem mais ser tidos sob a visão subjetiva, ou do indivíduo, como conjunto de faculdades ou poderes do qual é titular, mas como “normas (de valor) constitucionais que aos poderes públicos cabe respeitar, mas igualmente fazer respeitar como interesses públicos fundamentais”.⁵

O dever de proteção do Estado parte da compreensão dos direitos fundamentais como princípios objetivos que o obrigam a fazer o possível para realizá-los. Assegura Konrad Hesse, “ao significado dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos do particular corresponde seu significado jurídico-objetivo como determina-

2 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Obra citada, p. 272.

3 SILVA, Vasco Manuel P. D. Pereira da. *Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, p. 43.

4 SILVA, Vasco Manuel P. D. Pereira da, texto citado, p. 43, fala de um “crescimento ‘horizontal’ do Estado, quer a nível das tarefas que este passou a desempenhar, quer ao nível dos meios utilizados para a sua realização, tendo-se generalizado, cada vez mais, o recurso ao contrato por parte do Estado, quer ao nível da própria estrutura estadual que, pela progressiva desconcentração e descentralização, cresceu em complexidade.”

5 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Obra citada, p. 145 e ss.

ções de competências negativas para os poderes estatais”.⁶ Assim, podemos dizer que dos direitos fundamentais deflui um dever do Estado de preservar o bem jurídico por eles protegido de ameaças e violações advindas de pessoas e poderes não estatais. Portanto, além de exigir do Estado uma conduta missiva, requerem também uma conduta ativa, a começar pelo legislador em implementar este dever de proteção.

3. ASPECTOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Limitamos esta abordagem dela retirando as hipóteses em que o Estado, no cumprimento de suas tarefas, e quando não pode fazê-las pessoalmente, utiliza o particular, bem assim, aquelas garantias cujo conteúdo não têm o condão de influir nas relações entre particulares porque nestas situações existe uma clara relação entre o Estado e o indivíduo. Assim, excluimos da discussão todos os direitos fundamentais que têm por destinatário o poder público, única e exclusivamente, por exemplo: os direitos políticos, o direito de ação etc. Pois, como diz Robert Alexy, “um direito somente pode ser lesado por aquele frente ao qual ele existe”.⁷

Indaga-se, portanto, se é lícito o apelo ao boicote de um filme⁸ ou de um livro; até que ponto a liberdade religiosa pode ser limitada por contrato; se a liberdade de dispor

6 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 239.

7 ALEXY, Robert. Obra citada, p. 517.

8 Confira-se o enfoque dado pelo Tribunal Constitucional alemão no processo *Lüth-Urteil*, decidido em 15-1-1958: *Lüth*, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, expressou-se publicamente, acerca de um festival cinematográfico celebrado no ano de 1950, contra o diretor de um dos filmes (*Harlam*, cujas atividades durante o *III Reich* expôs e censurou). A produtora do filme interpelou *Lüth*, que respondeu com o envio de uma carta aberta à imprensa na qual exortava as sociedades alemãs ativas no campo cinematográfico para que não comercializassem o filme e o público para que não fosse vê-lo. A produtora acudiu ao juiz civil de Hamburgo e, depois de um primeiro êxito processual na forma de medida cautelar, alcançou êxito definitivo, condenando *Lüth* com a proibição de continuar incitando a não-comercialização do filme ou a visão do mesmo, além de suportar os encargos do pleito. Para o juiz, a questão se tratava de uma “incitação ao boicote contrária aos bons costumes”, prevista no parágrafo 826, BGB. No critério do tribunal, *Lüth* não estava sendo reprovado porque tivesse expressado uma opinião contrária ao reaparecimento profissional de *Harlam*, mas porque apelou à opinião pública para fazer impossível não só a dita reaparição como também a exibição do filme. Contra a sentença, *Lüth* interpôs recurso de apelação perante o Tribunal Superior do *Land*, assim como *Verfassungsbeschwerde*, em Karlsruhe, por violação ao seu direito fundamental à liberdade de expressão, que incluía a possibilidade de influir sobre outras pessoas mediante a palavra. A sentença do Tribunal Constitucional Federal parte da qualificação das decisões judiciais como atos do poder público e adentra no tema de se os direitos fundamentais incidem no Direito Civil, e de que forma o fazem resumindo as teses extremas então existentes: os direitos fundamentais só se dirigem contra o Estado; e os direitos fundamentais pelo menos alguns mais importantes, regem também as atividades privadas. Jesús García Torres e Antonio Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, p. 26 e ss.

do patrimônio por testamento pode beneficiar determinados parentes em virtude da opção sexual, em detrimento dos demais; se é lícito contratar ou deixar de contratar alguém em razão do sexo, opção política, ou religião; se os donos de hotéis e restaurantes podem recusar a permanência de certas categorias de pessoas em razão da raça,⁹ sexo etc.; se é lícito impor ao empregado, a não-vinculação a sindicatos. Estas e outras questões podem ter solução no campo privado, mas, adverte José Carlos Vieira de Andrade, o que está em causa é saber se a solução jurídica destes problemas não depende do fato de os sujeitos envolvidos serem titulares de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.¹⁰

Robert Alexy afirma ser aceitável, em termos gerais, a influência dos direitos fundamentais na relação indivíduo-indivíduo. O que se discute é “como” e em que “medida” se dá esta influência. A busca de solução destas questões deve levar em conta que a relação Estado-indivíduo é uma relação entre um titular de direito fundamental e um não-titular e na relação indivíduo-indivíduo temos dois titulares de direitos fundamentais.¹¹

Duas correntes doutrinárias têm guiado os juristas na resolução dessas questões: a *Drittwirkung*, construída pelos alemães, e a *state action*, nos Estados Unidos.

Para o sistema jurídico norte-americano, os direitos fundamentais são direitos de defesa contra a ação estatal. É preciso restar caracterizada uma *public function* no caso concreto para que a doutrina da *state action* possa ser aplicada. Muito embora, visualize-se uma clara eficácia horizontal na Décima Terceira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que aboliu a escravidão no país e sujeita ao controle constitucional as ações individuais que violem direitos de outrem. Confira-se a decisão, por exemplo, do litígio envolvendo *Evans vs. Newton* (1966), acerca da exclusão de minorias raciais no uso de um parque em *Macon, Georgia*.¹²

9 Cf. os *Civil Rights Cases* julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos no ano de 1883, em que cinco processos judiciais dirigiam-se contra particulares e a companhia de estrada de ferro, os quais proibiam pessoas negras de utilizarem hotéis ou o serviço ferroviário (BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional law*, p. 472. NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*, p. 475)

10 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Obra citada, p. 275.

11 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 510.

12 O parque fora instituído por cláusula testamentária do Senador Bacon, que exigia a sua utilização apenas por pessoas de raça branca. A administração do parque esteve afeta às autoridades públicas locais por várias décadas, até o julgamento do processo *Brown vs. Board of Education* (1955), quando o encargo foi assumido por administradores particulares. Ao julgar o processo, a Suprema Corte decidiu que a discriminação racial era incompatível com a *equal protection clause* da Décima Quarta Emenda, não devendo prevalecer mesmo que os novos administradores fossem pessoas diversas do Estado. (NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Obra citada, p. 480)

Na Alemanha, a questão adquiriu relevância a partir da década de 50 deste século, com a irrupção de alguns casos judiciais e as contribuições doutrinárias de *Nipperdey*, *Dürig* e *Schwabe*. Existem duas correntes principais: os que defendem a eficácia imediata dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais às relações entre particulares e os que só admitem uma eficácia mediata às relações entre particulares.

A primeira concepção é capitaneada pelos estudos de *Nipperdey*, que defende a validade absoluta dos direitos fundamentais, e para quem eles devem ser aplicados diretamente nas relações entre particulares. Assim, eles devem valer como direitos subjetivos contra particulares ou entidades privadas que apareçam na relação jurídica munidos de um poder tal que, no caso concreto, equiparem-se à supremacia do poder público.

Nipperdey admite a aplicação, por exemplo, dos princípios *nulla poena sine lege* ou do *ne bis in idem* nas questões disciplinares de um determinado grupo e para aplicação das sanções em geral. Às relações indivíduo-indivíduo, os direitos fundamentais teriam aplicação direta e imediata, não servindo apenas como regras de interpretação ou de preenchimento de cláusulas gerais.¹³

A segunda facção doutrinária tem como expoente *Dürig*, para quem os direitos fundamentais são, geralmente, direitos de defesa da liberdade contra o poder estatal, não se justificando a sua aplicação nas relações entre “iguais”, quando nenhuma das partes está investida de poder. Ele dá preferência ao postulado da autonomia privada. Os preceitos de direitos fundamentais aplicar-se-iam mediatamente às relações entre particulares, por meio dos princípios e normas do direito privado. Eles serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados.¹⁴

Robert Alexy realça, ainda, as idéias de *Schwabe*, segundo as quais qualquer agressão aos direitos fundamentais provém, em última instância, do próprio Estado e deve desencadear idênticos mecanismos protetores. Todos os direitos privados estão, pelo menos em parte, cobertos por um direito fundamental, e se qualquer poder estatal concretiza os direitos dos particulares, contrariando o direito fundamental que os protege, este deve desenvolver sua função defensiva própria ao campo do Direito Público.¹⁵

Na Constituição portuguesa encontramos o artigo 18, nº 1,¹⁶ estipulando que os preceitos constitucionais vinculam não apenas o Estado, mas também as entidades par-

13 *Apud* VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Obra citada, p. 278.

14 *Idem*, p. 276.

15 ALEXY, Robert. Obra citada, p. 513.

16 Constituição de Portugal, de 25-4-1976, *verbis*: “Art. 18-1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

ticulares. Isso não significa, porém, que entre os portugueses esteja plenamente reconhecida a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, mas sugere, inequivocamente, o alargamento da eficácia desses direitos às relações particulares.¹⁷ Vieira De Andrade afirma que o problema está em aberto, restando à doutrina desenvolvê-lo adequadamente.¹⁸

Jesús Garcia Torres afirma que não existe preceito constitucional no ordenamento espanhol que contenha disposição suficientemente reconhecível atestando a eficácia dos direitos e garantias fundamentais nas relações entre particulares. Admite, contudo, que existem “fragmentos” que permitem justificá-la, referindo-se aos artigos 14 a 29 e 30-2, da Constituição espanhola, que tratam dos direitos e liberdades.¹⁹

Igualmente, não existe no Direito positivo brasileiro dispositivo semelhante ao do sistema jurídico lusitano. A doutrina tem começado a apresentar a questão a partir da década de 90, mas sem oferecer qualquer solução dentro do nosso ordenamento.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares parece esvaír-se quando constatamos que o Direito Civil, Penal e do Trabalho supre, em grande parte, as carências de proteção assinaladas pela casuística da doutrina estrangeira. A questão controverte-se quando não se encontra solução adequada aos casos-limite, surgindo a controvérsia acerca da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Outrossim, deixar de se admitir a vinculação “de tudo e todos” aos direitos fundamentais implica na formação de uma “reserva”, um “*gheto*”, à margem da Constituição, contrário aos mandamentos da unidade do ordenamento jurídico e da força normativa da Constituição.²⁰

Neste contexto, verificamos que as opiniões doutrinárias convergem no sentido de se o sujeito privado atua nas relações jurídicas munido de poder especial sobre outros (indivíduos), ele não pode ser considerado como um indivíduo comum porque, em tais casos, não temos uma relação jurídica entre “iguais”, mas entre “desiguais”;²¹ a

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 603.

18 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Obra citada, p. 282.

19 TORRES, Jesús Garcia. Obra citada, p. 48.

20 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Texto citado, p. 45. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Obra citada, p. 591.

21 “O poder em causa não tem de ser um poder jurídico, bastando que se trate de um poder de facto inequívoco, e objectivamente determinável, como existe, por exemplo, numa situação de monopólio de facto, pelo menos de bens essenciais.” VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Obra citada, p. 285.

dignidade da pessoa humana deve ser preservada mesmo nas relações entre particulares, equilibrando-a com os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual.²²

Faz-se, assim, uma diferenciação entre as relações jurídicas entre particulares: entre “iguais” e “desiguais”. Mas, como e em que medida os direitos fundamentais vinculariam os particulares envolvidos nestas relações? Escolher, pura e simplesmente, uma das correntes doutrinárias expostas — da eficácia imediata ou mediata — não parece resolver a questão.

Em uma relação jurídica horizontal, entre “iguais” — indivíduo-indivíduo —, cremos bastar a aplicação dos direitos fundamentais enquanto dimensão objetiva da ordem jurídica, aptos a limitar a liberdade individual para que esta não interfira no núcleo essencial do direito fundamental de outrem.²³ Os direitos fundamentais não se podem transformar em deveres asfixiantes. Assim, “... apenas se torna necessário garantir uma eficácia mínima dos direitos fundamentais, a fim de evitar a sua inutilização face às concretas situações da vida”.²⁴ Seria uma vinculação a “título secundário” consistente em respeitar o direito fundamental reconhecido a outrem.

Nestas hipóteses, os direitos fundamentais teriam um efeito irradiante em todos os âmbitos do sistema jurídico, inclusive o privado, notadamente, por meio das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, carentes de concretização.²⁵

Já nas relações jurídicas travadas entre o indivíduo e um ente privado dotado de poder, os direitos fundamentais vinculariam diretamente este último, mas de forma menos intensa do que na relação entre o indivíduo e o poder público, devido à necessidade de concordar os direitos fundamentais com os princípios basilares do direito privado.²⁶

Por último, é preciso pontuar que o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares coloca o Judiciário no centro das atenções por

22 Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Obra citada*, p. 284. SILVA, Vasco Manuel P. D. *Pereira da. Texto citado*, p. 49. HESSE, Konrad. *Obra citada*, p. 286.

23 Jorge Miranda chama nossa atenção para o fato de que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é diferente da eficácia externa, uma vez que esta traduz-se no dever, recaindo sobre qualquer indivíduo, de respeitar os direitos dos outros, enquanto que na primeira está-se a referir àquelas relações bilaterais nas quais se projetam, ou nas quais podem ser afetados, certos direitos, liberdades ou garantias do cidadão. *Manual de Direito Constitucional*, p. 285.

24 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias *Pereira da. Texto citado*, p. 49.

25 ALEXY, Robert. *Obra citada*, p. 507. HESSE, Konrad. *Obra citada*, p. 283.

26 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Obra citada*, p. 286. SILVA, Vasco Manuel P. D. *Pereira da. Texto citado*, p. 48-49.

que será ele um dos responsáveis pela conformação da autonomia privada e dos direitos fundamentais.

Assim, é preciso adotar uma postura jurídica adequada, alargando-se o horizonte hermenêutico dos direitos e garantias fundamentais, os quais não podem mais ser concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado, exclusivamente.²⁷

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional law*. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1995.

BENDA, Ernst et alii. *Manual de derecho constitucional*. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck da 20. edição alemã: *Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito constitucional*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Ed. Ltda., 1993.

NOWAK, John E.; Ronald D. *Constitutional law*. 5. ed., St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1995.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. In: *Revista de Direito Público*, n. 82, p. 41-52, abr./jun. 1987.

TORRES, Jesús García; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986.

27 HESSE, Conrado. *Significado de los derechos fundamentales*. In: BENDA, Ernest et alii. *Manual de derecho constitucional*, p. 95.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL DE DEFESA DOS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS DE SAÚDE — PRÓ-VIDA

INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ COM ANTECIPAÇÃO DE PARTO DE FETO INVIÁVEL

Interessada: Mulher grávida

Sumário: 1. Relatório. 2. Promoção. 2.1. Introdução. 2.2. O papel constitucional do Ministério Público e do Juiz nos “pedidos de IVG”. 2.3. As questões político-criminais da IVG. 2.4. A IVG de embriões e fetos inviáveis na perspectiva do sistema legal brasileiro. 2.5. Embriões e fetos malformados (*embriopatias e fetopatias*) e outras situações indicadas para a IVG no Direito Comparado. 2.6. Anencefalia e outras complicações inviabilizantes da vida *v.* Fetopatia e embriopatia. 3. Conclusão.

1. RELATÓRIO

Mulher grávida, nascida em 10 de novembro de 1967, requereu autorização judicial para interrupção voluntária de sua gravidez, que conta 30 semanas. Após criterioso exame ecográfico-morfológico realizado pela Unidade de Gravidez de Alto Risco Materno-Fetal de um hospital do Distrito Federal, constatou-se a gestação de um feto com anencefalia.

Além de a anencefalia ser incompatível com a vida extra-uterina, o prosseguimento da gestação põe a vida da gestante em risco, na medida em que ocorre o aumento de volume do líquido amniótico (*polidrâmio*). Este aumento agrava a propensão à pré-eclâmpsia, intercorrência com alto índice de morte. A terapêutica indicada em casos como este é a interrupção da gravidez.

O pedido de “autorização” (*sic*) para execução do procedimento foi formulado por advogados e estagiários da Casa de Justiça e Cidadania de Ceilândia, chegando a esta Promotoria hoje, dia 6 de dezembro. Imediatamente foi ouvido o Conselho Médico que a integra. O Conselho analisou as ecografias que acompanham o pedido e ratificou o parecer emitido pela mencionada unidade médica. Fez juntar aos autos, a título de ilustração, uma série de oito fotografias de anencéfalos e um estudo detalhado sobre essa deformação.

Relatei.

2. PROMOÇÃO

2.1 INTRODUÇÃO

Toda manifestação sobre a interrupção voluntária da gravidez (*IVG*) tem muito de religião, moral, liberdade sexual e supostos argumentos éticos. É fácil e soa agradável invocar a titularidade divina sobre a vida, atacando, para tanto, a promiscuidade sexual, a licenciosidade dos outros ¹ e, principalmente, defendendo para o feto direitos que não foram assegurados, nem se procurou assegurar à mãe: o direito à liberdade na vida, à dignidade no viver, além do direito à vida em si mesma.²

-
- 1 Álvaro Cunhal. *O aborto: causas e soluções*. Porto, Campo das Letras, 1997, p. 76. “Muitos escritores procuram fazer crer que as causas fundamentais do aborto são ‘uma crise moral’, uma ‘crise de costumes’ a ‘degenerescência moral das camadas inferiores da população’ e ‘ainda a propaganda anticoncepcional’. Tais razões apresentadas são apenas uma capa que esconde as verdadeiras e profundas razões que conduzem as mulheres ao aborto.”
 - 2 Antônio Vigário, O Zezinho e a moral sexual, *O Público*, Lisboa, p.10, 14 Fev. 1997: “Já estamos habituados a que a discussão pública de qualquer questão ligada a princípios fundamentais ou à consciência de cada cidadão conduza a posições extremadas. O que não é natural nem saudável é a radicalização da discussão por movimentos fundamentalistas. Sobretudo quando agem como verdadeiras milícias, sem qualquer pudor em recorrer ao terrorismo físico ou moral. Como cidadão e, sobretudo, como católico, não posso deixar de me sentir chocado com a violência gratuita e o farisaísmo da milícia auto-intitulada Movimento Pró-Vida. Choca a violência dos meios empregues. O folheto *Não Matem o Zezinho* faz a condenação do aborto como um assassinio puro e simples. Recorre a imagens de uma violência escusada e apresenta uma visão da questão que de tão simplista é imoral. Choca a idéia de que a promoção do direito à vida do feto se basta com a penalização da interrupção voluntária da gravidez. Não seria mais eficaz e razoável que a proteção do direito à vida do feto se fizesse através do combate às causas que levam a que uma mulher interrompa a sua gravidez? Choca ainda a noção limitada do direito à vida. Onde está o dito movimento quando o direito à vida é posto em causa pela toxicod dependência ou pela violência associada à discriminação racial? Por que razão é que este Movimento só surge preocupado com o direito à vida quando se discute o aborto? Creio bem que o que move os ativistas do Movimento Pró-Vida não é propriamente a vida do Zezinho. A despenalização do aborto põe em causa a moral sexual inerente a esse movimento. O Zezinho é ape-

Não é fácil esquecer o discurso e fazer uma análise de eminência jurídica sobre o requerimento apresentado.³ Mas esse é o dever do Ministério Público e do Poder Judiciário, visto que ambos desempenham funções do Estado. No caso, do Estado brasilei-

nas a mascote de uma determinada moral sexual!

A admissão de que alguém possa interromper voluntariamente uma gravidez implica a negação da moral sexual que defende que a dimensão sexual do homem tem uma função essencialmente reprodutora. E que entende que a única barreira oponível à concepção são os métodos anticoncepcionais naturais.

A defesa destas idéias só é possível por parte de quem desconhece a realidade humana ou então por quem é cúmplice dessa manifestação de hipocrisia. Poucas são as pessoas cuja vivência sexual obedece à referida moral. Ou porque não se revêem nela, ou porque não poderiam sustentar a prole numerosa que daí resultasse, talvez com a exceção dos prolíficos militantes da *Opus Dei*.

A realização como pessoa do homem e da mulher, casados ou não, passa pela sua realização afetiva, que inclui necessariamente uma vertente sexual.

A moral sexual que se associa ao auto-intitulado Movimento Pró-Vida é em si própria uma causa da prática do aborto. A idéia de que o sexo pode ser altamente censurável ou pecado leva a que muito boa gente, quando colocada perante uma gravidez não desejada, facilmente ceda à tentação de esconder ou desembaraçar.

A Igreja Católica é cúmplice do fundamentalismo desse Movimento Pró-Vida na medida em que ele é um mero reflexo da sua rígida e desajustada moral sexual. Poucos são os católicos que se refletem na moral sexual oficialmente defendida pela Igreja.

Um verdadeiro movimento pró-vida, a promover pela Igreja, deveria preocupar-se com a proteção da vida em geral. Um dos seus primeiros objetivos seria procurar que o Zezinho só surgisse quando desejado. Preocupar-se-ia então com o Planejamento Familiar e com a Educação Sexual. Outro objetivo seria evitar que uma mulher solteira pudesse interromper a sua gravidez por falta de apoio ou de condições econômicas.

Quanto à questão do aborto em si, desde que efetuado nas primeiras semanas de gravidez, é um problema de consciência individual.

Por mim tenho como inquestionável que a concepção de um novo ser, de uma nova vida, desejada ou não, é sempre algo de maravilhoso! Mas questiono que se possa impor a uma mulher o dever de criar dentro de si um feto não desejado e, mais do que isso, rejeitado. Ao contrário do que possa parecer do sucesso das técnicas de fecundação *in vitro*, a mulher não é uma mera incubadora ou transportadora. Entre o feto e a mulher estabelece-se uma relação única, que só aquela pode sentir e avaliar.

Apesar da radicalização da discussão, a realidade pouco será alterada pela solução que vier a ser adotada. A recusa da despenalização não levará a que a interrupção voluntária da gravidez se verifique apenas nas situações previstas na lei.

Da despenalização também não resultará que quem pretender efetuar um aborto o passará a fazer nas melhores condições. A diferença neste caso é que uma mulher que praticar o aborto no período inicial da gravidez deixará de ser sujeita ao poder punitivo do Estado. E não é esta a concepção social dominante em Portugal?"

- 3 Jorge Miranda, Aborto e realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, *O Público*, Lisboa, p. 4, 15 Fev. 1996: 1. A problemática da interrupção voluntária da gravidez é, simultaneamente, de uma extrema complexidade e de uma radical simplicidade. De extrema complexidade, pelos múltiplos pressupostos e reflexos — jurídicos, sociais e econômicos, políticos e culturais, morais e religiosos — que comporta, pela sua dependência de outros problemas, pela variedade das situações em que as pessoas se podem encontrar e pela complexidade dos fatores de cada situação, pela complexidade que encerra em si cada vida humana. De radical simplicidade, porque, exatamente em cada caso, envolve uma decisão sobre a existência de certa e determinada vida humana, sobre se ela deve continuar até ao nascimento ou ser interrompida."

ro, um Estado laico, que dispensou em sua Constituição vínculos com quaisquer religiões ou seitas, correntes filosóficas ou assemelhados.

O Estado — o Promotor de Justiça e o Juiz — tem o dever de exercer suas funções sem invocar princípios teológicos, religiosos ou filosóficos. O Promotor e o Juiz não podem argumentar com valores de sua consciência enquanto indivíduos. Num Estado Democrático de Direito, respeitador e guardião das liberdades e dos direitos fundamentais, e institucionalmente separado de qualquer igreja, todos são, ou têm o dever de serem laicos. Laicos no sentido de preservar a separação entre o que é valor pessoal e o efetivo exercício do Direito, em relação ao direito do outro. Traduzindo, isto significa não deixar que o domínio dos direitos e da comunidade política seja colonizado pelas ortodoxias religiosas hegemônicas. Problemas como a interrupção voluntária da gravidez com antecipação de parto de feto inviável não se resolvem invocando os desígnios de Deus ou da natureza, mas argumentando com os textos legislativos e em primeiro lugar com a Constituição.

Infelizmente, vivemos num Estado neoliberal, numa máquina. E máquina não tem sentimento de culpa, não tem peso de consciência, não vê nem sente a utilidade da poesia, cujo valor, na maioria das vezes, reside na expressão do grito preso em outras formas de linguagem; na busca incessante de um referencial estético, que é o que livra esse mesmo Estado dos ímpetos neonazistas que tanto relutam em aceitar um réquiem de concepção democrática.

Sentir a poesia, ou através dela, impõe a esses agentes políticos do Estado o dever de serem éticos, limitando as leis e os seus comportamentos à busca do bem. E é esse bem, conhecido como justiça, tão oportuno ao caso em foco, que a poetisa pernambucana *Irene Lage de Britto* pôde resumir em seu poema *Maternidade*; uma reflexão a tudo e um repúdio ao nada em que se transforma a mulher diante de conceitos hipocritamente concebidos em sua defesa:

“Pela porta da mulher passa um laço de fita, um sapato de cristal. Passa a noite, passa o verbo; o credo, o bolero. (*Ela não se sabe música*)./ Das entranhas da mulher, sai o mel e a lua. A equação, o medo. Sai escuridão, sai orgasmo; a certidão de nascimento. (*Ela não se sabe enxerto*)./ No útero da mulher moram a estrela e a máscara. O fastio, a estupidez... Mora seu sono e o cio, a alforria, o estrangeiro. (*Ela não se sabe bússola*)./ Do ventre da mulher escorre seu muro e paredes. Um trovão, a hipocondria. Escorre o incenso e o incesto, o pão e o jejum. (*Ela não se sabe rua*)./ As brenhas da mulher expelem força e enfado. A contradição, a vez. Expelem a hora e o recreio. Sua própria criação. (*Ela não se nasce*)./ Da abertura da mulher vaza o pecado original; vaza sua vida vermelha. O pretérito-mais-que-perfeito. Vazam seu ontem e o gozo. (*Ela não se sabe hoje*)./ A vagina da mulher segrega fome e ousadia. Vende pudor, cria o mito. Esconde seu corpo, solidão. Embriaga o juízo e a história. (*Ela não se rompe o*

hímen)./Da luz da mulher vem à luz um governo, a ditadura o ocaso. Vem a implosão, Hiroshima. Muitas réplicas em via sacra. (*Ela não se sabe parto*).⁴

A separação entre o Estado e as igrejas é básica, também, para que no exercício das funções que lhe são típicas, o Estado assegure a cada indivíduo ou cidadão a liberdade religiosa, incluindo, aí, a garantia do direito de não ser submetido a decisões judiciais ou ministeriais embasadas em princípios religiosos, filosóficos ou ideológicos de todas as espécies. “O Promotor de Justiça deve ser independente e objetivo, não se deixando influenciar pelo sexo, pela crença religiosa, pela opção política, pela origem e classe sociais, pela orientação sexual, pela nacionalidade ou por quaisquer questões de natureza étnica do criminoso, da vítima ou das testemunhas. Também não se deve deixar influenciar por pressões impróprias e indevidas de quaisquer origens.”⁵ Estas palavras são endereçadas não só aos Promotores de Justiça, como também aos Juizes.

Contudo, os atores estatais, os funcionários públicos, o Promotor e o Juiz, enquanto indivíduos, também têm a garantia de que mesmo pagos pelo Estado, que é impessoal quanto a valores que não sejam os cívicos, terão asseguradas suas convicções íntimas. É a denominada *objeção de consciência*. Haverá — espera-se — algum funcionário em condições de tomá-las ou executá-las, sem confundir sentimentos dessa ordem com o dever de isenção próprio do Estado. Portanto, quem não tiver capacidade de isentar-se de suas convicções pessoais, em nome do cumprimento de uma decisão que vem ao encontro do exercício de um direito fundamental alheio, deve abster-se de oficiar em processos com esse objeto.

2.2 O PAPEL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO JUIZ NOS “PEDIDOS DE IVG”

Com uma legislação inapropriada, a sociedade brasileira encontra-se, há mais de 50 anos, desamparada em muitos dos seus reclamos diários. Sem alternativas, a solução mais viável é a busca do suprimento judicial para omissões legislativas.

O Juiz, na defesa que tem feito de uma nova compreensão constitucional de seu papel, integra a magistratura *pró-indivíduo* com a função estatal de garantir os direitos fundamentais. O Ministério Público, após o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e, recentemente, a adoção, pelo Brasil, do

4 Irene Lage de Britto, Maternidade In: *Poética ribeirinha*: Antologia literária de Petrolina, Org. Elisabet Gonçalves Moreira, Petrolina, Universidade Federal de Pernambuco, 1995, p. 130.

5 Diaulas Costa Ribeiro, Código de procedimentos do promotor de justiça criminal. In: *Propostas e debates do Instituto Superior do Ministério Público*, p. 1-20, Eurobrasileira, Brasília, 1998.

Pacto de São José da Costa Rica, foi transformado, por determinação constitucional, em magistratura *pró-sociedade*.

Com a transformação, o confronto processual penal, como o melhor exemplo de Direito Constitucional posto em prática, ocorre entre uma magistratura que busca assegurar os interesses permanentes da sociedade (*os crimes são perseguidos em nome dela*) e a magistratura que garante os direitos fundamentais do indivíduo.

No espaço desse binômio — Ministério Público v. Poder Judiciário — fica difícil distinguir os interesses sociais dos direitos individuais, quando há a necessidade de decidir sobre a execução de uma IVG. Qual será a natureza da decisão judicial? Qual a posição do Ministério Público? Estará o Ministério Público, em casos com este, agindo ou oficiando como fiscal da lei ou como titular da ação penal? Estará o Juiz declarando que uma ação futura não tipificará crime? Mas poderá o Juiz, garante dos direitos individuais, dizer sobre os interesses permanentes da sociedade que poderão ainda ocorrer? O Juiz, ao ingressar numa relação penal hipotética, não estará se afastando de seu mister constitucional e usurpando funções do Ministério Público?

Essas perguntas, porque oriundas de uma área de conflito, não têm respostas ou têm respostas virtuais. Em casos assim, tanto as intervenções do Ministério Público quanto as do Poder Judiciário são anômalas e não encontram enquadramento nos rótulos tradicionais das relações e dos interesses processuais. Contudo, há uma situação jurídica pendente de resolução. Não poderão o Ministério Público e o Juiz virar as costas para um problema concreto que foi apresentado.

O Ministério Público, neste caso, adotará a teoria da tipificação objetiva hipotética, para concluir que não irá perseguir uma ação ou omissão futura, da qual dependerá um resultado que, se já existisse, não seria punível por atipicidade da conduta. Como Direito Penal da culpa — em oposição ao resultado — não constitui absurdo essa mensuração.

2.3 AS QUESTÕES POLÍTICO-CRIMINAIS DA IVG

Duas legislaturas portuguesas discutiram a legalização da IVG. Professores renomados cederam o prestígio intelectual para a causa. Tereza Pizarro Beleza, das Universidades Clássica e Nova de Lisboa, fez uma análise do assunto sob a ótica da política criminal. Na mesma linha, Eduardo Maia Costa, Procurador da República e prestigiado intelectual do Ministério Público português, também não vê a discussão diferente: “O aborto não é um problema de consciência, mas sim de política criminal.” Nessa ordem, a transcrição integral de ambos os documentos enriquece esta manifestação:

Tereza Pizarro Beleza: “O aborto é um problema político e não apenas moral. E é um problema político urgente. Trata-se de saber se deve ser ou não mantida uma incriminação ineficaz, ignorada pelos órgãos de aplicação da justiça, de conhecidos efei-

tos perversos, geradora de enorme sofrimento humano e desigualdades sociais intoleráveis. É, por isso, uma questão de moralidade política urgente.

Em certo sentido, a questão do aborto é uma questão *indiscutível*. E isto porque a sua localização discursiva desde logo marca os parâmetros da argumentação de uma forma cuja incomunicabilidade só se torna transparente quando se observa a multiplicidade desses textos, dessas narrativas, de fora.

Nesta matéria, a verdade é certamente intradiscursiva. Provavelmente, todas as verdades o são. Num país em que os debates sobre política criminal são rarefeitos e restritos a especialistas, acontece um curioso fenômeno quando o assunto é o *aborto*.

Todos se manifestam, por vezes das formas mais veementes, localizando o tema em redutos emocionais inamovíveis: o direito à vida, o direito ao corpo, as mazelas sociais... O que me parece significativo é a deslocação do problema penal para outras latitudes, o que rarissimamente acontece em Portugal. Seria um assunto fascinante para um programa de investigação sociológico sério.

E, no entanto, trata-se de uma questão cuja base de legitimidade jurídico-constitucional é inamovível: o Estado pode ou deve ameaçar com pena de prisão uma mulher que decide pôr termo a uma gravidez?

Não será difícil encontrar apoio constitucional para a ilegitimidade da incriminação da interrupção da gravidez. Os critérios mínimos do art. 18 (*eficácia na proteção de bens constitucionalmente protegidos*) não são claramente alcançados. Mas, além deles, outras exigências constitucionais parecem apontar outro caminho, desde a dignidade da pessoa humana levada a sério até à obrigação estadual de promover ativamente uma maternidade consciente. Mais do que qualquer outra, talvez, a incriminação da interrupção da gravidez contraria frontalmente o princípio da igualdade. Não só na forma evidente de desequilíbrio entre ricos e pobres, mas de uma maneira muito mais ínvia e invisível: entre as mulheres que concebem e os homens que participam nessa concepção.

Penso que o Estado só terá legitimidade para proibir o aborto sob ameaça penal quando tiver assegurado por todos os meios — incluindo a utilização sistemática da informação televisiva e outros meios de esclarecimento das pessoas — uma verdadeira possibilidade de controle sobre a natalidade. Mais e talvez sobretudo: quando tiver criado os meios de apoio suficientes para fazer com que a maternidade não seja o enorme peso que ainda frequentemente é, sobretudo para as mulheres sujeitas a situações de miséria e isolamentos urbanos.

Mas a força política, a capacidade de *lobbying* das mulheres em geral e dessas em particular é mínima. Por isso, não vejo como muito provável uma profunda mudança nos critérios de afetação de recursos financeiros e de princípios de prioridade política que isso implicaria. Foi o medo da epidemia da Aids e não a vontade de esclarecimento

sobre a concepção que tornou normal um fenômeno até há poucos anos impensável: a banalização da imagem de preservativos em *spots* televisivos, cartazes de campanha de prevenção ou toda a sorte de objetos com eles relacionados.

Preocupações demagógicas de vária ordem e numerosos interesses se opõem, clara e obscuramente, a que isso aconteça. No entanto, o que torna, no limite, impensável tal atitude oficial é que ela fomentaria o reconhecimento da autonomia sexual feminina e, também para as mulheres, a possibilidade da dissociação entre a sexualidade e a procriação. O fato de isto poder ser lido como uma afirmação subversiva só mostra quão absurdas são as declarações habituais sobre a permissividade da nossa sociedade.”⁶

Eduardo Maia Costa: “A propósito dos projetos de despenalização do aborto que irão ser discutidos na Assembléia da República generalizou-se a idéia de que o aborto é um problema de consciência, sendo, portanto, natural que os partidos políticos não tomem posição sobre o assunto, que os deputados tenham liberdade de voto, que este seja secreto, etc. Pareceria, assim, que a questão do aborto é puramente subjetiva, do foro íntimo de cada um.

Trata-se de uma visão completamente distorcida da questão que está pendente na Assembléia da República. Na verdade, se o aborto pode encerrar um *problema de consciência* para a mulher que decide abortar ou para o médico que é chamado a intervir, já para os deputados e para a opinião pública a questão que se põe é pura e simplesmente esta: em certas circunstâncias (*até determinado prazo de gestação*) praticar o aborto deve ou não constituir crime, ou seja, ser punido com penas criminais?

Irrelevantes se tornam, neste plano de discussão, os complicados problemas filosóficos, éticos e até religiosos que o aborto pode suscitar, como, por exemplo, saber se o feto é um ser humano perfeito (*eventualmente já dotado de alma*) ou se o feto é apenas um *prolongamento* do corpo da mãe, que dele pode dispor segundo a sua vontade. Estas abordagens só contribuem para escamotear a questão central, que é uma questão de política criminal. São, portanto, os princípios que presidem ao processo de criminalização/descriminalização que devem ser convocados para tomar posição sobre as propostas apresentadas.

O que os projetos do PCP e da juventude do PS propõem é, por um lado, o alargamento do prazo do aborto eugênico, ou seja, do que é praticado quando é de prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou de malformação, de 16 para 22 semanas (*neste aspecto coincidem parcialmente com o projeto do deputado Strecht Monteiro, que limita o seu projeto a esta questão, propondo, no entanto, um prazo mais longo — 24 semanas*); por outro, propõem a despenalização do aborto praticado até as 12 semanas de gestação, sem necessidade de invocação de motivo.

6 Teresa Pizarro Beleza, Um problema político-criminal urgente, *O Público*, Lisboa, p. 5, 20 fev. 1996.

Quanto ao primeiro aspecto, a alteração proposta é meramente *quantitativa* e destina-se apenas a dar conteúdo à própria lei atual, pois é reconhecido pela medicina que, até as 16 semanas, é impossível detectar doenças ou malformações incuráveis no feto. É uma pura hipocrisia legal admitir o aborto eugênico e fixar simultaneamente um prazo tão curto para o praticar que o inviabiliza completamente! Nenhuma objeção séria se pode, pois, erguer contra esta proposta.

A outra proposta é evidentemente mais *ousada*: a despenalização até as 12 semanas de gestação. Para apreciá-la, importa analisar os princípios que devem nortear a criminalização de comportamentos humanos e a que já atrás fizemos referência.

Para que um comportamento seja qualificado como crime, exige-se antes de mais nada que ele viole um bem jurídico (*no caso o valor da causa é a vida intra-uterina*), mas tal não é suficiente. É necessário ainda, nomeadamente, que a imposição de uma pena seja condição necessária e adequada para a salvaguarda desse bem jurídico, isto é, que a ameaça da pena se apresente como indispensável e eficaz para afastar a generalidade das pessoas desse comportamento.

Ora, a criminalidade do aborto na fase inicial da gestação não cumpre esses requisitos. A criminalização não é a forma mais adequada de combater a prática do aborto, que é a consequência sobretudo de uma insuficiente política de planeamento familiar e de educação sexual e de problemas sociais, como a pobreza e a exclusão social. A criminalização não dissuade minimamente da prática do aborto.

Acresce que a criminalização do aborto, se não impede as mulheres de o praticar, leva-as a recorrer ao circuito clandestino, fazendo-o muitas vezes em condições sanitárias insuficientes, pondo em perigo a sua saúde, além de que, deste modo, se consuma uma notória discriminação das mulheres em função da sua condição social.

A descriminalização do aborto até as 12 semanas é, assim, uma medida de profilaxia social, sobretudo se complementada com um reforço da intervenção do público no âmbito do planeamento familiar, da educação sexual e da política social de combate à pobreza e à exclusão social. A descriminalização do aborto é sobretudo uma medida de solidariedade social com todas as mulheres, freqüentemente muito jovens, que, por razões diversas, são apanhadas, a maioria das vezes desprevenidamente, numa situação de gravidez não desejada, por relevantes razões de ordem econômica ou afetiva. Impor-lhes uma maternidade não desejada, um filho não querido, é uma violência não só para elas como para as crianças, que não virão a crescer dentro do ambiente saudável e afetivo a que as crianças têm direito.

Em resumo, a descriminalização do aborto nos termos que estão propostos é uma solução correta do ponto de vista de política criminal, que é o único em causa. É a solução vigente na maioria dos países europeus e ainda recentemente foi adotada na Polô-

nia pós-comunista (*apesar da reação da Igreja Católica*). É a solução que corresponde aos princípios que regem um Estado de direito democrático e laico, como é o nosso.”⁷

Retomando a linha de orientação estabelecida inicialmente, o Ministério Público, em atuação objetiva, ficará vinculado à não-persecução, o que significa a unidade da posição aqui tomada com efeito *ex nunc*, para uma situação de política criminal.⁸ E quem executa a política criminal, em concreto, é o Ministério Público,⁹ numa visão constitucional do princípio da oportunidade, ao meu ver instaurado pela função Estatal de titularidade exclusiva da ação penal pública.¹⁰ Essa política criminal, limitada ou não, seria adequada à hipótese, caso a conduta fosse punível. Não se trata, como é perceptível, de exclusão de ilicitude, mas de exclusão de culpabilidade, de ausência de censura social à conduta. Mas também não está afastada a exclusão da tipicidade como já foi citado.

O Juiz, por outro lado, estará assegurando o direito de liberdade da mulher em não prosseguir uma gravidez de feto inviável. Diante da necessidade de intervenção de profissionais médicos da rede pública, e com evidente demonstração de que esse corpo de profissionais não se dispõe a fazê-lo, senão cumprindo uma determinação, urge que se formalize a garantia desse direito à privacidade. “Over the past twenty years, abortion has become the most heavily litigated, fiercely political, and socially divisive issue involving the right to privacy. In addition, to its religious and moral dimensions, the controversy has raised, answered, and raised again profound legal and constitutional questions. Whereas the Fourth Amendment’s protection against unreasonable searches and seizures explicitly protects the privacy of our homes, or persons, and our possessions, the constitutional right to reproductive freedom is implicit.

Constitutional protection of woman’s decision to end a pregnancy is based in the Due Process of the Fourteenth Amendment. That clause declares that no person will denied “life, liberty, or property, without due process of law”.”¹¹

7 Eduardo Maia Costa, O aborto não é um problema de consciência, mas sim de política criminal, *O Público*, Lisboa, p. 21, 16 fev. 1997.

8 Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht (Direito processual penal)* 24. Auf., München (*Munique*), Beck, 1995, p. 45 e ss.

9 Jorge de Figueiredo Dias, Do princípio da objectividade ao princípio da lealdade do comportamento do Ministério Público no processo penal, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 128º, nº 3.860, Coimbra, p. 332-52, mar. 1996.

10 Jean Pradel, Du ministère public em matière pénale. A l’heure d’une éventuelle autonomie?, *Recueil Dalloz*, nº 19, Paris, p.141-144, 8 Maio 1997: Dans l’abstrait, le ministère public est chargé de deux missions principales: d’une part, sur le plan général, l’application de la politique criminelle menée par le Gouvernement, et, d’autre part, sur le plan des affaires elles-mêmes, la direction de la police judiciaire lors de l’enquête et la conduite de l’action publique.”

11 Ellen Alderman & Carolinc Kennedy, *The right to privacy*, New York, Alfred A. Knopf, 1995, p. 55.

Sem a necessidade de tradução literal, este último parágrafo resume a idéia das autoras: “A proteção constitucional da decisão da mulher em pôr termo à sua gravidez está assegurada pelo devido processo legal implantado pela 14ª Emenda à Constituição americana. Essa cláusula assegura que não serão retirados ou negados os direitos à vida, à liberdade e à propriedade sem um processo legal.”

Neste caso, em sendo negado esse direito, sob a alegação de temor da equipe médica ante uma perseguição penal por parte do Ministério Público, impõe-se o processo legal para que se assegure à mulher, nos termos da Constituição brasileira — nesse aspecto uma cópia quase fiel da Constituição americana —, o direito à sua privacidade, à sua opção.

Portanto, o Ministério Público se antecipa às conclusões para afirmar a falta de interesse público na perseguição das ações ou omissões desenvolvidas para assegurar a vontade da mãe em interromper a gravidez de um feto inviável. E o fará, após todo este arrazoado, em respeito à Constituição. Dispensada estaria a intervenção judicial, porque não haverá óbice à execução da decisão da mulher grávida.

Considerando, todavia, que o pedido foi feito, e não havendo tempo para se discutir essa posição, a decisão judicial deverá ser proferida. Não para determinar a IVG; mas para determinar que o hospital e seus médicos, excluídos os objetores de consciência, realizem a vontade da gestante. Vontade essa que constitui a expressão mais legítima do direito fundamental à liberdade e à privacidade das decisões de consciência num Estado Democrático de Direito.

2.4 A IVG DE EMBRIÕES E FETOS INVIÁVEIS NA PERSPECTIVA DO SISTEMA LEGAL BRASILEIRO

A primeira proposta para expressamente incluir na legislação brasileira a IVG de fetos com malformação surgiu no anteprojeto da nova parte especial do Código Penal de 1984: “*Exclusão de ilicitude*. Artigo 128. Não constitui crime o aborto praticado por médico, se: I — não há outro meio de salvar a vida da gestante; II — a gravidez resulta de estupro ou de atentado violento ao pudor; III — há fundada probabilidade, atestada por dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais. *Parágrafo único*. No caso do inciso III, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal, e, se casada, do cônjuge.”¹²

12 BRASIL, Ministério da Justiça, *Anteprojeto do Código Penal*, Parte especial, Portaria nº 304, de 17 de julho de 1984, Imprensa Nacional, Brasília, DF.

Em 1987, outro anteprojeto foi apresentado, mantendo a mesma disposição do anterior: “*Exclusão de ilicitude*. Artigo 128. Não constitui crime o aborto praticado por médico, se: I — não há outro meio de salvar a vida da gestante; II — a gravidez resulta de estupro ou de atentado violento ao pudor; III — há fundada probabilidade, atestada por dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais. *Parágrafo único*. No caso do inciso III, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal, e, se casada, do cônjuge.”¹³

Finalmente, o anteprojeto apresentado em março de 1999, encaminhado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República, também inclui essa possibilidade: “*Exclusão de ilicitude*. Art. 128. Não constitui crime o aborto praticado por médico se: I — não há outro meio de salvar a vida ou preservar a saúde da gestante; II — a gravidez resulta de violação da liberdade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; III — há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais. § 1º Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro; § 2º No caso do inciso III, o aborto depende, também, da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro.”¹⁴

Apesar de anteprojetos, não há dúvidas sobre a constitucionalidade das propostas. As duas primeiras foram apresentadas no *ancien régime* constitucional, sendo constitucionais àquela época. A última, de igual forma, não atenta contra o atual texto constitucional porque respeita a privacidade da mãe.

Mas há um detalhe que tem passado à margem das discussões jurídicas: a distinção entre feto *malformado* (com graves e irreversíveis anomalias físicas) e *feto inviável*, muito bem evidenciada na última revisão do Código Penal português, introduzida pela Lei nº 90/97, de 30 de julho. Apesar das anomalias — das quais a Trissomia 21 (*Síndrome de Down*) e as deformações provocadas pela Talidomida são exemplos —, é possível que o feto malformado se mantenha vivo. A criança terá tempo de vida, não terá qualidade de vida. Situação fática bem distinta é a do feto inviável. Este não viverá nem bem nem mal.

13 BRASIL, Ministério da Justiça, *Anteprojeto do Código Penal*, Parte especial, Portaria nº 790 de 27 de outubro de 1987, Imprensa Nacional, Brasília, DF.

14 BRASIL, Ministério da Justiça, *Anteprojeto do Código Penal*, Parte especial, www.mj.gov.br, Brasília-DF.

Os anteprojetos só mencionaram os fetos malformados, o que obviamente não afasta a IVG dos fetos inviáveis. Isso porque os juristas brasileiros não têm o hábito de ouvir os médicos e outros profissionais das ciências da vida. Comentando o anteprojeto, mais especificamente sobre o tratamento dado à eutanásia, não deixei de apresentar algumas críticas às soluções encontradas para a interrupção voluntária da gravidez: “O aborto, na proposta do anteprojeto (*referia-me ao último anteprojeto*), recebeu uma nova causa de exclusão da ilicitude, ‘caso haja fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias *físicas ou mentais*’. Isso, em outras palavras, é uma espécie de eutanásia. Permite-se antecipar a morte para evitar (*ou mesmo interromper*) o grave sofrimento provocado por doença somática ou não-somática. Por falta de técnica e de domínio de questões médicas básicas, o anteprojeto falou em ‘probabilidade de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais’, quando anomalias mentais no nascituro, no que ainda não nasceu, são praticamente impossíveis de se detectar. Mesmo nos nascidos e crescidos isso não é fácil, não é perceptível a olho nu. É até provável que o projeto tenha confundido anencefalia (*falta de cérebro ou de alguns ossos cranianos*) com doença mental, com anomalia não-somática. Mas anencefalia é defeito do *hardware* e não do *software*. Portanto, com os mesmos princípios aplicáveis ao aborto do feto com malformação se resolveriam as questões concernentes à eutanásia: excludente de culpabilidade, isenção de pena (*o anteprojeto optou, com falta de técnica, pela excludente de ilicitude*).”¹⁵

2.5 EMBRIÕES (*EMBRIOPATIAS*) E FETOS (*FETOPATIAS*) MALFORMADOS E OUTRAS SITUAÇÕES INDICADAS PARA A IVG NO DIREITO COMPARADO

O processo de criação jurídica tem duas linhas básicas: a sincronicidade, que decorre do subconsciente coletivo, responsável pelas idéias antigas que acabam por espalhar-se por todo o mundo como lendas, sofrendo adaptações normais de cada cultura ou geração, com modificações das circunstâncias e preservação da essência; o difusionismo do Direito Comparado, que por sua vez encontra apoio filosófico no mesmo inconsciente coletivo. A comparação entre sistemas sempre foi o caminho mais curto adotado pela *intelligentzia* brasileira. O paradigma, não admitido oficialmente, sempre foi tornar o “Brasil um imenso Portugal.”¹⁶ Portanto, é fundamental uma visão do atual cenário da IVG em alguns sistemas estrangeiros, o que foi viabili-

15 Diaulas Costa Ribeiro, Eutanásia: Viver bem não é viver muito, *Consulex*, ano III, vol. I, n° 29, p. 17-20, maio 1999.

16 Chico Buarque de Holanda e Ruy Guerra, *Fado tropical*, São Paulo, Arlequim, 1974.

zado em curto espaço de tempo dada a urgência da tomada de posição do Ministério Público frente ao caso.

Há, na legislação de quase todos os países enfocados, uma combinação de indicações e prazos.¹⁷ É o sistema português, que tanto se discutiu em 1996/1997. Os Estados Unidos não mereceram menção, porque são conhecidas as posições da Suprema Corte Americana em favor do direito de opção da mulher.¹⁸

Países	Risco de vida para a mulher	Risco de vida para a saúde física da mulher	Risco de vida para a saúde mental da mulher	Risco para a saúde ou lesão ao feto	Crimes Sexuais	Situação sócioeconômica	Por decisão da mulher
Alemanha	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não
África do Sul	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Não
Brasil	Sim	Não	Não	Não	Sim	Não	Não
Canadá	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Dinamarca	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Emirados Árabes	Sim	Não	Não	Não	Não	Não	Não
Espanha	Sim	Sim	Sim	Sim	3	Sim	Não
França	Sim	Sim	3	Sim	Sim	Sim	Não
Gana	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não
G. Bretanha	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Grécia	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Holanda	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Índia	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Irlanda	Não	Não	Não	Não	Não	Não	Não
Israel	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Não
Itália	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	3	Não
Luxemburgo	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não
Marrocos	Sim	Sim	Não	Não	Não	Não	Não
Peru	Sim	Sim	Sim	Não	Não	Não	Não

17 L'ABORTO NELLE sentenze delle corti costituzionali: USA, Austria, Francia e Republica Federal Tedesca. In: *Quaderni della giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976, 329p.

18 L'ABORTO NELLE sentenze delle corti costituzionali: USA, Austria, Francia e Republica Federal Tedesca. In: *Quaderni della giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976, 329p.

Países	Risco de vida para a mulher	Risco de vida para a saúde física da mulher	Risco de vida para a saúde mental da mulher	Risco para a saúde ou lesão ao feto	Crimes Sexuais	Situação sócioeconômica	Por decisão da mulher
Portugal	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Não
Suíça	Sim	Sim	Sim	Não	Não	Não	Não

3. significa que a indicação é limitada a abortos realizados nos primeiros três meses da gestação.

Na Alemanha, a IVG deve ser decidida pela mãe e por um médico. Após, a gestante é submetida a aconselhamento psicológico, devendo a IVG ocorrer num prazo mínimo de 3 dias após esse aconselhamento, e ser realizada por médico diferente daquele primeiro. A IVG decorrente de estupro e outros crimes sexuais e por motivos sociais deve ocorrer nas primeiras 12 semanas de gestação; por malformação do feto, nas primeiras 22 semanas; por riscos à saúde física ou mental da mulher, não há limite temporal para ser realizada. A intervenção médica não tem custos, mas há muita objeção dos hospitais em realizá-la por razões sociopsicológicas, o que leva as alemãs a procurarem outros países. Em média, 100 mil mulheres praticam a IVG no estrangeiro. Na Bélgica, as mudanças legislativas ocorreram em 1990, não havendo, ainda, avaliação disponível. Na Dinamarca, para os casos indicados no quadro, exige-se consentimento dos pais da gestante, se esta for menor de 18 anos. A IVG é decidida por quatro profissionais de saúde. Nos casos de pedido da mulher, o prazo para a execução é de 12 semanas; os demais deverão ocorrer em seis meses. Os hospitais são obrigados a realizar a IVG, se procurados nas 12 primeiras semanas, sendo reembolsados pelo próprio Estado. Contudo, não se permite IVG de não-residentes no país.

Na Espanha, a revisão do Código Penal, realizada em 1995, manteve a vigência do artigo 417. *bis* do Código anterior:

“Artículo 417. *bis*:

1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1ª Que sea para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3ª Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.”

Na França, a mulher deve procurar um médico. Após essa primeira consulta, aguarda uma semana para os casos de simples solicitação, que deve ocorrer nas 10 primeiras semanas de gestação. Nos demais, o prazo máximo é de seis meses, exigindo-se o consentimento dos pais se a gestante tiver menos de 18 anos. Para a IVG por malformação do feto e risco à saúde ou à vida da mulher há, ainda, necessidade de um certificado médico, reconhecido por um tribunal administrativo. O Estado paga 80% dos custos hospitalares, assegurando aos médicos o direito à objeção de consciência. Na Grã-Bretanha (Inglaterra e Gales), a IVG necessita do consenso de dois médicos e da autorização dos pais, se a gestante for menor de 16 anos. Todas as hipóteses deverão ocorrer em 28 semanas. Metade dos casos são realizados nos hospitais públicos, sem custo para a paciente. Na Grécia, exige-se autorização dos pais, se a mãe for menor. A IVG por simples solicitação deve ocorrer nas 12 primeiras semanas; por razões médico-psicológicas e crimes sexuais, nas 20 primeiras semanas; e por malformação do feto, nas primeiras 24 semanas. Na Holanda, desde que a gravidez constitua uma situação intolerável para a mulher, o que é avaliado e constatado em conjunto com seu médico, pode haver a IVG. Exige-se autorização dos pais para as menores de 18 anos e cinco dias de carência entre essa decisão e a execução da IVG. Um médico deve assegurar que a decisão foi livre, podendo ser realizada a intervenção nas primeiras 24 semanas. Há reembolso estatal de 100% dos custos, não havendo, com a liberalidade legal, abortos ilegais no país. Na Irlanda, o aborto é totalmente proibido, o que leva milhares de irlandesas a procurarem outros países.

Na Itália, há necessidade de um certificado médico e de sete dias de espera. As menores de 18 anos necessitam de autorização dos pais ou suprimento judicial. Todas as pacientes passam por um aconselhamento psicológico. Por razões sociais e econômicas, a IVG deve ocorrer nos primeiros 90 dias da gravidez. As outras hipóteses poderão ocorrer além desse prazo. Confira-se a lei:

“Interruzione della gravidanza — Legge 22 maggio 1978, n° 194.
Norme per la tutela sociale della maternità e sull’ interruzione volontaria della gravidanza: (...)

4. Per l’ interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali, o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell’ articolo 2, lettera a, della legge 29 giugno 1975, n° 405, o a una struttura sociosanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia. (...)

6. L’ interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.”

Em Luxemburgo, exige-se um certificado médico e sete dias de espera. Por razões sociais, a IVG pode ocorrer nas primeiras 12 semanas. As demais hipóteses podem ocorrer em até seis meses. Como há muitos objetores de consciências, ainda há muita clandestinidade.

Por fim, em Portugal, este, que como a Itália, sempre inspirou a legislação brasileira, as mudanças no Código Penal ocorreram em 1997, alterando-se o prazo da IVG de 12 para 24 semanas, se “houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congênita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com a *leges artis*”:

Artigo 142.

1. Não é punível a interrupção da gravidez efetuada por um médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina:

a) constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;

b) se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou a para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;

c) houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congênita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo; ou

d) a gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for praticada nas primeiras 16 semanas.

2. A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção de gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direção, a interrupção é realizada.

3. O consentimento é prestado:

a) em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção; ou

b) no caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes na linha colateral.

4. se não for possível obter o consentimento nos termos do número anterior e a efetivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos.”

2.6 ANENCEFALIA E OUTRAS COMPLICAÇÕES INVIABILIZANTES DA VIDA V. FETOPATIA E EMBRIOPATIA

Como ficou realçado, as duas situações são bem distintas: *doenças graves ou malformação do nascituro e inviabilidade do feto*. Todos os sistemas acima menciona-

dos regulam a primeira situação; a segunda dispensa normatização. O feto inviável, sem perspectiva de vida, não tem proteção legal nesses mesmos países. A proteção que alguns deles concedem ao nascituro — em situações e prazos indicados — tem por pressuposto a perspectiva de vida autônoma após o nascimento. O feto inviável é portador de uma anomalia incompatível com a vida extra-uterina; morrerá logo após o nascimento. A anencefalia é o exemplo mais comum, e embora seja possível fazer o seu diagnóstico nas 12 primeiras semanas, a rotina normal das ecografias só detecta os anencéfalos nas 18 semanas, quando o exame permite um estudo morfológico. Existem dúvidas quanto a um prognóstico do tempo de vida do anencéfalo (*quando chega a nascer e é ventilado artificialmente*), que pode variar de horas a poucos dias de vida; em geral, o feto morre nas primeiras 24 horas. “Anencephaly it’s one of those sterile, detached words doctors use to lend distance to nature’s more gruesome unpleasanties — unpleasanties like a fetus whose neural tube fails to grow into a brain. But for the parents of these doomed babies, it is much more than just a medical term. Anencephaly is a shocking, 100% fatal reality. It is a reality so shocking that almost everyone’s first reaction is not to deal with it at all”¹⁹ (*Vide fotos anexas*). Portanto, este feto tem a certeza da morte e não ingressa nas discussões jurídicas que o primeiro grupo pode motivar. O que se discute hoje, com sede jurídica e ética,²⁰ é a situação do feto anencéfalo enquanto fonte de órgãos para transplantes.^{21 22}

Todavia, o discurso ainda impregnado de confusões e conclusões apaixonadas, que inclusive denomina equivocadamente a IVG de feto malformado de *aborto eugênico*,²³ propositadamente confunde tudo isso com a *IVG de feto inviável*. O passiona-

19 Brenda Winner, *The Ten Fingers*, Washington, Macmillan Press, 1998, p. 6.

20 Délio Kipper e William Saad Hossne, Caso clínico: Comentários à Consulta nº 8.905/98, relatada por Marco Segre, conselheiro do CREMESP. Ementa: “A vontade do casal — de doar os órgãos de seu filho anencéfalo, após o nascimento, para transplante — esse ensejo, merece todo o respeito e acolhida possíveis”, *Bioética: Revista do Conselho Federal de Medicina*, Brasília, nº 6, p. 217-40, 1998.

21 Peter J. McCylyllagh, *Brain dead, brain absent, brain donors: human subjects or human objects?*, Wiley, John Sons, Incorporated, 1993, 261p.

22 American Academy of Pediatrics, Committee on Bioethics, *Infants with Anencephaly as Organ Sources*, *Pediatrics (Revista da American Academy of Pediatrics)*, vol. 89, nº 6, Part 1, p. 1.116-19, Jun., 1992.

23 Luís Jiménez de Asúa, *Liberdad de amar y derecho a morir: Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 4-5. “La palabra eugenesia proviene de dos voces griegas: *eu*, que significa bueno, y *genesia*, derivada de genes, que ha dado nacimiento al verbo *engendrar*. Eugenesia es, por tanto, engendrar bien. Francisco Galton, que la creó, definióla así: ‘El estudio de los agentes bajo control social que pueden mejorar o empobrecer las cualidades raciales de las futuras generaciones, ya fuere física o mentalmente’.

En estrecha conexión con la eugenesia que sólo se preocupa del perfeccionamiento de las generaciones venideras, se ha creado en los últimos tiempos la euténica, que es la ciencia del mejoramiento del medio o ambiente en que viven y se desarrollan las actuales generaciones, esto es, de los factores exógenos que

lismo com que são classificados os Juizes, Promotores e Médicos que oficiam nessas intervenções — “quadrilha institucionalizada” — ou a decisão judicial — “alvará para matar”²⁴ — não encontra qualquer amparo constitucional nos sistemas ocidentais. Em Portugal, onde ainda está em vigor uma Concordata de 7 de Maio de 1940 com a Santa Sé, Jorge de Figueiredo Dias, um dos mais expressivos penalistas europeus, consegue destruir esse discurso confusionista: “A indicação embriopática ou fetopática (*dita também indicação por lesão do nascituro ou — erradamente — eugênica*): Encontra-se ainda justificada a interrupção da gravidez quando, nos termos do artigo 142 — 1 c), ‘houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de doença grave ou malformação congênita ...’. Exige-se por isso antes de tudo que sobre o caso recaia um juízo de previsão fundada em motivos seguros. Esta previsão não pode deixar de ser — e ser só — medicamente fundada, sendo portanto ainda aqui absolutamente decisivo o estado dos conhecimentos da medicina. Claro que a previsão será desde logo integrada pela certeza de que o nascituro sofre já da doença ou malformação (diagnóstico pré-natal). Fora destes casos assumirá enorme relevância, como se compreende, o grau de probabilidade de surgimento da doença ou malformação. Impossível é porém uma sua quantificação exata. Errôneo seria, em qualquer caso, concluir daqui que a previsão só é fundada quando seja mais provável o aparecimento do que o não aparecimento da doença ou malformação (mais de 50%); necessário é só que o grau de probabilidade seja significativo em função da incurabilidade e da doença grave ou da malformação congênita.

Denominar de *eugênica* esta indicação é assim completamente infundamentado. Não porque devam temer-se as palavras ou se queira aqui cobrir a realidade com o manto da hipocrisia, mas porque, segundo a sua teologia própria, esta indicação *nada* tem a ver com preocupações eugênicas e *tudo* tem a ver com os interesses da grávida e com o sofrimento que porventura possa causar-lhe a continuação da gravidez e o nascimento de uma criança pesadamente lesada na sua saúde e (ou) no seu corpo. Se na teo-

obran sobre el individuo.

La euténica tiene numerosos medios a su alcance para cumplir sus fines: todos aquellos que contribuyen a mejorar el medio de desarrollo; en cambio, los métodos de la eugenesia son limitados.(...)

La práctica y defensa de la selección y de la eugenesia son varias veces seculares. Los brahmanes tenían la costumbre de matar o abandonar en la selva los niños que después de dos meses de nacidos les parecían de mala índole. El Código de Manú contiene preceptos de característica índole eugénica, ya que se prohíbe contraer matrimonio e los miembros de familias enfermas y a los sujetos aquejados de taras. Los espartanos, según relata Plutarco en las vidas paralelas de Licurgo y de Solón, daban muerte a las criaturas desprovistas de vigor o contrahechos, por considerarlas inútil carga para el Estado.”

24 Ricardo Henry Marques Dip, Uma questão biojurídica atual. A autorização judicial de aborto eugenésico: alvará pra matar, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 85, vol. 734, p. 518-40, dez.1996.

logia da lei reentra também em alguma medida a consideração dos sofrimentos futuros da criança é coisa que, depois do que ficou dito, pode aqui permanecer em aberto.”²⁵

Jorge Miranda, mesmo com restrições à liberação geral do aborto até as 12 semanas — proposta rejeitada pelo Parlamento português — tem opinião bastante apropriada para os abortos fetopáticos: “Vivemos numa sociedade livre, democrática e pluralista e num Estado laico, em que nenhuma crença pode impor-se em que o diálogo entre todas as correntes pode desenrolar-se pacificamente.

A legislação penal é uma prerrogativa do Estado e este pode decidir sobre ela quer por via representativa, através dos deputados eleitos e reunidos em Parlamento, quer por via de referendo sobre o aborto é, pois, tão perfeitamente possível e legítimo quanto uma votação na Assembléia da República.

Mas será a questão da interrupção da gravidez — ou seja, da interrupção voluntária de uma vida humana — uma verdadeira questão de crenças e convicções, *pelo menos fora dos casos de malformação ou de perigo de vida da mãe*? Será uma questão de liberdade de consciência ou não será, antes, uma questão que mexe com as estruturas duma república baseada na dignidade da pessoa humana?”²⁶

Vasco Graça Moura, filósofo, também português, a propósito de afirmações feitas por um médico e deputado do Partido Socialista daquele país, de que tinha feito IVGs com 20 ou 30 semanas, quando a lei só permitia que o fizesse até a 16^a, expressou-se de forma bastante apropriada sobre o tema: “Faz hoje oito dias, um deputado médico do PS veio dizer que já tinha feito interrupções da gravidez em casos em que o feto tinha 20 e 30 semanas. Apressou-se a esclarecer que, em tais casos, os fetos não tinham cérebro, ou eram inviáveis, sem pulmões ou sem rins (...). Parece evidente que toda a problemática do aborto gira em torno de um pressuposto essencial, seja qual for o ângulo por que ela seja encarada: o de o feto, decorrida a gestação, dar lugar a um ser humano, previsivelmente vivo. Todos os casos em que isso não pode acontecer situam-se numa zona exterior às questões em debate e a quaisquer soluções que o direito natural ou o direito positivo para elas consagrem.

Nisto não parece haver contradição entre o conhecimento científico e a vulgar experiência comum quando segundo ambos se estabelece que um ser *sem cérebro, sem rins ou sem pulmões não pode viver*, nem pouco nem muito. E, portanto, as afirmações

25 Jorge de Figureido Dias, Comentários ao artigo 142º do Código Penal português. In: Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), *Comentário comimbricense do Código Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 166-201

26 Jorge Miranda, Aborto e realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, *O Público*, Lisboa, p. 4, 15 fev. 1996.

feitas pelo autoproclamado interruptor da gravidez não fazem pura e simplesmente sentido. Como, saindo do campo da teratologia para o da regra, também não fariam, se ele tivesse anunciado a sua intervenção em casos em que o feto, normalmente constituído, acaba por morrer no ventre materno (*por exemplo, estrangulado pelo cordão umbilical*). Em tais casos, nem sequer parece juridicamente necessário invocar o risco de vida da mãe como causa de justificação: não se trata de uma interrupção de gravidez que releve para a questão que se discute e só por grotesco masoquismo se poderia pretender que a gestante conservasse malformações absolutamente inviáveis dentro de si, durante nove meses.”²⁷

Ainda em Portugal, pesquisas divulgadas em outubro de 1996, pelo Hospital Santo Antônio, do Porto, revelam que só 36% das análises cromossômicas que deram um resultado anormal foram realizadas até a 16ª semana de gestação — ou seja, dentro do prazo legal para requerer um aborto à época. Hoje, como visto, o prazo foi alargado para até 24 semanas.

O médico Antônio Inocêncio, do Serviço de Obstetria e Medicina Materno-Fetal daquele hospital, que apresentou estes dados durante as IV Jornadas Internacionais de Diagnóstico Pré-Natal realizadas em Coimbra, em 26 de outubro de 1996, explicou que isso se deve ao fato de os pedidos para a realização destes exames virem, normalmente, na seqüência das ecografias realizadas no segundo trimestre de gravidez. Esses exames morfológicos detectam a maioria das malformações, o que ocorreu no presente caso. Todos os casais que estavam dentro do prazo legal pediram a interrupção da gravidez quando tiveram o cariótipo anormal. Nas 41 anomalias cromossômicas encontradas em 360 cariótipos²⁸ realizados, foram diagnosticados 13 casos de *Síndrome de Down* (31%), nove de *Síndrome de Turner*, oito de Trissomia 18, cinco de Trissomia 13 e seis de outros tipos. Desses 360 cariótipos, 55% foram realizados na seqüência de uma anomalia ecográfica, 29% devido à idade avançada da mãe (*mais de 35 anos*), 5% por marcadores bioquímicos alterados, 3,3% devido a antecedentes de cromossomopatias e 5,5% devido a outros fatores. Do total, 11,5% teve resultados anormais.²⁹

27 Vasco Graça Moura, O obstetra, a mulher grávida e o feto inviável dela, *O Público*, Lisboa, p. 9, 6 nov. 1996.

28 Helen Andrei Duncan, *Dicionário Andrei para enfermeiros e outros profissionais de saúde*, traduzido por Anita Alves Sampaio, 2. ed, Andrei, São Paulo, 1995, p. 185: *Cariótipo*: conformação cromossômica total do núcleo de uma única célula, como: número, tamanho, forma e localização do centrômetro (*parte do cromossomo em que filamentos do fuso se ligam durante a mitose*), e que é característica de um indivíduo, espécie ou outros agrupamentos.

29 *Idem*, p. 982: *Trissomia*: anomalia cromossômica; um estado em que um dos cromossomos está presente em triplicata em vez de um par, isto é, na trissomia humana, o número total de cromossomos é de 47 ao invés de 46 normalmente encontrados. Os três principais tipos reconhecidos são: 1) *Trissomia 13* ou *Trissomia D*, relativamente rara, o cromossomo extra é do grupo 13-15, geralmente o 13; nesta condição

Durante o período coberto pelos dados apresentados, nasceram 10.344 crianças nesse hospital de referência portuguesa. No total, diagnosticou-se uma patologia malformativa em 472 fetos, que representam 4,5%, quando a média geral se situa entre os 3 e 5%. Destes 472 casos, 412 tiveram o seu diagnóstico feito antes do nascimento, tendo sido realizados 417 exames invasivos. A grande maioria das mulheres, 86%, realizou amniocentese,³⁰ seguida de 52 mulheres que retiraram sangue do cordão umbilical.³¹

No Brasil, em agosto de 1994, o médico Aníbal Faúndes, da Universidade de Campinas, fez declarações idênticas à do deputado socialista português, Strecht Monteiro. Publicadas pelo jornal *Folha de S. Paulo* naquele mesmo mês, o médico afirmou que no Centro de Apoio Integral à Saúde da Mulher, o Caism, um departamento da Unicamp, eram feitos, por ele e sua equipe, IVGs de fetos inviáveis e também de fetos com malformação. Tachado de aborteiro, chegou a ser processado em 1994. A polémica acabou incentivando outros lugares a oferecer esse tipo de serviço, avaliou o médico no começo de 1999, quando o processo foi concluído e toda a equipe do Caism absolvida. De 1994 até 1999, o centro atendeu a mais de 50 casos, sem complicações.

Na época, personalidades notáveis, envolvidas em movimentos religiosos, deram respostas duras, prometendo arruinar a vida do médico, sob a alegação de que a Constituição garantia o direito à vida. Nessa ocasião, intervim no debate com a publicação do artigo *Aborto e a Constituição*. O artigo confrontou a situação jurídica do feto oriundo de estupro e saudável com a proteção do direito à vida. Se o Estado, no seu poder de ordenação social penal, permite algumas IVGs, é porque a vida não é um direito absoluto ou o feto não pode ser equiparado a um ser humano nascido. Em qualquer si-

há lábio leporino e pálato fendido, microcefalia, anormalidades na testa, nariz e olhos, polidactilia, deficiência mental, falta de desenvolvimento e um prognóstico mau para a vida, ocorrendo a morte geralmente durante o primeiro ano de idade; também chamada de *Síndrome de Patau*. 2) *Trissomia 18* ou *Trissomia E*, que geralmente ocorre em crianças de pais acima de 30 anos; caracterizada por baixo peso ao nascer, faces anormal com orelhas malformadas, de implantação baixa, micrognatia (maxilar pequeno), defeitos cardíacos, hipertonicidade, deficiência mental severa e mau prognóstico para a vida. Ocorre mais frequentemente em crianças do sexo feminino; também chamada *Síndrome de Edwards*. 3) *Trissomia 21*, *Síndrome de Down*.

30 *Ibidem*, p. 64: *Amniocentese*: remoção de uma pequena quantidade de líquido amniótico por aspiração através da parede abdominal, com objetivos diagnósticos; geralmente feita durante ou após a 15ª semana de gestação. A análise dos cromossomos ou produção de enzimas pode detectar certos distúrbios estruturais e muitos transtornos químicos no organismo fetal que podem levar a retardos físicos ou mentais e às vezes morte, p.ex., mongolismo, ou a presença de uma infecção deformante por vírus, tal como a rubéola. O líquido contém produtos de hemoglobina aumentados em casos de incompatibilidade Rh (*Rhesus*).

31 Todos os casais escolhem o aborto em caso de anomalias cromossômicas, *O Público*, Lisboa, p. 5, 27 out. 1996.

tuação, não há diferença entre o filho do crime e o filho da santa. Caso haja distinção possível, ela recairá sobre os pais e não sobre os filhos. Àquela época, não se via e ainda não se vê inconstitucionalidade na não-punição da IVG em casos como os de malformação e inviabilidade do feto.³²

Jorge de Figueiredo Dias, num trabalho coletivo recentemente publicado sob sua direção e com sua participação, também reconhece a constitucionalidade do sistema português de IVG, contido no artigo 142 do Código Penal.³³ Sistema esse idêntico ao brasileiro no que diz respeito à garantia dos direitos fundamentais. Contudo, nega acerto à conceituação contida no texto legal que faz menção à exclusão da ilicitude. Não se trata de conduta lícita, mas de conduta não punível. O aborto de fetos com malformação não deixa de considerar a vida um bem sujeito à tutela penal. O que ocorre, no caso, por questão de política criminal, é uma isenção de pena, uma exclusão de culpabilidade. Se se enquadrar o feto inviável nesse contexto, a solução será idêntica.

Hoje em dia, diz José Luiz Ibañez y García-Velasco, “a indicação eugenésica (*denominação que repudio*), regulada pelo artigo 417. *bis* 3 do Código Penal espanhol, parte, desde logo, da absoluta falta de igualdade de valor existente entre o *nascituro* e o ser humano nascido, e considera que negar o aborto eugenésico significaria o permanente respeito aos fetos malformados e com doenças graves.” A solução espanhola, assente na sua jurisprudência constitucional, fundamenta essa IVG em não impor uma conduta que exceda ao que normalmente se exige de uma mãe e de sua família. É pois, conclui García-Velasco, “a inexigibilidade de conduta diversa a tese que fundamenta essa modalidade de IVG, inexigibilidade que, dentro da técnica penal, constitui uma exclusão de culpabilidade.”³⁴

Ainda sobre esse tema, *Juan Carlos Carbonel Mateu*, comentando o artigo 417. *bis* já transcrito acima, tem lição bastante apropriada: “Un sector de la doctrina penal española, concretamente Diez Ripollés, ha creído ver en esta indicación un verdadero carácter eugenésico, hasta el punto de afirmar que existe un interés estatal en impedir el nacimiento de estos seres humanos. Sin llegar al extremo de hablar de *seres carentes de valor vital*, sí que se ha afirmado que las convicciones sociales hacen que estas vidas sean consideradas como menos dignas de protección penal. El Estado social de Derecho, se ha dicho por otra parte, tiene el deber de preocuparse de que sólo nazcan aquellos seres humanos a los que pueda asegurar unas mínimas condiciones de bienes-

32 Diaulas Costa Ribeiro, Aborto e Constituição, *Correio Braziliense*, Direito e Justiça, Brasília, p. 3, 29 ago. 1994.

33 *Idem*, p. 171 e ss.

34 José Luiz Ibañez y García-Velasco, *La despenalización del aborto voluntario em el ocaso del siglo XX*, 1992, Madrid, Siglo XXI de España Editores, p. 171-72.

tar,³⁵ ya que resulta más solidario garantizar los derechos de quienes nazcan que el simple derecho a nacer.

35 O bem-estar dos filhos nascidos com malformações por falta de exames mais acurados do líquido amniótico (*amniocentese*) — que se compreendem como responsabilidade do NHS, o Serviço Nacional de Saúde Britânico — tem motivado fortes confrontos entre o Estado e organizações integradas pelas mães dessas mesmas crianças. Segundo essas mães, se elas tivessem tido acesso a esses exames, teriam realizado a IVG. Como não tiveram por culpa do Estado, cabe a ele assegurar o bem-estar dos filhos que tiveram. Isso permitiu que os grupos anti-aborto passassem a fazer campanhas contra a amniocentese, como relata Jan Battles (*Parents in handicapped abortion call*) em artigo publicado no *The Sunday Times*, Londres, de 25 de julho de 1999: “Irish parents of mentally handicapped children campaigning against lack of government support are urging pregnant women to abort fetuses that are defective.

The Parents Future Planning Group (PFFG) is calling on would-be parents to test unborn children for abnormalities, such as Down’s syndrome, and term-in-ate pregnancies if any are detected.

Karen Canning, chairman of the group, said the choice was simple. “If you know there is anything wrong with your child, you should terminate the pregnancy before your own life is terminated,” she said.

Anti-abortion groups reacted angrily, saying amniocentesis tests, used to detect problems, should be used only in limited circumstances. “A person with disabilities has an equal right to life,” said Dr Joe McCarroll, chairman of the Pro-Life campaign. “Amniocentesis is only ethical when it helps medical teams to provide appropriate treatment for the baby.”

Spending on support for families with mentally handicapped children has remained steady at 0.06% of gross domestic product since 1992, while that on sewerage systems has increased by 80% during the same period. The comparison is testimony to the government’s indifference to the plight of abnormal children, according to the PFFG.

Some members of the group say they would rather kill their children than have them committed to psychiatric hospitals with inadequate facilities. They also warn parents that looking after handicapped children without proper support facilities is “living hell”.

Canning, mother of a severely disabled boy, Kealan O’Brien, said: “The right to life does not end at birth. I do not see why anybody in their right mind would bring a child like Kealan into a world that offers him nothing.”

At nine, Kealan is incontinent, cannot feed himself, does not speak and barely walks. “I love him, but hate what this has done to our lives,” said his mother. “I have two other children who have missed out from birth. I will take Kealan with me rather than leave him to them. They have suffered enough.”

The health department says it has earmarked £290m for spending on support services for disabled children, but the PFFG says that is not enough. Long waiting lists for residential and respite care persist, making it virtually impossible for parents of mentally handicapped children to take holidays.

“What is going to happen to my child when I am gone? That is my biggest worry,” said Anne Corvin, whose 21-year-old daughter Susan is severely disabled. “My other children told me to get her straightened out before anything happened to me. They do not want to know, and I cannot blame them.”

Corvin’s daughter, Susan, has the mental ability of a two-year-old. She cannot speak and must be restrained in a harness at night to prevent her from climbing out of the window. Corvin and her husband have been abroad on holiday just once since Susan was born in 1978. “There is nobody who could even mind her while you went up to the shop for a bottle of milk,” said her mother.

Corvin put Susan’s name down for residential care when she was three. At the time, she was told her daughter would get a place before she was 15. At 21, Susan is still waiting.

Fergus Finlay, a former political adviser and father of a Down’s syndrome girl, said: “Amniocentesis should be widely available.

“But I do not think that anybody is in a position to advise parentes on abortion.”

La argumentación parece descansar en el hecho de que el valor otorgado a la calidad de vida es superior al de la vida misma. Pese a ello, el mismo autor otorga a la comunidad el carácter de sujeto pasivo y, por tanto, titular de los intereses protegidos por el delito de aborto. Resulta, en nuestra opinión, muy difícil aceptar que los parámetros por los que se rija la comunidad sean sólo los de los intereses del nasciturus que, por definición, se desconocen. Por otra parte, toda la argumentación conduciría inexorablemente al aborto eugenésico obligatorio. No resulta, en absoluto, convincente la afirmación de que la voluntad de la embarazada decanta la balanza hacia un lado o el otro, como si fuese un interés más. La voluntad de la embarazada es el dato absolutamente decisivo, ya que ella es precisamente quien tiene el derecho, nunca el deber, de abortar si así lo decide libremente.

No se trata así de que la vida prenatal no posea tanto valor como en el supuesto en que las taras no existan, sino que se produce un conflicto mayor con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, para quien continuar el embarazo puede suponer un trauma muy grave. Parir y asumir una maternidad en esas condiciones es evidentemente un hecho que ha de tener una influencia trascendente en su vida. Es natural que el Ordenamiento jurídico, en consideración al valor superior que tiene el libre desarrollo de su personalidad, conceda a la embarazada la posibilidad legal de escoger si quiere o no asumir una tarea evidentemente no deseada y que la naturaleza, desgraciadamente, le ha encomendado.

Eso no significa que el Derecho no valore muy positivamente el nacimiento de estas criaturas y la decisión, por consiguiente, de la madre de parirlas; es, sencillamente, que no considera ajustado a la valoración superior que le merece el libre desarrollo de la personalidad de la madre y su dignidad como persona, obligarle a continuar el embarazo, al menos antes del comienzo de una cierta viabilidad extra-uterina.

Basta con la presencia del dictamen de dos especialistas en el sentido de la probabilidad de las taras para justificar el aborto. Cualquier otra interpretación sería contraria al principio de legalidad.”³⁶

Na defesa da prevalência da qualidade de vida sobre a quantidade, levei à comunidade científica minha colaboração para o debate: “Qualquer acadêmico de Direito, mas não só, já ouviu de algum professor que o direito à vida é supremo. Este é um discurso fácil — mesmo sem a ideologia dos grupos anti-aborto — principalmente nos tribunais do júri. O que é contraditório é que essa ode, com estribilho constante, seja de-

36 Juan Carlos Carbonel Mateu, Comentarios ao artigo 4217. bis do Código Penal espanhol. In: *Comentários al Código Penal de 1995*, Coord. Tomás S. Vives Antón, Valencia, Tarant lo Blach, p. 785-785, 1996.

clamada em homenagem a algum morto, nunca a um vivo, salvo em favor dos condenados à cadeira elétrica ou assemelhados.

O acórdão que se vai comentar introduz o tema fundamental deste artigo. Foi proferido pela Corte de Apelo de Londres, no dia 24 de outubro de 1996, tendo participado do julgamento o *Lord Justice* Butler-Sloss, relator, e os *Lords Justices* Waite e Roch, vogais. O recurso interposto contra a decisão de um juiz singular teve, como apelante, a mãe de uma criança de um ano e meio de idade, nascida com atresia biliar provocada por uma enfermidade incurável do fígado. Necessitava de um transplante, mesmo assim com reduzidas possibilidades de sobrevida. Sem ele, era certo que não viveria mais do que dois ou três anos. A parte recorrida era a municipalidade, representando um hospital infantil londrino. Intervieram dois curadores (*guardian ad litem*).

Os pais, médicos ingleses radicados na África do Sul, tinham feito várias tentativas de minimizar o mal. Sem sucesso, deslocaram-se a Londres em busca de melhores recursos, recusando-se, contudo, a autorizar a cirurgia, tão logo os pediatras chegaram a um diagnóstico definitivo. Como é costume na Inglaterra, o próprio hospital buscou a autorização judicial concedida em primeira instância. Nesse interim, a família retornou ao país de residência, ficando os pais obrigados a apresentar a criança. Apresentou-se apenas a mãe, mas para recorrer.

Para os médicos, o transplante poderia prolongar a vida da criança. Para os pais, entre a certeza e a dúvida, era preferível que o filho mantivesse uma boa qualidade de vida pelo tempo provável que lhe restava, sem a dor e sem o *stress* produzidos pelo pós-operatório, além do longo sofrimento que a intervenção provocaria. Também porque nada disso asseguraria a cura e a sobrevivência da criança. As complicações imediatas e mediatas, comuns em qualquer transplante, poderiam até mesmo reduzir a expectativa de vida que se tinha. Mas o juiz acolheu as opiniões médicas e supriu o consentimento solicitado.

A Corte de Apelo ponderou todos esses argumentos e deixou de lado o caminho mais curto que a sentença havia encontrado. Decidiu que, no confronto entre as razões médicas e as razões dos pais, deveria prevalecer o interesse do menor, o seu bem-estar. Os médicos buscavam prolongar sua vida. Os pais queriam qualidade de vida. E manter a criança viva, afirmou-se, *não implicava mantê-la vivendo bem*. A vida pela vida não era a certeza da melhor opção em seu favor. E a difícil decisão dos pais não poderia ser substituída pela frieza de uma solução técnica, até porque não seria sincero afirmar que o juiz pudesse melhor assegurar o interesse do menor do que os seus próprios pais, ambos com formação acadêmica, o que lhes permitia plena consciência da gravidade do quadro. Inclusive, estes é que sofreriam com o filho a dor imposta pela justiça. Portanto, os pais, e não os juízes, é que deveriam decidir se a criança voltaria ou não à Inglaterra para ser operada, se isso fosse, a juízo deles, o melhor para ela: “The welfare

of the child was the paramount consideration and the very strong presumption in favour of a course of action which would prolong life and the inevitable consequence for the baby of consent not being given had to be recognized. But to prolong life was not the sole objective of the court and to require it at the expense of other considerations might not be in a child's interests." *Os Lords Justices* deram provimento ao apelo e negaram a autorização, ainda que a sentença recorrida tenha invocado precedentes de 1981 desse mesmo tribunal, todos decidindo suprir a autorização dos pais, se bem que recusada por questões religiosas.

Essa decisão constitui um paradigma para a discussão necessária sobre a flexibilização do direito à vida, que não se confunde com o direito apriorístico de estar vivo, nem autoriza quem quer que seja a sair matando por aí.

Se o bem-estar de uma criança — e de um ser humano em geral — tem mais relevância do que o seu tempo de vida cronologicamente marcado, é inevitável concluir que foi inserido um novo elemento para o conceito desse direito. A vida, é a conclusão a que se permite chegar, só deve prevalecer como direito fundamental oponível enquanto for possível se viver bem. Se a saúde de um corpo já não assegura o bem-estar da vida que nele vive, outros direitos deverão ser considerados, sob pena de o direito à vida transformar-se em dever de sofrimento, em sadismo. É o princípio *in dubio abstinence*, pouco usado em unidades hospitalares infantis. Em adultos, a abstenção ou a suspensão de algumas terapêuticas para evitar prolongação do sofrimento é comum e não se confunde com outros institutos, marcadamente com a eutanásia."³⁷

3. CONCLUSÃO

A interrupção voluntária de gravidez de um feto inviável é uma questão de pouca relevância jurídica. E dentro do sistema constitucional brasileiro, está amparada como uma decisão privada da mãe.³⁸ Superada a decisão em realizá-la, o *como fazê-la* tem sede exclusivamente médica, devendo assegurar-se o direito à objeção de consciência dos profissionais de saúde. Nada mais.

37 Diaulas Costa Ribeiro, Eutanásia: viver bem não é viver muito, *Consulex*, ano III, vol. I, n° 29, pp. 17-20, Maio 1999.

38 Georges Blet, *Un péril national, l'avortement: sa repression*, Paris, Galimand, 1921, p. 49-50: "Nós, as mulheres — escrevia uma feminista nos princípios do século XX — libertadas dos preconceitos ancestrais; nós, que nos recusamos a ver no amor uma nódoa e no sofrimento uma necessidade; nós pretendemos dispor livremente das nossas entranhas, que nos pertencem, não ser mães senão ao nosso gosto, escolhendo nós mesmas o momento oportuno, sem que nenhuma consideração religiosa ou patriótica venha influir sobre a nossa decisão, sem que ninguém tenha que examinar as razões que nos fazem temer ou desejar a concepção. A liberdade da maternidade aparece-nos como a liberdade primordial, sem a qual todas as outras não são mais do que um engano.

A interrupção voluntária da gravidez de feto inviável nunca esteve e não está proibida no sistema constitucional brasileiro. A vida intra-uterina, superadas as discussões sobre o início dela, tem, sempre, uma expectativa de autonomia. Sem essa expectativa de vida autônoma, não há razão para se falar em garantias constitucionais do feto, principalmente quando a essa garantia contrapõe-se a obrigação de a mãe manter até o último dia a gravidez, aumentando, ainda mais, seu desalento. Esta sim, seria mais uma grande violência, dentre tantas outras, que se imporia a uma mulher. Que uma legislação obrigue uma mulher a manter um filho contra a sua vontade, já é uma agressão. Obrigá-la a manter um *nado-morto*,³⁹ ou um *neomorto*, uma mola degenerativa, seria uma violência aos direitos fundamentais. Toda ela em nome do *nada*, na expressão de Jorge de Figueiredo Dias.

Não bastasse, há uma confusão entre essa interrupção da gravidez com o malfalado aborto. A interrupção da gravidez de feto inviável constitui *antecipação de parto de feto inviável*, ou aceleração de parto, como denomina o Código Penal. O aborto tem como pressuposto fático a interrupção da gravidez de um feto viável.

Nos casos de anencéfalos, acránicos, hidroanencéfalos e semelhantes a discussão do conceito de vida é ainda mais específica. Atualmente, “o conceito de *morte encefálica* já está definido clínica e tecnicamente como diagnóstico de morte”,⁴⁰ de forma a não se poder atribuir o conceito de *vida* a quem não tem e não terá encéfalo. A mãe, nestes casos, é o *suporte artificial* que mantém algumas atividades fisiológicas de um feto com diagnóstico de morte.

Nas mortes encefálicas,⁴¹ a manutenção do suporte artificial fica a critério da família e tem o fim de viabilizar a doação de órgãos ou adequar a melhor data para o sepultamento. Na interrupção voluntária da gravidez com antecipação de parto de feto inviável, a situação é a mesma. Logo, a solução não poderia ser outra: a manutenção ou a suspensão do suporte artificial do feto deve ser decidida pela mãe.

O princípio da proporcionalidade das ações do Estado — do Legislador, do Executivo, do Ministério Público e do Poder Judiciário — impõe um mínimo de equilíbrio entre o braço armado do Direito Penal e a manutenção da ordem legal que se pretende. Isso não seria jamais obtido se a gravidez da requerente lhe fosse imposta *manu militari*. Que Estado de Direito Democrático toleraria essa violência? “The principle of propor-

39 Álvaro Cunhal, *O aborto: causas e soluções*, Porto, Campo das Letras, 1997, p. 96.

40 BRASIL, Conselho Federal de Medicina, Parecer CFM nº 27/90, aprovado em 14-07-1990, relator Luiz Carlos Sobania: “Reafirma a jurisprudência sobre a morte encefálica e remete a decisão de manutenção ou suspensão do suporte artificial da vida à família do paciente juntamente com seu médico.” In: *Pareceres: janeiro/85 a dezembro/97*, Brasília, 1998, p. 205.

41 BRASIL, Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, Art. 3º, § 3º: “Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica.”

tionality *strictu sensu* (*Proportionalitätsprinzip*) requires that ‘the seriousness of the intervention and the gravity of the reasons justifying it are in adequate proportion to each other’. This principle requires a proper balance between the injury to the individual and the gain to the community caused by a state measure; its prohibits measures whose disadvantage to the individual clearly outweighs de advantage do the community.”⁴² O princípio da proporcionalidade impõe que entre a escolha dos meios e os fins desejados deve haver uma razoável relação de equilíbrio.⁴³ É o sistema dominante em toda a Europa e nos Estados Unidos, onde o Poder Judiciário tem criado, jurisprudencialmente, um sistema de controle dos abusos do poder público, em todos os seus segmentos.

A manutenção forçada da gravidez, por omissão do Estado, pela falta de meios materiais ou jurídicos, constituiria uma ofensa a esse princípio, consagrado na Constituição brasileira.

No Direito Penal, a IVG de feto malformado (*e também a do inviável*) tem amparo na exclusão de culpabilidade: *a inexigibilidade de conduta diversa*. Além da inexigibilidade de conduta diversa, o prosseguimento da gravidez impõe o risco de *pré-eclâmpsia*, o risco de morte da mãe, o que também não tem nenhuma razoabilidade. A IVG ocorreria, neste caso, amparada pelo princípio da necessidade: o estado de necessidade. A reprovação social, a culpabilidade, forma, com a tipicidade e a ilicitude, o tripé do nosso sistema punitivo, para excluir a punibilidade. Assim, a conduta, ainda que superasse a fase da tipicidade e da ilicitude, não mereceria reprovação social. A atipicidade se constitui sobre a ausência de perspectiva de vida autônoma do feto anencéfalo. Fetos nesse estado não têm vida no sentido médico-legal.

Por tudo isso, deve ser assegurado o *direito de opção da mulher grávida*, que, pelo pedido, não pretende prosseguir com a gravidez.

A decisão judicial, neste caso, terá muito mais natureza administrativa do que jurisdicional. O Juiz não pode impor a realização da IVG, porque ela esbarra na objeção de consciência.⁴⁴ Também não deverá autorizar a IVG, porque o direito, que é disponível, já foi disponibilizado pelo seu titular.

42 Nicholas Emiliou, *The principle of proportionality in european law*, The Hague, Kluwer, 1996, p. 23.

43 Georges Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité e de la légalité*, Paris, LGDJ, 1995, p. 26

44 Augusto Silva Dias, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 110: “A garantia jurídica da liberdade de consciência vincula o poder público a oferecer alternativas jurídicas, sempre que uma regulação jurídica geral obriga os indivíduos a um comportamento contrário à consciência, provocando um conflito que assume verdadeiras proporções sociais. No ato de legalização dessas situações o legislador visa criar um espaço livre de Direito em que é juridicamente indiferente (neutral) a atuação do sujeito; outras situações haverá que com as legalizadas mantêm uma relação de analogia e relativamente às quais o ato de legalização nenhum efeito produz.”

A decisão judicial deverá tão-somente determinar ao hospital que, respeitando a objeção de consciência dos seus médicos, envide todos os esforços para que seja atendida a vontade da mãe. Se não houver médicos com essa disposição em seus quadros, que o seu Diretor procure-os em toda a rede hospitalar do Distrito Federal.

Nesse sentido, decidiu a Suprema Corte Americana, aplicando dispositivo idêntico ao texto da Constituição brasileira: "The state has a duty to assume that a person's wishes regarding medical treatment are respected. That obligation serves to protect the rights of the individual from intrusion by the state unless the state has a compelling interest great enough to override this constitutional right. The means to carry out any such compelling state interest must be narrowly tailored in the least intrusive manner possible to safeguard the rights of the individual."⁴⁵

Por sinal, também nos Estados Unidos, recentemente, no Condado de Orange, Flórida, ocorreu um fato semelhante. Estive lá e acompanhei pessoalmente o caso. Georgette Smith, atingida por um disparo de arma de fogo realizado pela sua mãe, pretendeu que fossem desligados os aparelhos que a mantinham viva. Em sentença, prolatada pelo *Circuit Judge* Richard F. Conrad, no dia 18 de maio de 1999, ficou decidido que o interesse do Ministério Público em interrogá-la para fazer prova contra a mãe era evidente, mas não poderia esse interesse inviabilizar a opção que ela fizera. Assim, fixou-se um prazo até as 17 horas do dia seguinte para que os Promotores a inquirissem. Passado esse prazo, a paciente poderia escolher a hora para que se desligasse o ventilador/respirador que mantinha viva. O hospital, o Columbia Park Medical Center, a partir dessa indicação, deveria viabilizar a opção da paciente: Ms. Georgette Smith, disse o Juiz, "has made a difficult choice, a choice which she has the right to make. This Court has found that she is competent to make that choice. Regrettably, this Court finds it necessary do delay her exercise of that choice in the face of compelling state interest. However, this Court will employ the least intrusive means possible to accommodate the state's interest and to safeguard Ms. Smith's rights. In other words, the Court will give the state a limited window of opportunity to protect its interest.

Therefore, the Office of the State Attorney shall have until Wednesday, May 19, 1999, at 5:00 p.m. to secure any testimony from Ms. Smith. At any time thereafter, Ms. Smith may choose to discontinue use of the ventilator. Defendant [*o Hospital*] is directed do comply with Ms. Smith's decision." O hospital cumpriu a vontade de Georgette Smith.

Posto isso,

45 *Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, 497, US, 261, 110 S.Ct. 2841, 111, L. Ed. 2d. 224 (1990). No mesmo sentido: *In re Dubreuil*, 629 So. 2d. 819, 822 (Flórida, 1993).

O Ministério Público, titular privativo da ação penal pública, não irá promover qualquer medida persecutiva contra a requerente, nem contra os profissionais envolvidos no cumprimento da sua vontade. Propõe, mesmo que a solução seja inapropriada para o caso, decisão que viabilize o atendimento urgente da vontade da *mulher grávida*, com as observações feitas acima.

A opção da *mulher grávida* em realizar uma IVG, como disse o Juiz Richard F. Conrad, foi uma difícil escolha. Mas cabia a ela, e tão-somente a ela, o direito de fazê-la. O Ministério Público reconhece, ainda, que ela tem capacidade legal para tanto, cabendo ao Estado viabilizar, a partir de agora, a realização dessa escolha como garantia dos seus direitos fundamentais.

Brasília-DF, dezembro de 1999.

DIAULAS COSTA RIBEIRO
Promotor de Justiça©⁴⁶

46 © Diaulas Costa Ribeiro. Permite-se a citação, desde que haja remissão bibliográfica completa.

PROCESSO Nº 1998 00 2 000077-0

MANDADO DE SEGURANÇA CONSELHO ESPECIAL

Relator: EXMO. DES. VASQUEZ CRUXÊN

Impetrante: J. N. M.

Informante: EXMO. SR. GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

PARECER Nº 431/98 — PGJ

Ementa: Mandado de Segurança —
Acumulação de cargos públicos.

— Art. 37, inciso XVI, *b*, da Constituição Federal não veda acumulação de proventos da inatividade com a remuneração decorrente da atividade.

— Precedentes. TJDF.

— Parecer pelo *conhecimento e concessão do writ*.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar, impetrado por J. N. M. contra ato dos Srs. Governador e Secretário de Administração do Distrito Federal (fls. 02-11, mais os anexos postos às fls. 12-21).

Narra o impetrante que é Tenente-Coronel de Infantaria da Reserva e que, em 19-1-98, tomou posse no cargo de Professor Nível III da Fundação Educacional do DF, mas que na mesma data foi impedido de entrar em exercício, sob o argumento de que não poderia assumir o referido cargo em razão de ser militar da reserva.

Aduz que o art. 37, *b*, da Constituição Federal prevê expressamente a possibilidade de acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico e que, de acordo com o Parecer nº 326, de 7-7-81, do Conselho Federal de Educação, os cursos de Formação de Oficiais Especialistas, de Infantaria, de Administração, bem como da Escola de Oficiais e de Infantaria de Guarda equivalem aos cursos superiores tecnológicos.

Destarte, assevera que o cargo de Tenente-Coronel de Infantaria, que no caso do impetrante é da Reserva, enquadra-se como cargo técnico, o que o possibilita acumular os dois cargos em questão.

Alega, ainda, que a jurisprudência não obstaculiza a acumulação dos proventos da inatividade com a remuneração decorrente da atividade, já que a vedação restringe-se aos servidores em atividade.

Requeru, em face do exposto, inclusive liminarmente, a concessão da segurança para determinar que as dd. autoridades impetradas lhes permitam entrar em exercício no cargo de Professor Nível 03 da FEDF.

Autuado o *writ*, os autos foram distribuídos ao Exmo. Sr. Des. Carlos Augusto Faria (fl. 22), o qual deferiu a liminar pleiteada (fl. 23).

O Distrito Federal, às fls. 29/34, requereu seu ingresso no feito, na qualidade de listisconsorte passivo *ad causam*, o que foi admitido.

Consoante certidão de fl. 35v, o prazo para a prestação das informações decorreram *in albis*.

A seguir, os autos foram remetidos a este Ministério Público, para parecer (fl. 35v). É o relatório.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

I

Deve ser conhecido o presente *writ*, presentes os pressupostos processuais bem como as condições da ação, guardando-se o exame da liquidez e certeza do direito alegado para a ocasião da análise do *meritum causae*.

II

No mérito, entende o Ministério Público que assiste razão ao impetrante, consoante será demonstrado a seguir.

A *vexata quaestio* do presente *mandamus* concentra-se na discussão acerca da legalidade da acumulação de proventos da inatividade, *in casu*, de Tenente-Coronel de Infantaria da Reserva, com a remuneração decorrente da atividade — Professor Nível 03 da Fundação Educacional do Distrito Federal.

Observe-se que a Constituição de 1988, em seu art. 37, inciso XVII, veda a acumulação remunerada de cargos, estendendo-a a empregos e funções e abrangendo órgãos da Administração Indireta e Fundacional, como é o caso das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público.

Todavia, a referida proibição, consagrada em preceito de ordem constitucional, excepciona a acumulação, desde que haja compatibilidade de horários e, somente nas hipóteses contempladas nas alíneas *a*, *b* e *c* do inciso XVI do art. 37 da Carta Magna, *verbis*:

“XVI — é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro de técnico ou científico;
- c) a de dois cargos privativos de médico.”

Pela análise do retrotranscrito artigo constitucional, nota-se que não há vedação alguma quanto à acumulação de proventos da inatividade com a remuneração decorrente da atividade, como é o caso do presente *mandamus*.

Nesse sentido, mostra-se oportuno trazer a lume julgados a respeito do assunto:

“Ementa: Mandado de segurança. Magistratura. Acumulação de proventos da inatividade com remuneração da atividade. Legalidade. Segurança concedida. Decisão unânime.

A Constituição da República ao adotar a obediência ao princípio da impessoalidade, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sendo, portanto, alcançável a todos os homens o exercício de qualquer trabalho ou profissão, desde que preencham os requisitos previstos em lei, não é jurídico constituir obstáculo ao ingresso na magistratura, o fato de ser aposentado. As vedações constitucionais são interpretadas restritivamente, sendo proibidas as extensões não previstas de modo inequívoco.” (TJDF. Mandado de Segurança nº 3.713/94-DF. Órgão Julgado: Conselho Especial. Data do Julgamento: 17-5-94. Publ. no *DJ* do DF, Seção II/III, em 10-8-94. p. 9183. Rel.: Des. Nívio Gonçalves).

“Ementa: Candidato aprovado em concurso e nomeado Juiz de direito. Interessado aposentado. Direito à posse. Inexistência de proibição constitucional de acumulação de proventos com vencimentos.

No dizer de Rui há uma notável distinção entre o exercício de cargo público (atividade) e aposentadoria (inatividade). A Constituição Federal/88 em nenhum passo proibiu a acumulação de proventos com vencimentos; vedou apenas a acumulação de vencimentos, salvo os casos que indica. As normas que excepcionam ou restringem direitos submetem-se a interpretação estrita, e, no dizer de Maximiliano: ‘quando a lei quis, determinou, sobre o que não quis, guardou silêncio’. À luz dos preceitos constitucionais vigentes, inexistindo a proibição referida, afigura-se ofensivo o ato da autoridade recusando-se a empossar o interessado. (TJDF. Mandado de Segurança nº 69600-DF. Órgão Julgado: Conselho Especial. Data do Julgamento: 28-9-93. Publ. no *DJ*, Seção II/III, em 11-5-94, p. 5131. Rel.: Des. Getúlio Moraes Oliveira).

“Ementa: Mandado de segurança. magistratura. Acumulação de proventos da inatividade com remuneração da atividade. Admissibilidade diante da Lei nº 8.185/91, da Lei Complementar 35/79 e da Constituição da República. Segurança concedida. A vedação de acumular cargos, empregos ou funções restringe-se aos servidores em atividade, porque o legislador constituinte, expressamente, não proibiu a acumulação dos proventos da inatividade com a remuneração decorrente daqueles desempenhos. Não é jurídico, portanto, constituir obstáculo ao ingresso na magistratura, o fato de ser aposentado (princípio da impessoalidade)”. (TJDF. Mandado de Segurança nº 3.324/93-DF. Órgão Julgado: Conselho Especial. Data do Julgamento: 16-11-93. Publ. no *DJ* do DF em 18-5-94. p. 5483. Rel.: Des. Nívio Gonçalves).

Em face do exposto, existe direito líquido e certo do impetrante à pleiteada acumulação.

Diante do texto constitucional do art. 5º, LXIX, e da Lei nº 1.533/51, o “direito líquido e certo” é requisito fundamental do mandado de segurança. O objeto da Ação de segurança é a correção de ato comissivo ou omissivo de autoridade, evitado de ilegalidade ou abuso de poder.

No entendimento da doutrina brasileira, direito líquido e certo é aquele *manifesto* no momento da impetração do *mandamus* na lição de Pontes de Miranda:

“Direito líquido e certo é aquele que não desperta dúvida, que está isento de obscuridade, que não precisa ser aclarado com exame de provas ou dilações, que é, de si mesmo, concludente e inconcurso” (in “Co-

mentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, Tomo V, ed. 1971. p. 360).

O Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito de “direito líquido e certo”:

“O direito líquido e certo, pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se deve basear a pretensão do impetrante, e não com a procedência desta, matéria de mérito” (*in RE — 117.936-8-RS, julgado em 20-11-90, in DJ de 7-12-90, p. 14641*).

Ante o exposto, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios oficia pelo *conhecimento e concessão* da segurança pleiteada.

Brasília-DF, 25 de junho de 1998.

OLINDA ELIZABETH CESTARI GONÇALVES
PJ — Assessora da Procuradoria-Geral de Justiça

Aprovo.

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios

No caso vertente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios houve por conceder a ordem de segurança pleiteada, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“Ementa: Administrativo. Acumulação remunerada de cargos públicos. Tenente-Coronel de Infantaria da Reserva e Professor da Fundação Educacional do Distrito Federal. Interpretação do artigo 37, inciso XVI, *b*, da Constituição Federal. Sentido do termo “técnico”. É possível a acumulação de um cargo de Professor da Fundação Educacional do Distrito Federal com outro técnico, entendendo-se este último como sendo aquele de nível médio ou superior ao qual se atribuem atividades de natureza executiva, de média ou alta complexidade e/ou especialidade, cuja execução demande do seu titular razoável grau de independência e discricionariedade, como é o caso do cargo de Tenente-Coronel de Infantaria nas Forças Armadas.”

Decisão: Conceder a segurança, por maioria de votos. (MSG nº 1998002000077-0. Conselho Especial. Relator: Des. Vasquez Cruxên. Data de Julgamento: 9-2-1999. Registro do Acórdão nº: 113601. Publicação no *DJU* de 9-6-1999. p. 32)

PROCESSO Nº 1998 00 2 000111-9

**MANDADO DE SEGURANÇA
CONSELHO ESPECIAL**

Relator: EXMA SRª DESª NANCY ANDRIGHI

Impetrante: SINAFITE — SINDICATO DOS FUNCIONÁRIOS INTEGRANTES DA CARREIRA AUDITORIA TRIBUTÁRIA DO TESOURO DO DF

Informantes: EXMOS. SRS. GOVERNADOR E SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO DF

PARECER Nº 402/98-PGJ

Ementa: Mandado de Segurança. Direito Constitucional e Administrativo.

Pretensão ao pagamento do benefício-alimentação, instituído pela Lei nº 786/94, desde a lesão.

Preliminares argüidas nas informações. Descabimento:

— *Ilegitimidade ativa ad causam do sindicato impetrante*: a suspensão do pagamento do benefício-alimentação atingiu, de imediato, a situação de substancial parte dos filiados do impetrante, o qual pode substituir processualmente tais filiados, pois seu Estatuto contém expressa autorização para a litigância em juízo (cf. art. 3º, a — fl. 29). O sindicato impetrante é legitimamente ativo, visto que o direito defendido *in casu* é coletivo, vale dizer, de dimensão suficientemente expressiva. Consoante interpretação moderna do instituto previsto

no art. 5º, inc. XXI da CF, a ausência de autorização prévia dos possíveis beneficiários, não implica ilegitimidade ativa *ad causam* do sindicato impetrante.

— *Aplicação do enunciado da Súmula nº 266, do C. STF* — é passível de impugnação, pela via mandamental, o ato auto-aplicável, ou auto-executório, que se materializa por si próprio, estabelecendo restrições concretas de faculdades, independentemente de atos de execução ou de aplicação, e afetando as pessoas a quem se dirige de forma imediata, atual e direta.

— *Aplicação das Súmulas 269 e 271 do STF*: a Lei nº 5.021/66 tornou caducas as Súmulas nºs 269 e 271, do C. STF, por ensejar a concessão de atrasados por via mandamental, sujeitos, todavia, à execução na via ordinária.

Mérito: Suspensão do benefício-alimentação concedido aos servidores públicos do Distrito Federal por força da Lei local nº 786/94.

— O benefício-alimentação, instituído por lei distrital somente pode ser extinto por meio de lei da mesma hierarquia, não se admitindo sua suspensão por meio de decreto ou de mera decisão administrativa. Inteligência do art. 2º da LICC.

— Ilegalidade do ato suspensivo da concessão do benefício.

— Parecer pelo *conhecimento* do *writ*, e no mérito, pela concessão da segurança.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por SINAFITE — Sindicato dos Funcionários Integrantes da Carreira Auditoria Tributária do Tesouro do DF, contra

atos dos Exmos. Srs. Governador e Secretário de Administração do Distrito Federal (fls. 2-5, mais os anexos postos às fls. 6-18).

Insurge-se contra a suspensão do benefício-alimentação concedida aos servidores do Distrito Federal, instituído pela Lei Distrital nº 786/94, a qual foi regulamentada pelos Decretos nº 16.423/95 e 16.674/95.

Requeru, em face do exposto, inclusive liminarmente, a concessão da segurança para que seja restabelecido aos filiados da impetrante o benefício em questão, bem como para garantir aos impetrantes o pagamento do citado benefício, desde a lesão, devidamente corrigido.

Os autos foram distribuídos à Exma. Sra. Desembargadora Nancy Andrighi (fl. 19), a qual deferiu a liminar pleiteada, bem como determinou ao impetrante que apresentasse o instrumento de mandato e o Estatuto do Sindicato, sob pena de cassação da liminar deferida (fls. 21-23).

O impetrante veio aos autos à fl. 27, juntar instrumento de mandato (fl. 28), estatuto da entidade (fls. 29-43) e termo de posse da atual diretoria sindical (fls. 44-45) e, à fl. 46, informar que a d. autoridade impetrada não cumpriu a determinação judicial de fls. 21-23.

As informações foram prestadas, às fls. 51-58, pelo Exmo. Sr. Secretário de Administração do DF e, às fls. 59-66, pelo Exmo. Sr. Governador do Distrito Federal, os quais argüiram a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do SINAFITE, bem como a incidência das Súmulas nºs 266, 269 e 271 do STF.

O Distrito Federal, à fl. 68, requereu seu ingresso no feito na qualidade de litisconsorte passivo das dd. autoridades impetradas, o que foi deferido.

Em seguida, os autos foram enviados a este Ministério Público para parecer (fl. 69). É o relatório.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

I

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO IMPETRANTE ARGÜIDA NAS INFORMAÇÕES

As dd. autoridades impetradas argüiram preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do sindicato impetrante, aduzindo a inexistência de norma autorizadora da substituição ampla na hipótese em comento, ante às peculiaridades existentes referentes à concessão do benefício-alimentação a cada servidor; alegou, ainda que o caso é tí-

pico de representação processual, e não, de substituição, a qual exige autorização específica, prevista no art. 6º do CPC.

Entretanto tal argumento não resiste, contudo, a uma análise criteriosa do assunto. Por exemplo, a afirmação de que os direitos são individuais mostra-se equivocada. Ora, a suspensão do pagamento do benefício-alimentação atingiu, de imediato, a situação de substancial parte dos filiados do impetrante, o qual pode substituir processualmente tais filiados, pois seu Estatuto contém expressa autorização para a litigância em juízo (cf. art. 3º, *a* — fl. 29).

Veja-se o que bem afirmou o Des. Odyr Porto, do E. TJSP, ao examinar tema idêntico, em mandado de segurança coletivo impetrado perante o E. TJSP:

“Não se entenda que o mandado de segurança só possa ser impetrado quando o ato inquinado possa trazer lesão a direitos ou interesses individuais da totalidade dos membros ou associados da entidade impetrante. A dimensão coletiva da impetração vale quando o interesse ferido é o de coletividade menor, mas coletividade, inserida na maior. Se advenha lei, decreto ou ato administrativo, prejudicial a uma das categorias, de várias que formam determinada coletividade de servidores, o respectivo sindicato terá legitimidade para buscar a segurança”
(cf. Revista dos Tribunais, vol. 657, p. 80-81).

Direito coletivo, a ser tutelado pelo respectivo sindicato, é, portanto, aquele que adquire dimensão de massa, em razão do grande número de interessados e das graves repercussões no âmbito de uma determinada coletividade, no qual motivos de ordem pública tornam inviável, inconveniente e pouco significativa nos resultados a utilização individual dos instrumentos de proteção jurídica.

Legitimado está pois, o sindicato impetrante, posto que o direito defendido *in casu* é coletivo; vale dizer, de dimensão suficientemente expressiva.

Outrossim, quanto à alegação de que a legitimidade do sindicato impetrante estaria condicionada à autorização prévia dos possíveis beneficiários, tal não deve ser acolhida. Veja-se que, de acordo com a interpretação moderna do instituto previsto no art. 5º, inc. XXI da Constituição, a ausência de tal requisito não implica a ilegitimidade ativa *ad causam*.

Nesse sentido leciona o douto mestre Celso Ribeiro Bastos o que se segue:

Hoje, segundo as decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal, tal autorização é desnecessária, sendo certo que a entidade impetrante do mandado de segurança coletivo age coma autêntica substituta dos interesses dos seus membros ou filiados. Como exemplo podemos citar o Mandado de Segurança coletivo nº 21.514-DF, no qual o Sr. Mi-

nistro Relator, Marco Aurélio assim se manifestou: “... Em elogiável avanço, nossos Constituintes de 1988 fizeram inserir no artigo 5º nova garantia constitucional — a do mandado de segurança coletivo — e, então, quanto a este, tiveram presentes as características de certos direitos, no que extravasam o âmbito simplesmente individual para irradiarem-se a ponto de serem encontrados no patrimônio de várias pessoas que, em virtude de um fim comum, formam uma certa categoria. Tendo em vista esta peculiar situação é que se previu, na alínea *b* do inciso LXX do artigo 5º, a prerrogativa das organizações sindicais, das entidades de classe e das associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, não para representar, mediante autorização expressa, como previsto no inciso XXI, os filiados, mas para impetrar o mandado de segurança coletivo. Não se tratasse de algo diverso da demanda plúrima ajuizada por força de representação, mister seria concluir pela inocuidade do preceito (RTJ, 150:104, out. 1994) (*in* Curso de Direito Constitucional, 17ª — São Paulo: Saraiva, p. 220) ”.

Por isso que oficia o Ministério Público pelo não-acolhimento da preliminar de ilegitimidade ativa argüida *in casu*.

II

PRELIMINAR DE APLICAÇÃO DO ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 266, DO C. STF

Inaplicável *in casu* é o enunciado da Súmula nº 266, do C. STF, posto que o ato ora impugnado, consistente na omissão do pagamento do benefício em questão, baseado no Decreto nº 16.990, de 7-12-95, da lavra do Exmo. Sr. Governador do DF, é norma de evidentes efeitos concretos, auto-aplicável e auto-executória, ou seja, cujos efeitos materializaram-se em razão da sua própria edição, suspendendo o pagamento do auxílio-alimentação, o que afetou, de forma imediata, atual e direta, todos os servidores da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Distrito Federal.

A respeito, releva transcrever a lição do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, assim posta:

“Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado jurídico pretendido, tais como as que proíbem condutas individuais. Tais leis ou decretos revestem a forma imprópria de leis ou decretos por exigências administrativas. Atuam concreta e imediatamente, razão pelo qual se expõem ao ataque pelo

mandado de segurança. Em geral, as leis, decretos e demais atos proibitivos são sempre de *efeitos concretos*, pois atuam direta e imediatamente sobre seus destinatários”. (cf. *Mandado de Segurança*. 16ª edição — São Paulo: Malheiros, 1990, p. 32).

Também a jurisprudência dos EE. Tribunais pátrios considera os decretos de efeitos concretos sujeitos à impugnação pela via mandamental.

Veja-se, nesse particular, as ementas dos seguintes acórdãos:

“Ementa: MS. Processual Civil.

Mandado de Segurança impetrado contra ato de caráter normativo, cujos efeitos, todavia, se refletiram de imediato sobre a esfera jurídica impetrante. Na hipótese acima descrita, é indiscutível o cabimento da ação de segurança. Recurso não conhecido.”

(STJ — Segunda Turma. Resp. 10.149/PR. Dec.: 12-6-1991. Ac. Pub. DJU de 1º-7-91, p. 9187, Relator, Min. Ilmar Galvão)

“Ementa: Recurso em Mandado de Segurança. Constitucional e Administrativo. Lei em tese. Efeitos concretos. Funcionários. Remuneração geral e parcial. Possibilidade.

Aos rigores da Súmula 266-STF, a doutrina e a jurisprudência esclarecem que, embora seja o objetivo do mandado de segurança proteger direito líquido e certo ameaçado por ato ilegal ou abusivo, desde que a lei ou regulamento, em si mesmos, produzam os resultados específicos que pretendem, isto é, não fiquem a pender de outro ato, mesmo sem perder o seu caráter normativo, transforma-se em ato administrativo que concretamente ofende direito subjetivo, suscetível de controle através do *writ*.

Recurso improvido, decisão unânime.”

(STJ — Quinta Turma — ROMS 1924/SP — Julg. 2-12-92. Ac. pub. DJ 24-5-93, p. 10010, Relator, Min. Jesus Costa Lima)

No mesmo sentido: TJMT, RT 235/954; TJPR, RJ 49/426; TJSC, RF 195/283; TJSP, RT 242/314, 289/152, 291/171, 441/66, 455/51.

III

PRELIMINAR DE APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 269 E 271 DO STF

Cumprindo observar, que a aplicação dos Enunciados das Súmulas nº 269 e 271, do C. Supremo Tribunal Federal, está reconhecidamente afastada pela jurisprudência des-

te E. TJDF, tendo em conta o correto argumento de que tais Súmulas foram editadas quando vigente a Constituição de 1946, vale dizer, em época anterior à Lei nº 5.021/66, que tornou caducas tais Súmulas, porque possibilita, em seu art. 1º, § 3º, a utilização da sentença proferida em mandado de segurança como título executivo para o pagamento de atrasados, ressalvando, contudo, a natureza não-alimentar de tais atrasados, sujeitos, por conseguinte, a liquidação por cálculo e pagamento por precatório, na forma da lei, em oposição às verbas posteriores ao ajuizamento da inicial, cujo pagamento pode ser ordenado de imediato, ou mediante precatório de natureza especial.

Nesse sentido, consulte-se a seguinte decisão:

“Ementa: Administrativo e Constitucional. Mandado de Segurança. Quintos. Ato do Secretário de Administração do Distrito Federal. Preliminares.

— A superveniência da Lei nº 5.021/66 atingiu os ditames da Súmula nº 271 (STF). O pagamento de vantagens de servidores públicos devidas no *writ* será objeto de liquidação em execução e processado por meio de precatório. Não merece acolhimento a arguição de violação da Lei nº 4.348/64 e da Lei nº 5.021/66.

... (*omissis*)

Decisão: Rejeitar as preliminares, e conceder a segurança, por unanimidade de votos.

(Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. MSG — Mandado de Segurança. Número: 0004.671. Ano: 95. Reg.TNT.Proces.: 79.467 MSG0004671. Decisão: 12-9-95. Órgão julg.: Conselho Especial. Relator: Desembargadora Fátima Nancy Andrighi. Publicação: *DJ DF*. Data: 8-11-95, p. 16529)

Mostra-se possível, pois, pedir verbas atrasadas por meio de mandado de segurança, ainda que a execução de uma eventual sentença concessiva seja a mesma prevista em caso de ação de rito ordinário, contra entidade estatal.

Nem se alegue que o pedido, quanto a tais verbas atrasadas, estaria intempestivo, pois cristalizou-se a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça do DF e Territórios, bem como do C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que quando a matéria em questão envolve prestações de trato sucessivo, como é o caso do recebimento de diferenças de vencimentos, a lesão ao direito renova-se periodicamente, permitindo sempre a utilização da via mandamental, salvo a ocorrência de prescrição do direito material subjacente. Nesse sentido, vejam-se os seguintes arestos:

“Ementa: Mandado de Segurança. Decadência.

— Envolvendo a pretensão prestações de trato sucessivo, o prazo decadencial para impetração do mandado de segurança renova-se a cada ato lesivo”. (STJ, ac. unânime da 2ª Turma, R. Esp. 19.584/92, Rel. Min. Helio Mosimann. Pub. *DJU* de 15-8-1994, p. 20321).

“Ementa: Mandado de Segurança. Decadência.

— Resulta do *jus honorarium* com arrimo na doutrina que, nas prestações por trato sucessivo, o prazo decadencial, para uso de ação de segurança, se conta da lesão ao direito do Impetrante na oportunidade da satisfação de cada prestação.” (STJ, ac. do C. Especial, MS 1.706/92, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Pub. *DJU* de 13-10-1992, p. 17654).

Aliás, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça cristalizou-se a tal ponto neste assunto que foi editada a Súmula nº 85, a qual dispõe exatamente o seguinte:

“Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”. (Corte Especial, em 18-6-93, *DJU* de 2-7-1993, p. 13283).

Tal Súmula tem merecido plena aplicação no C. STJ, inclusive e especificamente em relação a vencimentos, consoante se observa pelo aresto publicado, no *DJU*, Seção I, p. 9280, ref. ao RMS nº 5.420-9, rel. Min. Jesus Costa Lima, no qual expressamente consta que:

“... tratando-se de vencimentos, os atos de pagamentos são autônomos e sucessivos, vencendo a cada mês.”

É cabível, pois, a impetração. Pelo exposto, reitera o Ministério Público, como fiscal da lei, sua manifestação pelo integral conhecimento do *writ*.

IV

MÉRITO

Quanto ao mérito, entende este órgão do *parquet* que assiste razão ao impetrante, consoante será demonstrado a seguir.

O pedido consubstancia-se no imediato restabelecimento da percepção do benefício-alimentação, instituído pela Lei nº 786 de 7-11-94, no âmbito do Distrito Federal.

O ato ora impugnado por não constituir *lei* na acepção do art. 59 da Carta Magna, não tem o efeito de suspender o direito dos funcionários distritais ao recebimento do benefício-alimentação.

No sistema jurídico brasileiro, a *lei* é a principal fonte formal do direito, é regra obrigatória, geral e permanente, editada pela autoridade soberana dirigida coativamente à obediência dos cidadãos (cf. Clóvis Beviláqua, *in* “Teoria Geral do Direito Civil”, p. 13, ed. 1980).

No magistério de Caio Mário da Silva Pereira, ao conceituar *lei*, *in verbis*:

“Em primeiro lugar, a lei é *uma ordem*, um comando, uma determinação do legislador aos indivíduos.

Na feliz expressão de Beviláqua, não se dirige o legislador à inteligência, mas à vontade, e assim exprime algo mais do que o desejo ou o preceito: manifesta o comando do Estado ao indivíduo, sujeitando-o à regra”.

“O segundo caráter da lei é a *generalidade*. Como norma geral, dirige-se indistintamente a todos; como comando abstrato, não se pode particularizar a uma determinada pessoa.

O Estatuto dos Funcionários Públicos contém a disciplina jurídica de certa categoria de pessoas, sem deixar de ser lei, e sem perder o caráter de generalidade, porque não individual, não personaliza o destinatário da norma, antes rege a atividade e define os direitos e os deveres de um tipo genérico de pessoas, aplicando-se a quantos se encontram naquela situação, como aos que de futuro venham a adquiri-la.

Ligada à universalidade, assinala-se a ‘permanência’. É próprio da lei a duração, a extensão no tempo.

A lei deve emanar da *autoridade competente*. É a sua estatualidade.

A Constituição Federal define a esfera de atribuições do Poder Legislativo.

Finalmente, a lei é provida de *sanção*, dotada de *coercitividade*. A *coação* da norma legal, que acompanha a determinação que ela traduz, implica na atuação material do Estado, no sentido de assegurar o cumprimento de seu comando, e compelir o indivíduo à observância da ordem.”

(*in* “Instituições de Direito Civil”, vol. I, ed. 1985, p. 45-47)

Em face da natureza jurídica da lei, em contraposição à ausência de eficácia geral e de coercitividade de uma simples decisão suspensiva ou de um mero decreto emanado da Administração Pública, deve aquela prevalecer.

Aplica-se portanto, o disposto no artigo 2º e seu § 1º da Lei de Introdução do Código Civil — LICC, que dispõe sobre a eficácia e vigência das leis, *in verbis*:

“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”

“§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

Como se percebe, a Lei local nº 786 de 7-11-94 *não foi revogada* por outra lei, e, impossível juridicamente sua revogação por decreto ou por decisão administrativa.

Por estas razões, é que o ato ora impugnado, *não extinguiu a eficácia da Lei nº 786/94*, a qual continua em plena vigência, pelo “princípio da continuidade da lei”, adotado pela Lei de Introdução ao Código Civil. Por conseguinte, incorreu revogação, suspensão ou anulação da referida lei por quaisquer das formas admitidas pela legislação brasileira.

A respeito do assunto, faz-se oportuno trazer à lume, recentíssima decisão do E. TJDF:

“Ementa: Mandado de Segurança. Mérito. Benefício-alimentação. Lei Distrital nº 786/94. Revogação por decreto ou decisão administrativa. Impossibilidade. Instituído o benefício-alimentação pela Lei Distrital nº 786/94, inadmissível descumprimento justificado por norma de natureza jurídica inferior, ausente de eficácia geral e de coercitividade, nos precisos termos do artigo 2º, § 1º, da LICC. Rejeitadas as preliminares. Unânime. Concedida a segurança com efeitos financeiros a partir da lesão. Maioria.” (TJDF. MSG nº 7.253/97-DF. Reg. de Acórdão nº 103.376. Órgão julgador: Conselho Especial. Pub. : DJ, Seção II. Data: 23-4-98, p. 57. Relator Des. Vaz de Melo)

Portanto, o decreto ou decisão impugnada, ao *cancelar* o benefício-alimentação dos servidores distritais, além de *ato inexistente*, desprovido de essência legislativa material, ofendeu direito líquido e certo dos associados do Impetrante, de continuarem a receber o “vale” ou benefício-alimentação, direito este concedido por lei.

O caso em tela, subsume-se integralmente ao conceito de “direito líquido e certo”, deduzido por José da Silva Pacheco:

“A comprovação de ilegalidade do ato, ou abuso e direito violatório ou ameaçador e de outro lado, o fato e a lei incidente de que decorre o direito subjetivo ameaçado ou violado”.

(in “Do Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas”, ed. 1991, p. 178).

À evidência que o “direito líquido e certo” que exige proteção contra ameaça ou violação, em razão de garantia constitucional, é o direito subjetivo individual, decorrente da incidência da norma jurídica, que, na conclusão de Giorgio del Vecchio: “... o direito subjetivo está estreitamente conexo com o objetivo. O direito como faculdade, não existe senão com relação a uma norma; mas a norma outra coisa não é senão uma delimitação de faculdades”. (In “Lições de Filosofia do Direito”, ed. Coimbra, 5ª edição, p. 437)

No entendimento da doutrina brasileira “direito líquido e certo” é aquele *manifesto* no momento da impetração do *mandamus*.

Na lição do douto Pontes da Miranda:

“Direito líquido e certo é aquele que não desperta dúvida, que está isento de obscuridade, que não precisa ser aclarado com exame de provas ou dilações, que é de si mesmo, concludente e inconcusso”.

(In “Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969. Tomo V, ed. 1971, p. 360).

O E. Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito de “direito líquido e certo”:

Ementa: “Mandado de Segurança: direito líquido e certo.

— O “direito líquido e certo, pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante e não com a procedência desta, matéria de mérito”.

(RE nº 117.936-8 — RS — julgado em 20-11-90, in DJU de 7-12-90).

Vislumbrando-se *in casu* direito subjetivo dos impetrantes, é de ser concedida a segurança, para restaurar o recebimento do benefício-alimentação anteriormente concedido por *lei*.

Por estes fundamentos, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios oficia pelo *conhecimento* e pela *concessão* da segurança pleiteada.

Brasília, 18 de maio de 1998.

OLINDA ELIZABETH CESTARI GONÇALVES
PJ-Assessora da Procuradoria-Geral de Justiça

Aprovo.

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA

Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios

No caso vertente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios houve por conceder a ordem de segurança pleiteada, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“Ementa: Mandado de Segurança. Preliminares. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Legitimação extraordinária do sindicato. Incidência das Súmulas 266, 269 e 271, do STF. Mérito. Benefício-alimentação. Lei Distrital nº 786/94. Revogação por decreto ou decisão administrativa. Impossibilidade. A organização sindical tem legitimidade (extraordinária) para impetrar mandado de segurança coletivo em prol das categorias que representa, como verdadeiro substituto processual dos associados. Franquia constitucional (artigo 5º, inciso LXX, da CF/88). Se o Decreto nº 16.990/95, ensejador da suspensão do benefício, consubstancia ato administrativo de efeitos concretos, pois atua direta e imediatamente sobre seus destinatários, cabe contra ele o mandado de segurança, a *contrario sensu* do decreto de efeito normativo, genérico, repelida a imitação do *mandamus* pela doutrina e jurisprudência (Súmula 266, do STF). Está reconhecidamente afastada pela jurisprudência deste egrégio tribunal a aplicação dos enunciados das Súmulas nºs 269 e 271 do STF, eis que foram editadas quando vigente a Constituição de 1946, vale dizer, em época anterior à Lei nº 5.021/66, que as tornou caducas, porque possibilita, em seu artigo 1º, § 3º, a utilização da sentença proferida em mandado de segurança como título executivo para o pagamento de atrasados, ressalvando, contudo, a natureza não-alimentar de tais atrasados, sujeitos, por conseguinte, a liquidação por cálculo e pagamento por precatório, na forma da lei, em oposição às verbas posteriores ao ajuizamento da inicial, cujo pagamento pode ser ordenado de imediato, ou mediante precatório de natureza especial. Instituído o benefício-alimentação pela Lei Distrital nº 786/94, inadmissível descumprimento justificado por norma de natureza jurídica inferior, ausente de eficácia geral e de coercitividade, nos precisos termos do artigo 2º, § 1º, da LICC. Rejeitadas as preliminares e concedida a segurança à unanimidade. Efeitos financeiros a partir da lesão. Maioria.”

Decisão: Rejeitar as preliminares e conceder a segurança. Unânime. Efeitos financeiros a partir da lesão. Maioria. (MSG nº 1998002000111-9). Conselho Especial. Relator: Des. Vaz de Mello. Data de Julgamento: 8-9-1998. Registro do Acórdão nº: 109.174. Publicação no DJU de 3-11-98. p. 133)

PROCESSO Nº 1999.00.2.002319-9

MANDADO DE SEGURANÇA CONSELHO ESPECIAL

Relator: EXMO. SR. DES. NATANAEL CAETANO

Impetrantes: W. M. T. C. E OUTRA

Informante: EXMO. SR. GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

PARECER Nº 607/99-PGJ

Ementa: Mandado de Segurança. Direito Administrativo. Procurador do Distrito Federal. Promoção *post mortem*. Impossibilidade. Princípio da legalidade.

Considerando a inexistência de norma legal expressa, não pode a Administração Pública conceder promoção *post mortem*, por critério exclusivo de mérito, porquanto está jungida ao princípio da legalidade na prática dos seus atos.

Parecer pelo conhecimento e denegação da segurança.

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por W.M. T.C e S.T.C, com fulcro no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, contra ato do Exmo. Sr. Governador do Distrito Federal, consubstanciado na anulação do ato que promoveu, *post mortem*, o Dr. R.L.A.C., esposo da primeira Impetrante e genitor da segunda, para o cargo de Subprocurador do Distrito Federal, por critério de merecimento, e, por conseguinte, resultou na redução dos seus proventos de pensionista (fls. 2-12).

Sustentaram as Impetrantes, em breve síntese, a legalidade do ato de promoção, haja vista que foram observadas todas as normas legais concernentes, bem como que a vaga ocupada surgiu antes do óbito do *de cuius*.

Requereram, pois, a concessão de medida liminar para que seja sustado o ato considerado ilegal e, quanto ao mérito, a confirmação da segurança, por sentença, para que seja declarada a nulidade do decreto que tornou nula a promoção do ex-servidor e, em consequência, mantida a legalidade do ato de promoção, havido aos 13-10-87.

A inicial foi instruída com os documentos de fls. 13-145.

Autuado, o *writ* foi distribuído ao Exmo. Sr. Desembargador Hermenegildo Gonçalves (fl. 146), o qual postergou a análise do pedido liminar, determinando, ainda, fossem colhidas as informações da d. Autoridade Impetrada, assim como o parecer do Ministério Público, conforme r. decisão proferida às fls. 148.

Redistribuídos os autos ao Exmo. Sr. Desembargador Natanael Caetano (fl. 150).

O Distrito Federal compareceu aos autos, mediante a petição de fl. 154, a fim de apresentar as informações da d. Autoridade Impetrada e requerer o seu ingresso na lide na qualidade de litisconsorte passivo.

O Exmo. Sr. Governador do Distrito Federal apresentou as informações de fls. 155-159, em que sustenta a legalidade do ato praticado, sob o fundamento de que a norma vigente à época não previa a promoção do servidor falecido, por critério de merecimento.

O Exmo. Sr. Desembargador relator indeferiu o pedido liminar, consoante r. decisão de fl. 161.

Vieram os autos ao Ministério Público (fl. 162).

É o breve relatório.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

FUNDAMENTOS DE DIREITO

O presente mandado de segurança merece ser conhecido, uma vez que se encontram presentes os pressupostos processuais genéricos e específicos da ação mandamental, assim como as condições da ação.

No que concerne ao mérito, a questão debatida nos autos se circunscreve à legalidade do ato que determinou a anulação da promoção, *post mortem*, de servidor do Distrito Federal, consubstanciado no Decreto de 19-3-99 (fl. 131).

Inicialmente insta assinalar que o óbito do Dr. R.L.A.C ocorreu na data de 23-5-87, que o decreto de promoção é datado de 13-10-87 e que a vaga por ele ocupada deu-se em razão da aposentadoria de outro servidor na data de 27-3-87.

Destarte, é mister analisar a legislação então vigente e aplicável à hipótese.

O Decreto-Lei nº 2.244, de 14-2-85 — que restabeleceu a carreira de Procurador do Distrito Federal —, ao disciplinar o provimento dos cargos da carreira respectiva, dispõe:

“Art. 1º (... *omissis*...)”

§ 2º Os cargos da carreira de Procurador do Distrito Federal, vagos ou que vagarem, serão providos: os de Subprocurador-Geral do Distrito Federal, mediante promoção exclusivamente pelo critério de merecimento, de titulares de cargos de 1ª Categoria; os desta categoria, mediante promoção, alternadamente, pelos critérios de merecimento e antigüidade na classe, de titulares de cargos de 2ª Categoria; e os da carreira inicial, mediante concurso público de provas e títulos entre bacharéis em Direito de comprovada idoneidade moral.” (g.n.)

A norma acima transcrita é repetida no Decreto nº 8.858, de 23-8-85 — que regulamenta a composição e o funcionamento do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Distrito Federal e dá outras providências —, em seu artigo 10, do seguinte teor:

“Art. 10. Os cargos da carreira de Procurador do Distrito Federal, vagos ou que vagarem, serão providos:

I — os de Subprocurador-Geral do Distrito Federal, mediante promoção, exclusivamente pelo critério de merecimento, de titulares de cargos de Procurador de 1ª Categoria colocados nos dois primeiros terços da categoria, por ordem de antigüidade.” (g.n.)

Contudo, impende salientar que a Lei nº 1.711, de 28-11-52 — que estabelecia sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União —, aplicável aos servidores do Distrito Federal por força do disposto no artigo 30 da Lei nº 3.751, de 13-4-60 — que dispunha sobre a organização administrativa do Distrito Federal —, não previa hipótese de promoção *post mortem* do servidor civil, por critério de merecimento, como ocorreu no caso ora em análise.

O artigo 40 da Lei nº 1.711/52 previa:

“Art. 40. As promoções serão realizadas de três em três meses, desde que verificada a existência de vaga.

§ 1º Quando não decretada no prazo legal, a promoção produzirá seus efeitos a partir do último dia do respectivo trimestre.

§ 2º Para os efeitos será considerado promovido o funcionário que vier a falecer sem que tenha sido decretada, no prazo legal, a promoção que lhe cabia por antigüidade.” (g.n.)

Inferese, pois, que assiste razão à d. Autoridade Impetrada, ao sustentar a ilegalidade do ato que concedeu a promoção, com fundamento em parecer da lavra da Exma. Sra. Procuradora-Geral Adjunta, Dra. Beatriz Kicis Torrents de Sordi, sob o seguinte fundamento:

“É fato incontestado que toda promoção funcional deve estar calcada em exposto dispositivo legal. Em face do princípio da legalidade a que estão sujeitos os atos da Administração, fora da previsão legal qualquer promoção é inválida.

No caso das promoções *post mortem*, não se encontra tal previsão na legislação aplicável aos servidores civis. Situação diversa ocorre na seara de legislação militar que expressamente a prevê.” (fls. 155-156).

Com efeito, impende observar que a Administração Pública está jungida ao princípio da legalidade, consoante estabelece o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

O princípio da legalidade, segundo lição clássica proferida por Hely Lopes Meirelles, constante do livro “Direito Administrativo Brasileiro”, 19ª edição, Malheiros, 1994, p. 82-83, deve ser compreendido como:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’.” (g.n.)

Por seu turno, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, em lição constante da obra “Curso de Direito Administrativo”, 9ª edição, Malheiros, 1997, p. 36, que:

“A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de

autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação. Administrar é ‘aplicar a lei, de ofício’.” (g.n.).

Mais adiante, acrescenta:

“Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. Afonso Rodrigues Queiró afirma que a Administração ‘é a *longa manus* do legislador’ e que ‘a atividade administrativa é atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais’.” (g.n.)

Ao concluir, o mencionado autor aduz:

“O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente as leis.” (g.n.)

Destarte, conclui-se que resta demonstrada a ausência do direito pleiteado, uma vez que inexistia à época norma legal que assegurasse ao servidor público civil o direito à promoção *post mortem*, por critério de merecimento.

A única ressalva feita pela legislação então vigente era no sentido de resguardar o direito do servidor que viesse a falecer sem que tenha sido decretada, no prazo legal, a sua promoção por antigüidade.

Corroborar a presente assertiva o fato de a promoção *post mortem* do Dr. Pedro Jorge de Melo e Silva — assassinado em 1982 no cumprimento do dever profissional — para o cargo de Subprocurador-Geral da República, ter sido precedido de autorização legislativa, consubstanciada na Lei nº 9.694, de 10-8-98.

Faz-se mister salientar, na oportunidade, que, na exposição de motivos do respectivo projeto de lei, foi assinalada que a solicitação do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República era decorrente da necessidade de lei específica em face da omissão sobre o assunto na legislação pátria (Exposição de Motivos nº 30/MARE, de 10-3-98, publicada no Diário do Senado Federal de 27-6-98, p. 1.160).

Por outro lado, no que tange à afirmação da existência de direito adquirido à promoção, é necessário observar que a doutrina pátria de escol nega a existência de tal direito.

Pontes de Miranda, ao analisar o artigo 186 da Constituição de 1946 — que dispunha sobre as listas organizadas por ocasião dos acessos —, no livro “Comentários à Constituição de 1946”, vol. V, 2ª ed., 1953, p. 237, afirma:

“A promoção por merecimento somente é de conteúdo de direito negativo: o de não ser nomeada pessoa estranha à lista. Não há direito subjetivo à promoção por merecimento. Se o poder competente não organiza as listas, ou tarda em fazê-lo, não há direito, pretensão e ação a que as faça, sob cominação.”

Por seu turno, José Cretella Júnior, em sua obra “Tratado de Direito Administrativo”, volume IV, Ed. Forense, 1967, p. 307-308, assevera sobre o tema:

“... uma conclusão inequívoca, apoiada na melhor doutrina, nos mais razoáveis pareceres e na mais acertada jurisprudência dos tribunais do Brasil, impõe-se a quem estuda de maneira objetiva o denominado, impropriamente, direito à promoção: é a de que se trata não de um direito, mas apenas de um interesse, de uma expectativa de direito e, portanto, como tal, desprovido da competente ação para efetivar-se.”

Ademais, não pode ser olvidado, na interpretação das normas jurídicas em debate, que o princípio que rege o Direito Administrativo é no sentido de que o interesse coletivo sobreleva ao interesse individual, de maneira que, segundo afirma José Cretella Júnior, adotando os ensinamentos de Tito Prates da Fonseca, “o que deve prevalecer, em matéria de promoções, deve ser o interesse público, e não os dos componentes da carreira” (ob. cit., p. 306).

Por fim, no que tange à questão concernente ao requisito de antigüidade para a promoção, estabelecido no artigo 10, inciso I, do Decreto nº 8.858/85, apresenta-se inviável o seu exame, por demandar dilação probatória, em virtude de não ter sido colacionado aos autos a listagem de julho de 1987, que foi referida pela d. Autoridade Impetrada em suas informações (fl. 58).

Ausente, portanto, ilegalidade ou abuso de poder a ser coibido na presente ação.

Diante do exposto, o Ministério Público oficia pelo conhecimento do *writ* e, quanto ao mérito, pela denegação da ordem de segurança pleiteada.

Brasília-DF, 21 de outubro de 1999.

RODOLFO CUNHA SALLES
PJ — Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça

Aprovo.

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios

O Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao examinar o processo, na data de 7-12-99, decidiu, à unanimidade, que não há ilegalidade no ato de anulação, por não haver previsão legal para promoção *post mortem* de servidor público por merecimento, nos seguintes termos:

“Ementa: Mandado de Segurança — Promoção *post mortem* de procurador do Distrito Federal anulada — Legalidade do ato. Se a Lei nº 1.711/52, aplicável ao caso por força do artigo 30 da Lei nº 3.751/60, não previa a possibilidade de promoção *post mortem* de servidor público por merecimento, não há falar-se em ilegalidade do ato que anulou a referida promoção. Em face do princípio da legalidade, a atuação do administrador não pode pautar-se apenas naquilo que a lei não veda; é necessário, ainda, que a atividade administrativa venha calcada plenamente na lei, consoante o disposto no artigo 37 da CF. Inexistência de direito adquirido. O ato de promoção de servidor pelo critério de merecimento é ato discricionário, não se podendo afirmar com certeza que determinado nome seria indicado para a promoção.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Natanael Caetano — Relator, Vasquez Cruxên, Nívio Gonçalves, Vaz de Melo, Estevam Maia, Romão C. de Oliveira, Wellington Medeiros, Valter Xavier, Sérgio Bittencourt Romeu e Gonzaga Neiva — Vogais, sob a presidência do Desembargador Hermenegildo Gonçalves, em denegar-se a segurança à unanimidade, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 7 de dezembro de 1999.

Publicado o acórdão no *DJ* do dia 13-1-2000, o processo encontra aguardando o vencimento do prazo para interposição de recurso pelas partes.

PROCESSO Nº 1998.00.2.001518-0

**MANDADO DE SEGURANÇA
CONSELHO ESPECIAL**

Relator: EXMO. SR. DES. OTÁVIO AUGUSTO

Impetrante: J.R.

Informantes: EXMO. SR. DES. CORREGEDOR DE JUSTIÇA E ILMO. SR. OFICIAL
SUBSTITUTO DO 3º OFÍCIO DO REGISTRO DE IMÓVEIS DO DISTRITO
FEDERAL

PARECER Nº 625/98-PGJ

Ementa: Mandado de Segurança. Direito Processual Civil e Civil. Interesse de agir. Promessa de compra e venda. Instrumento particular. Inscrição no registro de imóveis. Possibilidade.

Condição da ação — Interesse em agir — A providência jurisdicional se apresenta útil e necessária quando adequada à consecução do objetivo colimado pelo Impetrante, demonstrando o interesse de agir.

Mérito — É permitida a inscrição de contrato de promessa de compra e venda, aperfeiçoado por instrumento particular, independentemente do valor do imóvel autônomo, não loteado ou desmembrado, no registro de imóveis, a fim de que seja atribuído ao compromisso eficácia de direito real e assegurada a adjudicação compulsória, a teor do disposto no artigo 22 do De-

creto-Lei nº 58/37, com a redação conferida pelas Leis nºs 649/49 e 6.014/73, bem como no artigo 135 do Código Civil. *Direito líquido e certo comprovado.*

Parecer pelo conhecimento do writ e, no mérito, concessão da segurança.

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança, impetrado por J. R., com fulcro no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, contra ato do Exmo. Sr. Des. Corregedor de Justiça e Ilmo. Sr. Oficial Substituto do 3º Ofício do Registro de Imóveis do Distrito Federal, consubstanciado na recusa em efetivar a inscrição de instrumento particular de promessa de compra e venda no respectivo registro de imóvel, com fundamento no disposto no artigo 306, parágrafo único, do Provimento Geral da Corregedoria de Justiça do Distrito Federal e no artigo 134, inciso II, do Código Civil (fls. 2-10).

A esse respeito aduziu que o direito real de aquisição, oriundo do contrato de promessa de compra e venda, foi reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio em data posterior à da vigência do Código Civil, de maneira que a legislação concernente aos Registros Públicos excepcionou a regra do artigo 134, inciso II, do mencionado diploma legal, consoante disposto nos artigos 167, inciso I, item 9, 20 e 221, inciso II, todos da Lei nº 6.015, de 31-12-73, que faculta a sua inscrição no Registro Imobiliário mesmo quando celebrado sob a forma de instrumento particular.

Acrescentou que o artigo 22 do Decreto-Lei nº 58, de 10-12-37, modificado pelas Leis nºs 6.014/73 e 6.766/79 permite a inscrição dos instrumentos particulares de compromisso de compra e venda referentes a imóveis loteados como aos não loteados.

Requeru, portanto, a concessão de medida liminar para obstar os atos impeditivos ao registro do contrato de promessa de compra e venda e, quanto ao mérito, a confirmação da segurança para ensejar o registro definitivo do título em questão.

A inicial foi instruída com os documentos de fls. 11-23.

Autuado, o *writ* foi distribuído ao Exmo. Sr. Desembargador Otávio Augusto (fl. 24), o qual houve por bem indeferir a liminar pleiteada, tendo determinado, ainda, fossem colhidas as informações das dd. Autoridades impetradas, assim como o parecer do Ministério Público, conforme decisão proferida à fl. 25.

O Exmo. Sr. Des. Corregedor-Geral de Justiça do Distrito Federal, por sua parte, prestou as informações de fls. 28-29, defendendo, quanto ao mérito, a legalidade do ato praticado. Aduziu, em breve síntese, que a Lei nº 6.015/73 não veda o registro de contrato de compromisso de compra e venda, mas, em atendimento ao Código Civil, exige

que este contrato seja realizado mediante instrumento público. Acrescentou que a Lei nº 6.766/79 se refere tão-somente ao registro de contrato de compra e venda por instrumento particular de imóvel em loteamento ou em desmembramento, o que não é a hipótese.

O Ilmo. Sr. Oficial Substituto do 3º Ofício do Registro de Imóveis do Distrito Federal apresentou as informações e documentos de fls. 32-37, sustentando a legalidade do ato praticado. Afirmou, em síntese, que o valor do imóvel em questão ultrapassa o limite estabelecido no artigo 134, inciso II, do Código Civil, bem como que o artigo 306 do Provimento Geral da Corregedoria de Justiça do Distrito Federal não permite o registro de instrumentos particulares constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, quando celebrado entre particulares. Pugnou, portanto, pela denegação da segurança pleiteada.

Vieram os autos ao Ministério Público (fl. 38).

É o breve relatório.

PARECER MINISTERIAL

FUNDAMENTOS DE DIREITO

Eméritos Julgadores, antes de adentrar ao mérito da ação, incumbe-nos salientar que, em sede de mandado de segurança, “o dever funcional do Ministério Público é o de manifestar-se sobre a impetração, podendo opinar pelo seu cabimento ou descabimento, pela sua carência e, no mérito, pela concessão ou denegação da segurança, bem como sobre a regularidade ou não do processo”, consoante lição proferida pelo ilustre Professor Hely Lopes Meirelles, em sua obra “Mandado de Segurança”, Malheiros, 17ª edição, p. 48.

Destarte, faz-se necessário perquirir a presença das condições da ação.

I

DO INTERESSE DE AGIR

No que tange ao interesse processual ou interesse de agir, faz-se mister salientar que este é compreendido como a utilidade e necessidade do processo como instrumento apto à salvaguarda e aplicação do direito questionado no caso concreto.

O Mestre José Frederico Marques, em sua obra “Manual de Direito Processual Civil”, Bookseller, 1997, volume I, p. 236-237, afirma sobre o tema que:

“Existe, portanto, o interesse de agir quando, configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido ou tornado incerto.”

Nesse aspecto deve ser salientado que o Impetrante afirmou na exordial (fl. 3) que o promitente-vendedor revogou o instrumento de mandato subjacente ao negócio jurídico celebrado, previsto na cláusula quarta do contrato de promessa de compra e venda (fl. 13).

Todavia, é necessário observar que a revogação do mandato outorgado não tem o condão de alcançar a promessa de compra e venda, que é negócio jurídico independente.

A validade e eficácia do contrato de promessa de compra e venda é resguardado pela convenção expressa de irrevogabilidade prevista na cláusula sétima do seu instrumento (fl. 13), inexistindo direito a arrependimento, no fato do preço ter sido pago em uma única parcela no ato da celebração (cláusula segunda), bem como por ter o promitente-vendedor se obrigado a prestar toda e qualquer assistência tendente à transferência do imóvel (cláusula quinta).

A propósito, a Súmula nº 166 do E. STF estabelece:

“É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Decreto-Lei nº 58, de 10-12-1937.”

Resta configurada, pois, a utilidade e necessidade da prestação jurisdicional solicitada, uma vez que a eficácia jurídica do contrato que o Impetrante pretende registrar independe do mandato previsto em sua cláusula quarta.

Presentes as condições da ação e pressupostos processuais, ingressa-se na análise do mérito da ação.

II

DO MÉRITO

Prefacialmente, é mister ressaltar que objeto do mencionado contrato é o imóvel situado em Taguatinga — DF (fls. 12-19 e 36-37), ou seja, casa residencial e edificada, que possui matrícula individual desde 22-3-76.

Não se trata de loteamento ou desmembramento, mas de imóvel autônomo.

O instituto do compromisso de compra e venda, como é cediço, pertence à categoria dos contratos preliminares ou, em outra palavra, pré-contrato, que constitui essencialmente uma obrigação de fazer, qual seja, a de contrair o contrato definitivo, possuindo eficácia obrigacional entre as partes e eficácia real oponível a terceiros, desde que inscrito o contrato no registro de imóvel.

A questão da forma do contrato de promessa de compra e venda de imóvel não loteado na doutrina e jurisprudência pátrias é tormentosa. Entretanto, a partir da vigência da Lei nº 649, de 11-3-49, o E. Supremo Tribunal Federal tem acolhido a forma das promessas de compra e venda de imóvel não loteado por instrumento particular, mesmo para efeitos reais, em razão de ter o diploma legal acima referido mandado aplicar os princípios estabelecidos no Decreto-Lei nº 58, de 10-12-37.

Outrossim, a doutrina de escol confere elementos valiosos para a melhor apreciação do tema.

O insigne Professor Darcy Bessone, ao abordar a matéria, em sua obra “Da Compra e Venda”, Ed. Saraiva, 1997, p. 160-161, leciona que:

“O art. 129 do Código Civil consagra, como regra geral, o princípio da liberdade de forma. A validade das declarações de vontade, diz o texto, só dependerá de forma especial quando a lei expressamente a exigir.

O Código, no art. 134, exige a escritura pública para os ‘contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a cinquenta cruzados’, valor sujeito a correção monetária, e, no art. 135, contenta-se com o instrumento particular quanto à prova das obrigações convencionais de qualquer valor.

Já nos pronunciamos a respeito dos efeitos da promessa que, segundo entendemos, são de duas ordens, a saber: de natureza real, quanto à oponibilidade às alienações ou onerações posteriores, e de natureza pessoal, no tocante à obrigação de contratar, que vincula apenas as partes (nº 52 a 72).

Em consequência da distinção estabelecida, concluímos, nas edições anteriores, que, para ser inscrita e se tornar oponível às alienações e onerações posteriores, a promessa de valor superior à taxa legal devia fazer-se por escritura pública; para produzir direitos pessoais, cuja satisfação se operasse voluntária ou compulsoriamente, em forma direta (compra e venda ou adjudicação) ou indireta (equivalente em dinheiro ou indenização), a promessa poderia ser concluída por instrumento particular.

Agora, na vigência das Leis nº 649 e 6.014, o Supremo Tribunal Federal tem decidido reiteradamente que, tanto em relação aos imóveis loteados quanto no atinente aos não-loteados, é admissível o instrumento particular, para todos os efeitos. Revendo a opinião que acabamos de aludir, consideramos que a lei tanto pode eleger certa forma específica para o ato jurídico quanto pode abster-se de fazê-lo: ‘A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 82)’ (CC, art. 129). Dado que as Leis nº 649 e 6.014 preferiram falar em contratos, não mais em escrituras, parece que pretenderam aplicar aos terrenos não-loteados a mesma liberdade de forma adotada para os loteados (Decreto-Lei nº 58, art. 11, e Lei nº 6.766, art. 26). É certo que a palavra contratos não se refere à forma do ato, mas sim ao acordo de vontades para constituir, modificar ou extinguir relações patrimoniais de qualquer natureza. Não obstante, o que mais importa é a intenção do legislador, isto é, a finalidade prática que ele buscou.” (g. n.).

De igual conteúdo é o ensinamento do Professor Orlando Gomes em seu parecer nominado “Pressupostos da Inscrição de Promessa de Venda — Execução Para Cumprimento de Obrigação de Fazer — Substituição de Declaração Negocial”, publicado na Revista dos Tribunais nº 469, p. 41, vejamos:

“A controvérsia a respeito da forma do pré-contrato de venda vem de longe, antes mesmo da promulgação do Decreto nº 58, patenteadando-se num dissídio jurisprudencial que terminou, então, pelo triunfo nítido da corrente chefiada, no STF, pelo Min. Carvalho Mourão, como se lê no acórdão que modificou a orientação até então vitoriosa que preconizara o Min. Edmundo Lins (v. Frutuoso Santos, ‘Contrato de Promessa de Compra e Venda de Imóveis não Loteados’, Livr. Editora da Casa do Estudante do Brasil, Rio de Janeiro, s/d, pág. 72, onde transcreve a opinião de Pereira Braga e Philadelpho Azevedo; Ulysses Braga, ‘Do Contrato Preliminar’, Maceió, 1958, pág. 74). Com o advento dos diplomas especiais sobre promessa de venda, a jurisprudência voltou a vacilar sob influência da doutrina, mas atualmente se tornou pacífico, nos tribunais, o entendimento de que o contrato preliminar não precisa ter a forma do contrato definitivo (TJMG, RT 432/185; TASP, RT 427/204; STF, RT 417/421), conforme preconizara a doutrina (Pontes de Miranda, ‘Comentários ao Código de Processo’, vol. XIV/52; Lopes da Costa, ‘Direito Processual Civil’, vol. IV/216). *nem se justificaria a exigência da escritura pública nas promessas de venda de imóveis, loteados ou não.* Em nosso Direito é predominante a opinião de que o contrato preli-

minar ou pré-contrato origina essencialmente uma obrigação de fazer — a de contrair o contrato definitivo. Quem promete vender não pratica um contrato translativo de domínio, consistindo a obrigação fundamental do promitente num *faciendi*, não num *dandi*, aplicando-se à sua formação, por conseguinte, a regra geral da liberdade de forma consagrada no art. 129 do CC. Ora, se a promessa de venda não é contrato translativo de domínio, não há porque exigir, para a sua perfeição, a escritura pública. Esta forma solene não é exigível nem mesmo quando o contrato é oponível *erga tertius*, como sucede com as que se regem por lei especial (Decreto nº 58 e Lei nº 649), eis que um desses diplomas legais (o Decreto nº 58) admite, no seu art. 11, o instrumento particular manuscrito, datilografado ou impresso, e o outro (Lei nº 649) é simplesmente uma alteração do primeiro sem qualquer repercussão no problema da forma do contrato.

[...]

Prevalecendo, pois, o entendimento de que o escrito particular, mesmo manuscrito é válido como forma do contrato de promessa de venda, sem cláusula de arrependimento, de imóvel não loteado, razão alguma existe que impeça ou desaconselhe sua inscrição no registro imobiliário.” (g. n.).

Wilson de Souza Campos Batalha, reconhecido estudioso sobre o tema, ao apreciar o conteúdo do artigo 221, inciso II, da Lei nº 6.015, de 31-12-73, que arrola os títulos admitidos a registro, em seu livro “Comentários à Lei de Registros Públicos”, Ed. Forense, 1997, vol. II, p. 709, afirma que:

“Os instrumentos particulares são admissíveis sempre que se não imponha a escritura pública (Cód. Civ. art. 134), como, por exemplo, nas promessas de compra e venda de bens imóveis, cessões de promessas e promessas de cessão de direitos relativos a imóveis.”

Destarte, a doutrina pátria afirma a possibilidade da inscrição de promessa de compra e venda, aperfeiçoado por instrumento particular, mesmo que de valor superior ao estabelecido no artigo 134, inciso II, do Código Civil, em razão de o Decreto-Lei nº 58/37, em seu artigo 22, determinar a aplicação dos princípios nele previstos aos contratos promessas de compra e venda de imóveis não loteados, dentre os quais a regra do artigo 11 que permite a celebração da avença por instrumento público ou particular.

A Lei nº 6.766, de 19-12-79, que disciplina o parcelamento do solo urbano, também estabelece que os compromissos de compra e venda, as cessões ou promessas de cessão poderão ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular (art. 26).

O Código Civil, por seu turno, dispõe que não havendo regra expressa determinando a forma a ser observada pelo ato jurídico, a validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial (arts. 82 e 129).

Neste passo, não há óbice à inscrição do instrumento particular quanto ao disposto no artigo 221, inciso II, da Lei nº 6.015/73.

Por outro lado, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao se pronunciar sobre o tema, decidiu:

“Compromisso irrevogável de venda de imóvel anterior à vigência da Lei nº 3.912. O imóvel locado destinava-se a fins comerciais. Mesmo por instrumento particular o compromisso era eficaz entre as partes e, para esse efeito, o registro podia fazer-se a qualquer tempo. Recurso não provido.” (RE nº 56.495-MG, Rel. Min. Hermes Lima, *DJ* 25-11-64).

“Promessa de venda de imóvel — Instrumento particular — A jurisprudência do STF predomina no sentido de que não obsta a adjudicação compulsória de imóvel não loteado o fato de a promessa de venda ter sido celebrada por instrumento particular com as formalidades do art. 135 do C. Civ., desde que devidamente inscrito no registro de imóveis.” (RE nº 71.167-MG, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, *DJ* 26-3-71).

Em data recente, o Colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios julgou a questão, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“Dúvida registrária. Instrumento particular. Caracterização como promessa de compra e venda. Possibilidade do registro. A incorreta denominação do instrumento particular como sendo de ‘cessão de direitos’ de imóvel não é capaz de desnaturar a verdadeira intenção das partes contratantes que, *in casu*, era a de realizar compromisso de compra e venda. O art. 85 do Código Civil autoriza o magistrado buscar tal intenção. O exame da referida vontade permite a caracterização do negócio realizado como compromisso de compra e venda, e não compra e venda como pretendiam a r. sentença apelada e o Cartório Imobiliário. Assim, *inexiste óbice legal ao registro do documento, a teor do disposto nos arts. 167, I, 9 e 168 da Lei nº 6.015/73. Apelação provida para determinar o registro do instrumento particular. Decisão: Conhecer. Prover, maioria, vencido o Vogal.*” (APC nº 31.159/93-DF, Rel. Des. José Jerônimo Bezerra de Souza, *DJ* 27-9-95, p. 13908 — g.n.).

Portanto, com esteio nos argumentos acima expendidos, conclui-se que é permitida a inscrição de contrato de promessa de compra e venda, aperfeiçoado por instrumento particular, independentemente do valor do imóvel autônomo, não loteado ou

desmembrado, no registro de imóveis, a fim de que seja atribuído ao compromisso eficácia de direito real e assegurada a adjudicação compulsória, a teor do disposto no artigo 22 do Decreto-Lei nº 58/37, com a redação conferida pelas Leis nºs 649/49 e 6.014/73.

No que tange ao caso concreto ora analisado, verifica-se dos autos que o contrato celebrado (fls. 12-14) observa os ditames estabelecidos no artigo 135 do Código Civil e no artigo 11 do Decreto-Lei nº 58/37, não havendo impedimento à sua inscrição no registro de imóveis.

Diante do exposto, o Ministério Público oficia pelo conhecimento do writ e, no mérito, pela concessão da ordem de segurança pleiteada, nos termos do pedido exordial.

Brasília-DF, 18 de agosto de 1998.

RODOLFO CUNHA SALLES

PJ — Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça

Aprovo.

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA

Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios

No caso vertente o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios houve por conceder a ordem de segurança pleiteada, determinando que o Sr. Oficial Substituto admita ingresso do Título no protocolo do Cartório de Registro de Imóveis e proceda como entender, suscitando dúvida, se for o caso, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“Ementa: Mandado de Segurança — Registro imobiliário e prenoção de dúvida de contrato particular de promessa de compra e venda — Possibilidade.

O contrato particular de compromisso de compra e venda, disciplinado nos arts. 129, 134 e 135 do Código Civil e art. 639 do Código de Processo Civil e amparado pelo Decreto nº 58/37 e pelas Leis nºs 649/49, 6.014/73 e 6.766/79, constitui-se documento legalmente reconhecido para o registro definitivo do título no cartório imobiliário, sobretudo em se tratando de imóvel quitado e desembaraçado de qualquer ônus, permitindo-se no entanto, se necessário, suscitação de dúvida registrária.

Ordem parcialmente concedida. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Otávio Augusto, João Mariosa, Estevam Maia, Romão Cícero de Oliveira, Aparecida Fernandes, Nívio Gonçalves e Vaz de Melo, sob a presidência do Desembargador Vasquez Cruxên, em conceder parcialmente a ordem, à unanimidade, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 1º de junho de 1999.” (MS nº 1998.00.2.001518-0. Conselho Especial. Unânime. Rel. Des. Otávio Augusto. *DJ* 25-8-99, p. 25. Acórdão registrado sob o nº 115.605).

Publicado o acórdão (*DJ* do dia 25-8-99), as partes não interpuuseram recurso, operando-se o trânsito em julgado da decisão.

PROCESSO Nº 1998.00.2.001.433-9

**MANDADO DE SEGURANÇA
CONSELHO ESPECIAL**

Relator: EXMO. SR. DES. VAZ DE MELLO

Impetrante: E. M. A. E AUTOR

Informante: EXMO. SR. CORREGEDOR DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL
E TERRITÓRIOS

PARECER Nº 68/98-PGJ

Ementa: Constitucional e Processual Civil. Mandado de Segurança. Condições da ação.

Preliminar de carência da ação — O mandado de segurança possui requisitos e destinação constitucional específicos, não admitindo sua utilização para a consecução de finalidade outra que não a de conceder proteção ao direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando a ilegalidade ou abuso de poder for praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, CF c.c. o art. 1º, Lei nº 1.533/51). Destarte, a ação mandamental não é via apropriada para interpretação da lei, em tese, nem declaração de sua inconstitucionalidade, em termos genéricos.

Gratuidade do registro civil e do assento de óbito. Princípio da cidadania. Constitucionalidade. Lei nº 9.534/97.

— A extensão da gratuidade do registro civil e da certidão de óbito a todas as pessoas, bem como pela primeira certidão respectiva, determinada pela Lei nº 9.534/97, conferiu exata aplicação aos princípios estabelecidos nos artigos 1º, inciso II, e 5º, inciso LXXVII, ambos da Constituição Federal, que dispõem sobre a cidadania e a gratuidade dos atos necessários ao seu exercício.

— Inexistente ofensa a direito subjetivo público dos Impetrantes, porquanto exercem os serviços notariais e de registro por delegação do Poder Público (art. 236, *caput*, CF).

— É da competência da União Federal a fixação dos emolumentos relativos aos atos praticados pelo serviços notariais e de registro (art. 236, § 2º, CF).

— Lesão a direito líquido e certo não demonstrada.

Parecer pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da segurança.

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por E.M.A. e outros, com fulcro no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal c.c. o artigo 1º da Lei nº 1.533/51, contra ato do Exmo. Sr. Corregedor de Justiça do Distrito Federal e Territórios, consubstanciado na determinação de aplicação e cumprimento do disposto na Lei nº 9.534, de 10-12-97 (fls. 2-15).

A esse respeito aduziram os Impetrantes, em breve síntese, que são titulares, respectivamente, do Cartório do 1º Ofício de Notas, Registro Civil e Protesto de Títulos do Núcleo Bandeirante, do 3º Ofício de Notas, Registro Civil e Protesto de Títulos de Taguatinga e do 1º Ofício de Registro e Casamentos, Títulos, Documentos e Pessoas

Jurídicas do Distrito Federal e que, com o advento da Lei nº 9.534/97, que estabeleceu a gratuidade do registro civil de nascimento e pelo assento de óbito, bem como pela primeira certidão, solicitaram do Exmo. Sr. Corregedor de Justiça do Distrito Federal e Territórios fosse assegurado o direito de continuar a cobrar das pessoas não reconhecidamente pobres os emolumentos pelos atos que praticarem, o que foi indeferido com arrimo na existência de ação direta de inconstitucionalidade, em trâmite perante o E. Supremo Tribunal Federal, cujo objeto é o diploma legal ora em comento (ADIn nº 1.800-1/DF).

Sustentaram a inconstitucionalidade da Lei nº 9.534/97, sob o fundamento de que a norma legal derogou os preceitos estabelecidos no artigo 236 e § 2º, assim como no artigo 5º, inciso LXXXVI, todos da Constituição Federal, e a ilegalidade do ato administrativo, porquanto carente de fundamentação.

Acrescentaram que o artigo 5º, inciso LXXXVI, da Carta Política impõe a gratuidade dos serviços de registro civil de nascimento e de óbito apenas para os reconhecidamente pobres, regra que foi disciplinada pela Lei nº 7.844, de 18-10-89, de maneira que os Oficiais têm o direito adquirido de receber os emolumentos pelos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, não competindo ao legislador ordinário o poder de ampliar as restrições e limitações impostas pela Constituição Federal.

Requereram, portanto, a concessão de medida liminar para que seja permitida a cobrança dos emolumentos devidos por cada registro de nascimento, de óbito e respectivas certidões, a não ser dos reconhecidamente pobres, e, quanto ao mérito, a confirmação da segurança, por sentença.

A inicial foi instruída com os documentos de fls. 16-47.

Autuado, o *writ* foi distribuído à Exma. Sra. Desembargadora Aparecida Fernandes (fl. 48), a qual entendeu por indeferir a liminar pleiteada, determinando fossem colhidas as informações da d. Autoridade Impetrada, assim como o parecer do Ministério Público, conforme decisão proferida às fl. 50.

Redistribuído os autos ao Exmo. Sr. Desembargador Vaz de Mello (fl. 53).

Os Impetrantes, irresignados com a r. decisão proferida, interuseram o recurso de agravo regimental, postulando a concessão da liminar (fls. 55-56).

O Exmo. Sr. Desembargador relator, com fundamento no artigo 190, § 3º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, reconsiderou a decisão impugnada para conceder a liminar pretendida (fls. 58-60).

A.B.R., oficial em exercício do Cartório do 2º Ofício de Notas, Registro Civil e Protesto de Títulos de Sobradinho, e P.R.S.V., oficial em exercício do Cartório do 2º Ofício de Registro Civil e Casamentos, Pessoas Jurídicas, Títulos e Documentos de

Brasília, requereram o ingresso na lide como litisconsortes ativos (fls. 66-73), o que foi deferido (fl. 66).

O Exmo. Sr. Corregedor de Justiça do Distrito Federal e Territórios apresentou as informações e documentos de fls. 76-88, sustentando a legalidade do ato praticado. Asseverou que foi determinado o cumprimento da Lei nº 9.534/97 até futura decisão do C. Supremo Tribunal Federal, órgão competente para declarar a sua inconstitucionalidade. Acrescentou que o Pretório Excelso indeferiu o pedido de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade ajuizada. Quanto ao aspecto da ausência de fundamentação do ato, salientou que a questão foi apreciada nos autos do PA nº 4.861/98, cuja decisão foi comunicada a todos os Oficiais de Registro Civil, restando prejudicado o *mandamus*.

Vieram os autos ao Ministério Público (fl. 89).

É o breve relatório.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DOS FUNDAMENTOS DE DIREITO

Eméritos Julgadores, antes de adentrar ao mérito da ação, incumbe salientar que, em sede de mandado de segurança, “o dever funcional do Ministério Público é o de manifestar-se sobre a impetração, podendo opinar pelo seu cabimento ou descabimento, pela sua carência e, no mérito, pela concessão ou denegação da segurança, bem como sobre a regularidade ou não do processo”, consoante lição proferida pelo ilustre Professor Hely Lopes Meirelles, em sua obra “Mandado de Segurança”, Malheiros, 17ª edição, p. 48.

No concernente aos requisitos específicos de admissibilidade do mandado de segurança, salienta Maria Sylvia Zanella di Pietro, no livro “Mandado de Segurança”, Ed. Del Rey, 1996, coordenação de Aroldo Plínio Gonçalves, p. 148, que:

“O mandado de segurança, seja o individual, previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição, seja o coletivo, previsto no inciso subsequente, exige, além dos pressupostos processuais e das condições da ação presentes em qualquer procedimento, ainda, determinados pressupostos específicos, que são:

- a) ato de autoridade;
- b) ilegalidade ou abuso de poder;
- c) lesão ou ameaça de lesão;

d) direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.”

Logo, faz-se necessária perquirir a presença das condições da ação.

I

DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

DO ATO DE AUTORIDADE

O mandado de segurança pressupõe a existência de ato de autoridade administrativa ao qual se atribua a contrariedade às normas legais.

Nesse passo, constata-se do inteiro teor da inicial que não foi indicado pelos Impetrantes nenhum ato ilegal ou abusivo de poder que tenha sido praticado pelo Exmo. Sr. Corregedor de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Os fundamentos de fato e de direito descritos na exordial, conforme se verifica às fls. 2 e seguintes, tratam da vigência da Lei nº 9.534/97, que, à evidência, não foi emanada de ato do Exmo. Sr. Corregedor de Justiça.

Insta assinalar, na oportunidade, que o Exmo. Sr. Corregedor de Justiça, no exercício de função de caráter administrativo, está sujeito aos princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal, erigidos como informadores da atividade estatal, dentre os quais o princípio da legalidade.

Conforme a melhor doutrina, o “princípio da legalidade” informa todos os recantos da ciência do direito, assumindo particular relevância no direito constitucional e no direito administrativo. É o princípio que domina a atividade do Estado, o da submissão à norma jurídica *latu sensu*.

José Cretella Júnior ao comentar do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, no livro “Comentários à Constituição de 1988”, vol. IV, 1991, p. 2143, esclarece:

“*Legalidade* é a qualidade daquilo que é conforme à lei. Nesta definição entretanto, é preciso entender o termo *lei* em seu mais amplo sentido que é o de *direito*. A *legalidade* exprime então a *conformidade ao direito* e é sinônima de *regularidade jurídica*.”

Aplicado à Administração, o princípio da legalidade expressa a regra segundo a qual a *Administração deve agir de acordo com o direito*.

Poder-se-ia pensar que não há aí nenhuma sujeição particularmente original e que a Administração, nesse ponto, não está submetida a regime diferente daquele a que se subordinam os particulares.

Elaboraria em erro, porém, quem assim pensasse, porque, historicamente, houve períodos em que se admitiu que o Estado pairava acima do direito e em que os governantes estavam desvinculados da obediência à regras jurídicas.

O Estado de direito que se contrapõe ao Estado de polícia, é caracterizado, precisamente, pela afirmação do princípio da legalidade.

Em segundo lugar, o que caracteriza o princípio da legalidade, aplicado à Administração, é que ele não exprime apenas a submissão desta às regras vigentes. ‘Esse princípio’, escreve Charles Debbasch, ‘está ligado ao Estado liberal. Significa a *sujeição da Administração às regras de direito em vigor. Os particulares têm assim a garantia de que a ação administrativa será conduzida objetivamente e não com parcialidade.* A terminologia empregada refere-se à legalidade porque, na tradição do direito público francês, a obrigação para a Administração de respeitar a lei apareceu como garantia necessária e suficiente da submissão ao direito, concepção que se explica pela tradicional fé na lei, encarnação da vontade geral. Apoia-se também na *impossibilidade, pela Administração, instrumento do Poder Executivo, de modificar a lei, fruto do Parlamento.* O princípio da legalidade é, desse modo, o meio de realizar a subordinação da Administração ao Parlamento e, pois, de proteger os cidadãos contra as iniciativas arbitrárias da Administração.’ (‘Droit Administratif’, 1963, p. 295).” (g.n.)

Por conseguinte, não houve qualquer ato ilegal ou abusivo por parte da Autoridade Impetrada, haja vista que a sua atuação se restringiu a determinar a aplicação e observância da Lei nº 9.534/97 pelos Oficiais de Registro Civil.

Ademais, somente caso não cumprisse o que determina a norma legal é que estaria o Administrador agindo em contrariedade ao direito, em razão da presunção de constitucionalidade das normas legais.

Sobre essa obrigação do Administrador Público, elucida o Professor Hely Lopes Meirelles, na sua obra “Direito Administrativo Brasileiro”, Ed. Malheiros, 1994, p. 82/83, que:

“Na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autorize.”

Por outro lado, é necessário salientar que não pode a Administração Pública antecipar-se ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal e declarar a inconstitucionalidade da norma legal em comento.

A competência para apreciar a constitucionalidade de diplomas legais no nosso ordenamento jurídico foi conferida em caráter privativo ao Poder Judiciário. O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, afirmou reiteradamente que não compete à Administração Pública o controle da constitucionalidade das leis (REsp nº 126.555/GO e REsp nº 121.949/GO).

Também não se cogita de omissão da Autoridade Impetrada, porquanto a hipótese dos autos não trata de dever legal de pronunciar sobre a constitucionalidade e vigência de leis.

Sobre a questão da omissão como fundamento para impetração do mandado de segurança, José Cretella Júnior, em sua obra “Comentários à Lei do Mandado de Segurança”, Ed. Forense, 1997, p. 94, esclarece que:

“A causa eficiente, ou fonte do ato, é a autoridade coatora que, editando a medida, ameaçando concretizá-la ou *omitindo-se quando, solicitada, deveria pronunciar-se (porque assim o exige a lei)*, enseja a impetração de segurança corretiva ou preventiva, conforme o caso.” (g.n.)

Outrossim, a solicitação dos Impetrantes dirigida ao Exmo. Sr. Corregedor de Justiça foi devidamente apreciada e respondida, mesmo que os seus fundamentos tenham sido sucintos (fls. 27-29).

Inexiste nos autos, portanto, prova de qualquer ato emanado do Exmo. Sr. Corregedor de Justiça do Distrito Federal e Territórios que pudesse ensejar a violação ou ameaça de lesão a direito dos Impetrantes, bem como a omissão de dever legal.

DA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER

No atinente à conceituação doutrinária da ilegalidade ou abuso de poder, é valiosa a lição proferida por Maria Sylvania Zanella di Pietro (ob. cit.), p. 149, do seguinte conteúdo:

“Com efeito, a ilegalidade ocorre quando haja qualquer tipo de ofensa à lei, podendo o vício dizer respeito à competência, à forma, ao objeto, ao motivo ou à finalidade. O abuso de poder é uma ilegalidade que pode dizer respeito à competência ou à finalidade do ato. No primeiro caso, tem-se o excesso de poder, em que a autoridade excede os limites de sua competência, exorbita de suas atribuições; no segundo, tem-se o desvio de poder, em que a autoridade atua contra o interesse público

ou com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei.”

No caso em comento restou demonstrado que o ato do Exmo. Sr. Corregedor de Justiça não ensejou contrariedade à norma legal, nem encerra excesso de poder ou desvio de finalidade, por não lhe ser atribuída a competência para declarar a inconstitucionalidade de leis.

Ausente, portanto, a condição da ação concernente à ilegalidade ou abuso de poder.

DA LEGITIMIDADE PASSIVA

Também no concernente aos requisitos de admissibilidade ordinários a todas as ações, o pleito dos Impetrantes não encontra melhor sorte.

É reconhecida pela doutrina como autoridade coatora para efeito de impetração do mandado de segurança a Autoridade Pública que ordena a prática do ato ou, tendo o poder-dever de decidir, se omite indevidamente, bem como que deva ter competência para corrigir o ato ou dispor de uma forma eficaz para cumprir a prestação jurisdicional reclamada pelo impetrante.

Entretanto, conforme salientado, o Exmo. Sr. Corregedor-Geral não detém competência para declarar a inconstitucionalidade de norma legal ou mesmo de retirar a sua eficácia. Assim, não lhe é atribuída a legitimidade para figurar no pólo passivo do *writ*, haja vista que não tem poder de decisão nesse aspecto.

DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

O Professor José Frederico Marques, em sua obra “Manual de Direito Processual Civil”, Bookseller, 1997, volume I, p. 239, afirma sucintamente sobre a condição da ação ora apreciada que:

“Ninguém pode invocar a tutela jurisdicional formulando pedido não admitido no direito objetivo, ou por este proibido.”

Neste contexto também deve ser observado o conteúdo das Súmulas, segundo a lição do emérito Processualista, vejamos:

“A jurisprudência, quando uniforme e reiterada, impõe-se como norma obrigatória, desde que consubstanciada em ‘súmula’. (...) A ‘súmula’ contém o enunciado de uma regra jurídica, construída com base em decisões que se apresentam como ‘jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal’.” (ob. cit., p. 65).

Há, portanto, que se perquirir a admissibilidade do pedido formulado pelos Impetrantes em face do ordenamento jurídico vigente.

Infere-se dos autos que, em razão da ausência de ato ou omissão da Autoridade Impetrada que pudesse ensejar ameaça ou violação a direito, os Impetrantes pretendem a discussão em tese da Lei nº 9.534/97, o que encontra impedimento na Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal, do seguinte teor:

“Súmula 266. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.”

O mandado de segurança possui requisitos e destinação constitucional específicos, não admitindo sua utilização para a consecução de finalidade outra que não a de conceder proteção ao direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando a ilegalidade ou abuso de poder for praticada por autoridade pública.

Conquanto a existência da ADIN nº 1.800-1/DF em tramitação no Pretório Excelso não impeça a análise da constitucionalidade da Lei nº 9.534/97 pelos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como ser cabível a declaração incidente de inconstitucionalidade de lei no processo do mandado de segurança (STJ — RMS 4.780-6/SE), impende observar que a discussão, em abstrato, da constitucionalidade de lei não se coaduna com o objetivo colimado na ação mandamental, devendo ser apreciada em sede própria.

O insigne Professor Humberto Theodoro Júnior, no artigo nominado “O Mandado de Segurança Preventivo e a Lei em Tese”, constante do livro “Mandado de Segurança e de Injunção”, Ed. Saraiva, 1990, Coordenado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, p. 297/298, leciona que:

“... inviável será o uso desse especial remédio processual, para o fim de obter-se sentença declaratória de inconstitucionalidade, que, de fato, não se concilia com a estrutura e objetivos da ação de segurança.”

Outrossim, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a questão, decidiu:

“Ementa: Mandado de Segurança. Inconstitucionalidade de lei. Aplicação em tese. Descabimento do *writ*. — *O mandado de segurança não é via apropriada para interpretação da lei, em tese, nem declaração de sua constitucionalidade, em termos genéricos.* — Recurso desprovido.” (ROMS nº 7.397/PE. 6ª Turma. Rel. Min. William Patterson. Unânime. DJ 20-10-97, p. 53140 — g.n.).

Faz-se mister reconhecer, portanto, que o pedido em questão não está amparado pelo ordenamento jurídico pátrio, mormente quando formulado através de instrumento processual de limites constitucionais restritos.

Em conformidade com os argumentos acima tecidos, é permitida a conclusão de que não se fazem presentes as condições necessárias para o exercício do direito de ação, inviabilizando a análise do mérito do provimento jurisdicional solicitado. Logo, há de ser indeferida a inicial, nos termos dos artigos 1º e 8º da Lei nº 1.533/51, e extinto o processo, com fulcro nos artigos 267, incisos IV e VI, do Código de Processo Civil.

II

DO MÉRITO

Todavia, caso ultrapassadas as questões preliminares, ingressa-se na análise do mérito da presente ação.

A hipótese versada nos autos em epígrafe diz respeito à constitucionalidade da Lei nº 9.534/97, que dá nova redação ao artigo 30 da Lei nº 6.015, de 31-12-73, que dispõe sobre registros públicos, acrescenta inciso ao artigo 1º da Lei nº 9.265, de 12-3-96, que trata da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, e altera os artigos 30 e 45 da Lei nº 8.935, de 18-11-94, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro, ao estatuir que não serão cobrados emolumentos pelo registro civil de nascimento, pelo assento de óbito, pela primeira certidão respectiva, bem como que os reconhecidamente pobres estão isentos de pagamento de emolumentos pelas demais certidões extraídas pelo cartório de registro civil.

Os Impetrantes sustentam a inconstitucionalidade do diploma legal, sob o fundamento, em síntese, da violação ao disposto nos artigos 5º, incisos XXXVIII e LXXVI, e 236, § 2º, todos da Constituição Federal.

Contudo, não lhes assiste razão, conforme será demonstrado.

A norma legal em questão foi de iniciativa do Exmo. Sr. Presidente da República, mediante exposição de motivos da lavra do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, nos termos a seguir transcritos, *verbis*:

“Exposição de Motivos nº 510, de 6 de setembro de 1996

Do Sr. Ministro de Estado da Justiça

Excelentíssimo Senhor Presidente da República, Submeto à consideração de Vossa Excelência o anexo Projeto de Lei no qual se propõe nova redação do art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Registros Públicos) e o acréscimo de inciso ao art. 1º da Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, que trata da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania.

2. A cidadania, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qualifica os participantes à vida do Estado e significa, também, que o funcionamento do próprio Estado estará submetido à vontade popular. Possui, pois, um sentido mais amplo do que o de mero titular de direitos políticos (cf. José Afonso da Silva, 'Curso de Direito Constitucional Brasileiro Positivo', 1990, p. 92-3).

3. Segundo Marshal, a cidadania é um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. *Seu conceito contém três elementos: o civil, o político e o social.* O elemento civil, composto dos direitos necessários à liberdade individual, compreende a liberdade de ir e de vir, a liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à proibição e de concluir tratados válidos e o direito à justiça. O elemento político deve ser entendido como o direito de participar no exercício do poder político, como membro de organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. Por fim, *o elemento social, que abrange desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança, ao direito de participar, por completo, na herança social e a levar a vida de um ser civilizado, de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade* (in Wilson Accioli, 'Instituições de Direito Constitucional', Editora Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 518).

4. A cidadania, pois, no direito constitucional, caracteriza a pessoa que está de plena posse de seus direitos civis e políticos.

5. Consoante o art. 2º da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1918 — Código Civil Brasileiro, todo homem é, capaz de direitos e obrigações na ordem civil. Sua personalidade civil começa no nascimento com vida e sua existência finda com a morte (arts. 4º e 10 desse código).

6. 'A personalidade constitui o mais importante estado da pessoa; basta lembrar que ela existe de direito em qualquer pessoa natural, como um corolário necessário desta outra verdade a capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações pressupõe, excetuadas as disposições concernentes às pessoas jurídicas, a existência de um ser humano' (cf. J. M. de Carvalho Santos. 'Código Civil Brasileiro Interpretado', 1937, vol. I, p. 243).

7. Para que decorram dos fatos jurídicos autenticidade, segurança e eficácia, ficam sujeitos ao registro civil de pessoas naturais os nascimentos e óbitos (Lei nº 6.015/73 — Lei de Registros Públicos).

8. *Assim, a personalidade civil, que se iniciou com o nascimento, terá sua autenticidade comprovada pelo respectivo registro.* É calçado

neste que o Estado e a sociedade têm formalmente conhecimento da existência da pessoa natural.

9. Desse modo, *o Poder Público deve assegurar o registro de nascimento a todo ser humano, como forma de garantia dos direitos a este constitucionalmente conferidos.*

10. A Carta Política, em seu art. 5º, LXXVI, antecipando um benefício que deva ser concedido a todos, determinou a gratuidade, para os reconhecidamente pobres, na forma da lei, do registro civil de nascimento e da certidão de óbito. O mesmo art. 5º, no seu inciso LXXVII, estabeleceu, também, a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, nos moldes estatuídos em diploma legal.

11. Nessa conformidade, *a Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, preceitua que são gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania, assim considerados os que capacitam o cidadão ao exercício da soberania popular, a que se reporta o art. 14 da Constituição; aqueles referentes ao alistamento militar, os pedidos de informações ao Poder Público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública; as ações de impugnação de mandato eletivo por abuso de poder econômico, corrupção ou fraude; e quaisquer requerimentos ou petições que visem às garantias individuais e à defesa do interesse público. Esqueceu-se, entretanto, do registro de nascimento, sem o qual, repita-se, para o mundo jurídico, não existe a pessoa.*

12. O art. 47 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 — Código Eleitoral, ao estabelecer que a certidão de nascimento, quando destinada ao alistamento eleitoral, será fornecida gratuitamente, já estava a demonstrar a estreita correlação entre esse documento e o exercício de uma das faces da cidadania.

13. Para assegurar que todos os direitos decorrentes da cidadania possam ser de fato exercitados, é que a proposta inclui, no art. 1º da Lei nº 9.265, de 1996, o registro de nascimento e o assento de óbito bem como as respectivas certidões extraídas por ocasião do ato.

14. É importante destacar que igualmente se concede *gratuidade ao assento de óbito* e respectiva certidão, em virtude de ser *o documento legal que comprova o fim da existência da pessoa natural, cujos direitos se transferem por sucessão.* Tendo em vista que alguns desses direitos decorrem da cidadania, como, por exemplo, o direito de propriedade, também o assento de óbito lhe é ínsito.

15. Como a gratuidade de emolumentos relativos ao registro civil de nascimento e ao assento de óbito está contida no art. 30 da Lei nº 6.015, de 1973, e extensão desse benefício a toda a pessoa natural deve constar desse dispositivo, em nome da boa técnica legislativa.

16. Estas, Senhor Presidente, em síntese, as normas ora apresentadas ao elevado descortino de Vossa Excelência, Respeitosamente, — Nelson A. Jobim, Ministro de Estado da Justiça.” (g.n.)

A exposição de motivos acima transcrita arrola todos os fundamentos da constitucionalidade da Lei nº 9.534/97.

Com efeito, a extensão, ou universalização, da gratuidade do registro de nascimento e do assento de óbito, assim como da primeira certidão respectiva, a todas as pessoas, tem como fundamento basilar da sua validade o princípio da cidadania, que foi considerado pela Constituição Federal como estruturante da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito (CF, artigo 1º, inciso II).

É mister ressaltar que hodiernamente o princípio da cidadania passou a ter maior amplitude, isto é, um alcance pluralista. Sobre o tema, afirma Ivo Dantas que a “cidadania, tal como aqui utilizada pela Constituição, não tem mais o sentido tradicional e meramente político (cidadão = eleitor), devendo ser entendida como a possibilidade de gozo pleno dos direitos individuais, políticos e sociais” (cf. “Constituição Federal — Teoria e Prática”, volume I, Ed. Renovar, p. 224).

O caráter estruturante do princípio da cidadania enseja a sua prevalência na interpretação e eficácia dos demais princípios previstos na Carta Política, bem como na aplicação das regras por ela estabelecidas.

Geraldo Ataliba, em seu livro “República e Constituição”, Ed. RT, 1985, p. 6, afirma sobre a questão ora em comento que:

“Mesmo no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionada pelos princípios. Estes *se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema.*” (g.n.)

Demais disso, importa assinalar que a Constituição deve ser interpretada sob o enfoque do princípio da unidade das normas constitucionais.

O Professor José Joaquim Gomes Canotilho, em esmerada doutrina sobre os princípios de interpretação do texto constitucional preleciona em seu livro “Direito Constitucional”, Almedina, 6ª edição, 1995, p. 226-227, que:

“O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que *a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições* (anti-

nomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘fator hermenêutico de decisão’, *o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão* (cfr. supra, Cap. 2º/ D-IV) *existentes entre as normas constitucionais a concretizar (...)*. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.”

Ademais, é necessário ter em mente que os atos relativos ao nascimento e ao óbito relacionam-se, em caráter inseparável, com a cidadania e com seu exercício.

O registro de nascimento constitui o ingresso e localização jurídica do indivíduo, enquanto que o assento de óbito registra a morte biológica para efeitos legais. São, desta forma, atos e documentos que certificam o início e o fim da cidadania.

É imperativo salientar, por oportuno, que a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania é princípio estabelecido no artigo 5º, inciso LXXVII, parte final, da Constituição Federal.

Neste passo, incabível a alegação de ofensa ao disposto no artigo 5º, inciso LXXVI, da Constituição Federal, uma vez que a regra ali insculpida deverá ser interpretada em consonância com o princípio da cidadania, que lhe é superior.

A regra da gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito para os reconhecidamente pobres deve ser compreendida como garantia mínima para o exercício da cidadania, que pode ser estendida às demais pessoas, por força da própria vontade do legislador constitucional (CF, artigo 5º, inciso LXXVII).

É de grande valia para a melhor compreensão da interpretação das normas constitucionais a lição proferida por Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra “Curso de Direito Administrativo”, Ed. Malheiros, 9ª edição, 1997, p. 573-574, do seguinte conteúdo:

“3. *Princípio* — já averbamos alhures — *é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.*

4. *Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a*

um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, como ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.” (g.n.)

Destarte, impõe-se a conclusão de que a gratuidade do registro civil e da certidão de óbito para todas as pessoas não somente está assegurada pelo princípio da cidadania, que fundamenta a República Federativa do Brasil (CF, artigo 1º, inciso II), como também está amparada pelo princípio insculpido no artigo 5º, inciso LXXVII, da Carta Política, que estabelece a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, na forma da lei, de maneira que a regra do artigo 5º, inciso LXXVI, do mencionado diploma constitucional, configura garantia mínima para o seu exercício.

Por outro lado, deve ser observado que o serviço notarial e de registro é de natureza pública, isto é, constitui função revestida de estatalidade, sujeita ao regime de direito público, consoante estabelece o artigo 236, *caput*, da Constituição da República.

Os titulares das serventias de notas e registros exercem a atividade em questão por delegação do Poder Público, estão sujeitos à permanente fiscalização do Poder Judiciário (CF, artigo 236, § 1º) e dependem de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos para ingressar na atividade (CF, artigo 236, § 2º).

A relação estabelecida entre o serventuário e o particular não é de clientela, mas informada pelo caráter de autoridade, revestida pelo Estado de fé pública (STF — RE nº 178.236).

Os emolumentos não constituem contraprestação pelo trabalho do particular. Não se trata de contribuição exigida, pelo Estado, de um particular, em favor de outro particular. Ao contrário, consoante afirmou o Ministro Moreira Alves por ocasião do julgamento da Representação nº 997 perante o Colendo Supremo Tribunal Federal (RTJ 100/976), as custas devidas aos serventuários são contraprestação pelo serviço público que o Estado, por intermédio dos particulares, presta às pessoas que necessitam dos serviços públicos essenciais prestados pelo foro judicial e extrajudicial.

Ademais, as custas possuem natureza tributária de taxa, porquanto são devidas como retribuição ao Estado em razão da prestação de serviço público. Assim, não merece guarida a alegação de ofensa ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos.

Com efeito, o Pretório Excelso ao decidir a questão, em época recente, afirmou:

“Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade — Custas judiciais e emolumentos extrajudiciais — Natureza tributária (taxa) — Destinação parcial dos recursos oriundos da arrecadação desses valores a instituições privadas — Inadmissibilidade — Vinculação desses mesmos recursos ao custeio de atividades diversas daquelas cujo exercício justificou a instituição das espécies tributárias em referência — Descaracterização da função constitucional da taxa — Relevância jurídica do pedido — Medida liminar deferida.

Natureza jurídica das custas judiciais e dos emolumentos extrajudiciais.

— A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que *as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se, em consequência, quer no que concerne à sua instituição e majoração, quer no que se refere à sua exigibilidade, ao regime jurídico-constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado, notadamente aos princípios fundamentais que proclamam, dentre outras, as garantias essenciais (a) da reserva de competência impositiva, (b) da legalidade, (c) da isonomia e (d) da anterioridade. Precedentes. Doutrina.*

Serventias extrajudiciais.

— *A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público. A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada ‘em caráter privado, por delegação do Poder Público’ (CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa.*

— As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas ‘a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos’ (Lei nº 8.935/94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos. Doutrina e Jurisprudência.

Destinação de custas e emolumentos a finalidades incompatíveis com a sua natureza tributária.

— *Qualificando-se as custas judiciais e os emolumentos extrajudiciais como taxas (RTJ 141/430)*, nada pode justificar seja o produto de sua arrecadação afetado ao custeio de serviços públicos diversos daqueles a cuja remuneração tais valores se destinam especificamente (pois, nessa hipótese, a *função constitucional da taxa — que é tributo vinculado —* restaria descaracterizada) ou, então, à satisfação das necessidades financeiras ou à realização dos objetivos sociais de entidades meramente privadas. É que, em tal situação, subverter-se-ia a própria finalidade institucional do tributo, sem se mencionar o fato de que esse privilegiado (e inaceitável) tratamento dispensado a simples instituições particulares (Associação de Magistrados e Caixa de Assistência dos Advogados) importaria em evidente transgressão estatal ao postulado constitucional da igualdade. Precedentes.” (ADIMC nº 1.378/ES. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 30-5-97, p. 23175 — g.n.)

Além disso, impende observar, por oportuno, que o Colendo Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, decidiu que “o princípio da irredutibilidade guarda conteúdo jurídico e não econômico” (ROMS nº 21.774-3/DF, ADIn nº 1.441-2/DF e ADIn nº 1.430-7/BA).

No que tange à competência para a fixação dos emolumentos, esta é da União Federal, consoante disposto no artigo 236, § 2º, da Constituição Federal. Regra esta que foi confirmada pelo Pretório Excelso no julgamento da medida cautelar na ADIn nº 1.047/AL.

Portanto, encontra-se ao critério do Estado a decisão de instituir, ou não, taxas para remunerar os serviços que presta.

É cediço na doutrina e jurisprudência pátria que a entidade da federação (pessoa política) titular da competência, assim como pode tributar, pode conceder isenções, observados os critérios de conveniência e oportunidade.

Consoante leciona Roque Antônio Carrazza, “em rigor, a competência para tributar e a competência para isentar são como o verso e o anverso de uma mesma moeda” (cf., Curso de Direito Constitucional Tributário, E. Malheiros, 9ª edição, 1997, p. 455).

Outrossim, o ilustre estudioso do Direito Tributário, ao tecer comentários sobre a competência constitucional para a imposição de taxas, salienta que:

“Ainda acerca das taxas, nada impede que o Estado preste um serviço público ou pratique um ato de polícia a título gratuito. Deveras, ser-

viços públicos há que, tradicionalmente, não são remunerados por seus usuários.” (ob. cit., p. 318).

Desta forma, a regra do § 2º do artigo 236 da Carta Política não autoriza a interpretação consistente na existência de uma obrigação constitucional à fixação dos emolumentos por todos e quaisquer atos prestados pelas serventias ou do direito adquirido à sua percepção.

É indubitável, entretanto, que os notários e os oficiais de registro têm direito a perceber, de forma integral, os emolumentos que forem fixados por lei e no valor por ela estabelecido. É o que estabelece o artigo 28 da Lei nº 8.935, de 18-11-94, que regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro.

Todavia, não têm direito constitucional à instituição de emolumentos para todos e quaisquer atos praticados por delegação do Poder Público.

Além disso, a ausência de previsão expressa, no texto legal ora em comento, quanto à possibilidade e forma de compensação pelos serviços prestados gratuitamente pelas serventias não tem o condão de torná-lo inconstitucional.

Nesse aspecto, faz-se necessário salientar que o texto encaminhado à Presidência da República para sanção previa que as despesas com a gratuidade seriam custeadas pelos demais serviços notariais e de registro. Contudo, os §§ 4º, 5º e 6º do artigo 1º foram vetados pelo Exmo. Sr. Presidente da República.

Uma das razões para o veto foi a natureza vinculada da taxa, que impede o custeio de serviços públicos diversos daqueles a cuja remuneração tais valores se destinam especificamente.

Entretanto, infere-se do texto legal que há a possibilidade de custeio das despesas pelo Poder Público. O artigo 7º da Lei nº 9.534/97 dispõe sobre o tema que:

“Art. 7º Os Tribunais de Justiça dos Estados poderão instituir, junto aos Ofícios de Registro Civil, serviços intinerantes de registros, apoiados pelo Poder Público estadual e municipal, para provimento da gratuidade prevista nesta lei.”

Logo, na hipótese de os custos da gratuidade do registro civil e da certidão de óbito se apresentarem de grande vulto, a impossibilitar os trabalhos dos Ofícios de Registro Civil, nada impede que o Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios, com o apoio do Governo do Distrito Federal, institua mecanismos para garantir a sua implementação.

Também é carente de fundamento jurídico a alegação de ofensa ao princípio da isonomia, concernente ao critério da capacidade contributiva, uma vez que o mesmo se

aplica à atividade de tributação do Estado relativa aos impostos (CF — artigo 145, § 1º) e não às taxas e respectivas concessões de isenção.

Demais disso, o princípio que orientou a extensão do benefício da gratuidade foi o da cidadania, não podendo ser afirmada a existência, perante o plano legal, de cidadãos ou indivíduos de categorias diversas.

Hugo de Brito Machado esclarece sobre a questão ora abordada, em seu livro “Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988”, Ed. RT, 3ª edição, 1994, que:

“Em relação às taxas o princípio da capacidade contributiva há de ter um tratamento específico, distinto do que há de ter no que pertine aos impostos.” (p. 67).

“Na taxa, tem-se de considerar especialmente a atividade estatal. Daí por que não se deve dimensionar a taxa em razão da capacidade contributiva de quem a deve pagar.” (p. 68)

“Em se tratando de imposto cujo fato gerador não seja necessariamente um indicador de capacidade contributiva do contribuinte, a lei que concede isenção certamente não será inconstitucional, posto que não fere o princípio em estudo.” (p. 72).

Destarte, por não ter a cobrança dos registros de nascimento e dos assentos de óbito como critério de cálculo do valor dos emolumentos a capacidade contributiva dos contribuintes, não há que se falar em ofensa ao princípio da isonomia.

Dos argumentos acima expendidos conclui-se que a universalização da gratuidade do registro civil e da certidão de óbito, estabelecida na Lei nº 9.534/97, longe de malferir direito líquido e certo dos Impetrantes, conferiu exata aplicação aos princípios constitucionais estabelecidos nos artigos 1º, inciso II, e 5º, inciso LXXVII, que dispõem sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania.

Diante do exposto, o Ministério Público oficia pelo não-conhecimento do *writ* e, ultrapassadas as preliminares, pela denegação da ordem de segurança pleiteada.

Brasília-DF, 16 de setembro de 1998.

RODOLFO CUNHA SALLES

PJ — Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça

Aprovo.

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA

Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Insta assinalar que, aos 15-12-98, o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por maioria, julgou os impetrantes carecedores de ação e, por conseguinte, decretou-se a extinção do processo, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“Ementa: Constitucional e administrativo. Registros e Certidões de Nascimento e Óbito. Gratuidade. Lei nº 9.534/97. Inconstitucionalidade. Preliminares. Autoridade coatora. Inexistência. Inadequação da via mandamental. Acolhidas.

— Não pode ser atribuída à presente autoridade apontada coatora a legitimidade para figurar no pólo passivo, haja vista a ausência de competência para declarar a inconstitucionalidade requerida ou para retirar a sua eficácia, tendo esta apenas determinado que se cumprisse a lei.

— O mandado de segurança não é via adequada para a declaração de inconstitucionalidade de norma, a qual deve ser analisada em sede própria e através de ação adequada, qual seja a ação direta de inconstitucionalidade perante o STF.

— Julgou-se o impetrante carecedor de ação e decretou-se a extinção do processo. Maioria.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vaz de Mello, Otávio Augusto, P. A. Rosa de Farias, João Mariosa, Estevam Maia, Eduardo de Moraes Oliveira, Romão C. de Oliveira, Everards Mota e Matos, Natanael Caetano, Vasquez Cruxên e Nívio Gonçalves, sob a presidência do Desembargador Hermenegildo Gonçalves, em julgar o impetrante carecedor da ação e decretar a extinção do processo, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.” (MS nº 1998.00.2.001433-9. Conselho Especial. Maioria. Rel. Des. Vaz de Mello. *DJ* 3-6-99, p. 27. Acórdão registrado sob o nº 114.169).

Publicado o acórdão (*DJ* do dia 30-6-99), os Impetrantes não interpuseram recurso da decisão, operando-se o trânsito em julgado.

Por outro lado, a iniciativa do Poder Legislativo em estender a gratuidade do registro civil foi reforçada pelo advento da Lei nº 9.812, de 10 de agosto de 1999, que — ao acrescentar parágrafos ao artigo 30 da Lei nº 6.015, de 31-12-73, com a redação dada pela Lei nº 9.534, de 10-12-97, e inciso VI ao artigo 39 da Lei nº 8.935, de 18-11-94 — estabeleceu as penalidades de repreensão, multa, suspensão e perda da delegação no caso de ser comprovado o descumprimento, pelos oficiais de Cartórios de

Registro Civil, do disposto no *caput* do artigo 30 da Lei nº 6.015/73, e, na reiteração do descumprimento, a extinção da delegação.

A ADIn nº 1.800-1/DF, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, continua aguardando decisão quanto ao mérito.

**INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 8.738/97
4ª TURMA CÍVEL**

Relator: EXMO. SR. DES. EDSON ALFREDO SMANIOTTO

Agravante/Suscitante: ESPÓLIO DE E. A.

Agravado: I. B. M.

PARECER Nº 439/97-PGJ

Ementa: — Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Agravo de Instrumento

I — Arguição pela parte agravante — art. 476, § único do CPC.

II — Interpretação do art. 526 do CPC — admissibilidade, teses divergentes entre Turmas do Tribunal de Justiça do DF (art. 476, I, CPC)

III — Entendimento adotado pela 3ª Turma Cível, em consonância com a melhor doutrina e a jurisprudência atual.

IV — A finalidade da norma estatuída no art. 526, CPC — é comunicar ao juiz *a quo* a interposição do Agravo e ensejar o juízo de retratação.

— A falta da juntada no prazo de três dias, de cópia do Agravo interposto, nos autos do processo não acarreta a pena de “deserção”, e muito menos o não-conhecimento do recurso, pois o CPC trata da questão como ônus do agravante e não cri-

ou qualquer sanção em caso de não cumprimento pelo recorrente.

V — Divergência que merece acolhida pelo Tribunal, na forma do art. 477 do CPC, devendo prevalecer a tese emanada da 3ª Turma Cível do TJDF.

— Parecer pelo conhecimento e acolhimento do

— incidente na forma requerida na inicial.

RELATÓRIO

Cuida-se de “*Incidente de Uniformização de Jurisprudência*” suscitado pelo espólio de E.A., no julgamento do Agravo de Instrumento nº 8.738/97, em curso perante a 4ª Turma Cível do TJDF. A Agravante fundamenta o pedido, nos arts. 476, I do CPC e 233 do RITJ — DF.

A questão que suscitou o incidente é a interpretação da 4ª Turma Cível ao disposto no artigo 526 do Código de Processo Civil. O Requerente alega que somente providenciou a juntada de cópia do Agravo, após o transcurso de 03 (três) dias, que ocorreu um “*lapsos*” por parte dos seus patronos, e que por esta razão, a falta da juntada naquele prazo poderá acarretar o não-conhecimento do recurso, consoante entendimento reiterado da 4ª Turma Cível do TJDF (AI — 6.487/96).

O Requerente traz a confronto vários arestos das 1ª e 3ª Turmas Cíveis do TJDF, para comprovar a divergência jurisprudencial a respeito da interpretação do artigo 526 do CPC.

Argumenta que a melhor orientação jurisprudencial é aquela dos acórdãos divergentes mencionados (fls. 79-80), ao entendimento de que no caso não se aplica o art. 511 do CPC, porque não se trata de hipótese de “*deserção*”. Cita acórdãos do E. Superior Tribunal de Justiça.

Assevera a “*insustentabilidade dos fundamentos que arrimam a jurisprudência prevalente na Eg. 4ª Turma Cível*”, citando doutrina a respeito da matéria, e dizendo que ... “*o bem maior a ser preservado no procedimento em tela é a garantia do contraditório efetivo e proveitoso*” (fl. 83).

Ressalta afinal “*total ausência de prejuízo*” (fl. 84), ao argumento de que o descumprimento no caso em tela, do disposto do art. 526 foi “*parcial*” e não total, eis que

o Requerente procedeu à juntada, embora com atraso, da petição do recurso, a qual foi recebida no Gabinete do eminente Relator.

Salienta outrossim que não houve prejuízo à defesa dos agravados, porque a intimação foi publicada no *DJ* no dia 1º de setembro, e os agravados não alegaram nenhum prejuízo.

Conclui que não há razão para que subsista o entendimento jurisprudencial da 4ª Turma Cível do E. TJDF, cabendo àquela Corte a solução mais justa à hipótese.

Anexou aos autos os acórdãos de fls. 86-168.

A “*Certidão de Julgamento*” (fl. 170) da 4ª Turma Cível, de 21-10-97 contém a seguinte decisão:

“Admitida a divergência e o processamento do incidente de uniformização, suspendendo-se o julgamento. Unânime.”

É o relatório.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

FUNDAMENTOS DE DIREITO

I

PRESSUPOSTO DA QUESTÃO DA DIVERGÊNCIA DE JULGADOS DO MESMO TRIBUNAL

Transcrevo neste item, parte de artigo de minha autoria e de meu eminente colega Promotor de Justiça, Dr. Vítor Fernandes Gonçalves, a respeito do tema do “*Incidente de Uniformização de Jurisprudência. A Faculdade de o Ministério Público suscitar o Incidente*”, publicado na Revista da Fundação Escola Superior do MPDFT, nº 4, julho/dezembro — 1994, fls. 179-186:

“O pressuposto relevante da ‘questão divergente’ de que trata o art. 476 referido, surge na hipótese em que por ocasião do julgamento de recurso ou de processo, de competência originária do Tribunal, se verifica que ocorre a divergência. Portanto, faz-se necessário que a parte ou o juiz a alegue; e alegada a divergência, transforma-se em “*questão*” a ser resolvida, de conformidade com uma das interpretações conflitantes, sem o que seria impossível ao órgão judicial solucionar o litígio.

No caso do inc. I do art. 476, a expressão “*quando verificar que a seu respeito ocorre divergência*” abrange tanto a hipótese de divergência preexistente ao julgamento, como a da divergência criada no próprio julgamento. Nessa segunda hipótese, evitar-se-ia a divergência infundada, e ao mesmo tempo, propiciaria a divergência fundada, e a evolução da Jurisprudência, finalidade própria do instituto da uniformização.”

No dizer do processualista José Carlos Barbosa Moreira:

“Indispensável é que a discrepância se configure entre *teses jurídicas*. Unicamente a solução de *quaestiones iuris* é relevante neste contexto. A discrepância precisa referir-se à questão de direito de cuja solução *dependa* o julgamento da matéria submetida à turma, à câmara ou ao grupo. Não se trata de dirimir controvérsias teóricas, mas de assegurar a uniformidade de aplicação do direito a casos concretos.” (in “*Comentários ao Código de Processo Civil*”, ed. Forense, 1974, vol. V/18, grifos no original).

“A faculdade das partes para suscitar o incidente está prevista no parágrafo único do art. 476. O requerimento da parte interessada pressupõe obviamente divergência de julgamentos anteriormente configurada, após satisfeitos os pressupostos do incidente. ‘*Parte*’ nos termos do art. 476 é o recorrente ou o recorrido, e igualmente o Ministério Público, por analogia ao disposto no art. 499, § 2º do CPC.”

“O art. 476 do CPC estatui que ‘*competete a qualquer juiz*’, quando verificar existir divergência jurisprudencial em um dado assunto levado ao seu exame, solicitar o pronunciamento do Tribunal acerca da interpretação do direito. Não se trata aí de mera faculdade. Veja-se que no parágrafo único do mesmo art. 476, o legislador inseriu as palavras ‘*a parte poderá*’ requerer o pronunciamento do Tribunal. Então, se o legislador desejasse que ao juiz fosse tão-somente concedida uma faculdade para agir de ofício, também teria dito que o juiz ‘*poderia*’ assim agir. Mas não. Dispõe a lei ‘*competete*’ ao juiz agir de ofício. Há uma notória diferença nos dois casos. No do juiz, o sentido é de incumbência.

Assim, há claramente um interesse público na uniformização da jurisprudência.”

Com estas considerações, passo ao exame de fundo da *quaestio juris* posta em discussão.

II

A Divergência Jurisprudencial a Respeito da Interpretação do art. 526 do CPC

Análise dos Fundamentos Jurídicos Contidos nos Arestos Trazidos à Colação

Da análise procedida nos fundamentos dos acórdãos trazidos a confronto de teses, não resta qualquer dúvida de que deve prevalecer o entendimento adotado pela Egrégia Terceira Turma Cível do TJDF quanto à aplicação do art. 526 do CPC e seus efeitos.

Em verdade, a norma do art. 526 não poderia jamais ter como efeito a “deserção” de que trata o art. 511 do CPC, por se tratar esta de instituto absolutamente diverso do estatuído no art. 526.

Registre-se o voto do eminente Desembargador Campos Amaral proferido no Agravo de Instrumento nº 7.614/96 (fl. 138) *in verbis*:

“A finalidade da norma insculpida no art. 526 do CPC é abrir ao juiz que proferiu a decisão agravada a oportunidade para, assim querendo, exercer o juízo de retratação. Uma vez não atendida, a única consequência é a impossibilidade de retratação no caso de o Tribunal não requisitar informações. É um ônus do agravante, mas não uma obrigação, e muito menos uma condição de procedibilidade do agravo que tramita perante a segunda instância.”

No mesmo sentido é a “ementa” do acórdão prolatado no AI — 7.740/97 da E. 3ª Turma Cível (fls. 142-152).

Adotando a opinião dos mais ilustres processualistas, Nelson Nery Júnior, em comentários ao art. 526 do CPC, elucida:

“O objetivo da norma é dar condições para que o juízo ‘a quo’ tome ciência da interposição do agravo e possa, querendo, proferir juízo de retratação da decisão agravada. Neste sentido: Dinarmarco, “Reforma”, 288; Carreira Alvim, “Novo Agravo”, 102. A retratação no Agravo de Instrumento é possível, segundo se infere do sistema (v. CPC — 529). A ciência dada ao juízo recorrido, por comunicação do tribunal é facultativa (CPC, 527, I).” (*in* “Código de Processo Civil Comentado”, ed. 1997, p. 770).

E acrescenta enfático:

“A única finalidade dessa providência, é, realmente, dar ciência ao juízo *a quo* da interposição do recurso a fim de que, querendo, possa re-

tratar-se. É ilegal, contra o sistema do Código, não conhecer-se do agravo, porque não houve a comunicação de que trata a norma comentada.” (obra citada, p. 770).

Vale transcrever, jurisprudência atualíssima do E. Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito do tema:

“Não é obrigação, mas sim ônus do agravante, a comunicação ao juízo de primeiro grau de que o agravo foi interposto, sendo, portanto, facultativa. Caso o agravante não comunique, terá contra si apenas a impossibilidade de o juiz retratar-se, não podendo ser apenado com o não conhecimento do agravo, pena essa não prevista em lei como consequência da não comunicação.” (TJSP — Câmara Especial, Ag. 34838-0/8, julgado em 10-4-1997, Des. Luís de Macedo).

Como ressaltado por Sérgio Bermudes, *in verbis*:

“A falta de juntada da cópia do agravo, prevista no art. 526, ou o descumprimento dos requisitos ali estabelecidos, não acarretará para o agravante consequência outra que obstar ao juízo de retratação. Não prejudicará a admissibilidade do agravo no tribunal. A norma agora analisada destina-se a permitir a revisão da decisão agravada pelo próprio juiz, que a proferiu, tanto assim que o art. 529 prevê a possibilidade de retratação.” (in “*A Reforma do Código de Processo Civil*”, ed. 1996, p. 91)

Na lição do processualista Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar da finalidade da norma do art. 526:

“A primeira e mais intuitiva finalidade com que foi ditada essa norma é a de propiciar ao juiz o ‘juízo de retratação’, que é do interesse do próprio agravante. Por isso, o retardamento ou omissão no cumprimento de tal preceito não será fatal a este, nem obstará ao conhecimento do agravo interposto. A ciência ao agravado não se dá por esse caminho, mas por intimação a partir do próprio instrumento do agravo, determinada pelo relator, e não pelo juiz *a quo*.” (in “*A Reforma do Código de Processo Civil*”, ed. 1995, p. 288)

Como se percebe, a melhor doutrina é uníssona no sentido de que a norma do art. 526 do CPC tem por finalidade precípua dar condições ao juiz *a quo*, de *proceder à retratação*, o que à evidência, é de interesse do próprio agravante.

Por estes fundamentos, o Ministério Público do Distrito Federal oficia pelo *conhecimento e procedência* do incidente suscitado, para que seja adotada por essa Egrégia Corte de Justiça a doutrina da 3ª Turma Cível.

Brasília, 6 de novembro de 1997.

OLINDA ELIZABETH CESTARI GONÇALVES
PJ — Assessora da Procuradoria-Geral de Justiça

APROVO:

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal

O incidente ainda não foi objeto de decisão pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1998081000548-3
(3ª TURMA CÍVEL)**

PARECER Nº 212/99

Apelante: E.S.C. E OUTRO, REPRESENTADOS POR J.J.S.

Apelado: G.D.C.

Relator: DESEMBARGADOR NÍVIO GONÇALVES

Trata-se de apelação interposta contra sentença proferida pelo juízo da Vara de Família, Órfãos e Sucessões do Paranoá/DF, em sede de ação de execução de alimentos, em que o juízo *a quo* houve por bem extinguir o processo sem apreciação do mérito ante a ausência do competente título executivo.

Inconformados, sustentam os apelantes que, ao contrário do que entendeu o juízo monocrático, os acordos extrajudiciais referendados pelo Ministério Público constituem título executivo. Salientam que o dispositivo do artigo 57, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, transcende os limites da própria LJE. Invoca parecer da Assessoria Cível do MPDFT corroborando a argumentação.

Continuam o apelo ressaltando que, por meio da Portaria nº 269/97, o MPDFT criou a Promotoria de Justiça da Defesa do Cidadão e da Comunidade — PROCIDADÃ, conferindo-lhe atribuições, dentre as quais a de promover e referendar acordos escritos entre as partes interessadas, com validade de título executivo extrajudicial. Procuram mostrar, ainda, que, em se tratando de execução de alimentos, não há que se fazer distinção entre título executivo judicial e título executivo extrajudicial decorrente de acordo referendado pelo órgão ministerial.

Alegam, por último, a falta de utilidade de documento referendado pelo *parquet* se houvesse a necessidade de homologação judicial.

É o relatório.

Recurso cabível e tempestivo. Presentes os demais requisitos de admissibilidade, merece ser conhecido.

A r. decisão recorrida, negando executoriedade ao acordo referendado pelo Ministério Público ofendeu frontalmente o artigo 129, IX, da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que negou vigência ao artigo 585, II do Código de Processo Civil e artigo 57, parágrafo único da Lei nº 9.099/95, não merecendo, portanto, confirmação.

É indubitoso que a edição da Lei nº 9.099/95 teve por finalidade precípua a agilitação da prestação jurisdicional em um País que, por dificuldades principalmente de ordem material e instrumental — rigorismo de formas processuais e excesso de recursos — às vezes tanto tarda a declarar o direito que equivale a negar-se ao dever estatal indeclinável de prestar a jurisdição.

É certo que o § 2º do artigo 3º da supramencionada lei exclui de sua abrangência as causas de natureza alimentar, pois é sabido que o direito à percepção de alimentos é indisponível e irrenunciável.

Quando, porém, a questão se cinge ao *quantum* dos alimentos, é perfeitamente admissível a transação prevista no artigo 1.025 do Código Civil.

Aplica-se àquele dispositivo — artigo 3º — quando há litígio, o que não é o caso que ora se comenta.

Aliás, os artigos 16, 17 e 19 da Lei nº 5.478/68 — Alimentos — utilizam os termos *sentença* ou *acordo*, sendo evidente que este último é título executivo extrajudicial, já que, quando feito em juízo ou a ele trazido, é homologado por sentença, resultando em título executivo judicial.

No presente caso não se afirmou, nem se poderia, que o acordo fora firmado em juizado especial, porque não o foi sob o rito da Lei nº 9.099/95.

Tão somente foi firmado com suporte no artigo 57, parágrafo único, o qual transcende o âmbito da lei dos Juizados Especiais, consoante vêm reconhecendo a doutrina e a jurisprudência.

De fato, Teotônio Negrão, ao comentar o prefalado artigo 57, *in* Código de Processo Civil e legislação em vigor, em 27ª edição, fl. 963, assim se manifesta:

“Art. 57: 9. Também este parágrafo se refere a causas de qualquer valor, ainda que excedentes da alçada prevista para o juizado especial”.

Temos ainda as seguintes decisões:

“Esta disposição transcende, de muito, o âmbito do juizado especial, porque se aplica a todo e qualquer acordo (= transação) extrajudicial ainda que de valor superior a 40 salários mínimos”. (RT 687/112)

“Não se aplica tão só aos acordos pactuados no juizado especial que digam respeito às matérias elencadas no art. 3º da LJE”. (RT 672/152)

“De qualquer natureza ou valor significa que qualquer acordo, sobre qualquer matéria, pode ser homologado no juízo competente, segundo sua natureza e valor salvo se o acordo visar a objeto vedado em lei”. (RJTESP 127/169)

Impende ressaltar-se que o artigo 585, II do Código de Processo Civil já conferia *status* de título executivo extrajudicial a instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, sem impor limite acerca da natureza da lide ou de seu valor.

Saliente-se, ainda, que acordos semelhantes são referendados cotidianamente no âmbito da Promotoria de Justiça de Defesa do Cidadão contribuindo para o desempenho da máquina estatal.

Com suporte nessas razões, o Ministério Público propugna pelo conhecimento e provimento do apelo, com o reconhecimento da executoriedade do título executivo para dar-se prosseguimento à ação de execução.

Brasília-DF, 7 de junho de 1999.

FRANCISCA SOARES DA SILVA
Procuradora de Justiça

**TERCEIRA TURMA CÍVEL
APC — APELAÇÃO CÍVEL**

PROCESSO Nº 8.548/99

Apelantes: E. S. C. REPRESENTADO POR J. J. S. E G. D. C

Relator: DESEMBARGADOR NÍVIO GONÇALVES

Revisor: DESEMBARGADOR WELLINGTON MEDEIROS

Ementa: Execução de alimentos. Art. 57 e parágrafo único da Lei nº 9.099/95. aplicação transcendente à órbita dos juizados especiais. acordo Referendado Pelo Ministério Público. Recurso provido.

I — A despeito de inseridos na Lei nº 9.099/95, o art. 57 e seu parágrafo podem ser aplicados às causas excluídas da competência dos Juizados Especiais, em razão da natureza da lide ou do valor excedente a quarenta salários mínimos.

II — Acordo de alimentos referendado pelo Ministério Público constitui título hábil a embasar a respectiva execução.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Nívio Gonçalves — Relator, Wellington Medeiros — Presidente e Revisor e Jeronymo de Souza — Vogal, em conhecer. Dar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 19 de agosto de 1999.

Desembargador WELLINGTON MEDEIROS
Presidente

Desembargador NÍVIO GONÇALVES
Presidente Relator

RELATÓRIO

Trata-se de execução de prestação alimentícia, embasada em acordo extrajudicial referendado pelo Ministério Público, na qual os exequêntes alegam o descumprimento do pactuado pelo executado, que teria deixado de pagar a pensão mensal, no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais), relativa aos meses de dezembro/98, janeiro/99 e fevereiro/99, totalizando o débito, acrescido de juros e de correção monetária, o valor de R\$ 152,04 (cento e cinquenta e dois reais e quatro centavos).

Instado a manifestar-se sobre o título que aparelha a execução, opinou o Ministério Público pela extinção do processo sem exame do mérito, ao argumento de que o acordo não teria força executiva, por tratar de matéria alimentar, excluída expressamente da competência dos Juizados Especiais, não sendo aplicável ao caso o art. 57 da Lei nº 9.099/95.

A MM. Juíza a quo, sentenciando o feito, entendeu incabível execução fundada em acordo de alimentos não homologado judicialmente.

Outrossim, sustentou não ser atribuição do Ministério Público referendar acordo de alimentos com base no art. 57 da Lei nº 9.099/95, pois esta própria lei exclui da competência dos Juizados Especiais as causas de natureza alimentar.

Assim, indeferiu a inicial por impossibilidade jurídica do pedido, diante da inexistência de título executivo, requisito indispensável a toda execução.

Irresignados, apelam os exequêntes sob os seguintes fundamentos:

- 1) o art. 585, II do Código de Processo Civil teria erigido à categoria de título executivo os acordos extrajudiciais referendados pelo Ministério Público;
- 2) o art. 57 da Lei nº 9.099/95 transcenderia os limites da própria lei dos Juizados Especiais, vez que esta teria sido usada apenas como veículo de publicização dos institutos de homologação e referendo de acordos extrajudiciais;
- 3) o art. 16 da Lei nº 5.478/68 não faria distinção entre título executivo judicial e extrajudicial, além de seu art. 19 não afastar a legitimidade do título executivo extrajudicial para fins de prisão do devedor de alimentos;
- 4) seria desnecessária a homologação judicial do acordo referendado pelo Ministério Público, visto que a lei não imporia tal exigência e que esta medida retiraria a

utilidade do referendo, ao submeter o acordo a um segundo procedimento, desta vez judicial e mais demorado;

5) a aplicação da regra do parágrafo único do art. 57 da Lei nº 9.099/95 aos acordos extrajudiciais de alimentos representaria grande avanço para a agilização da prestação jurisdicional, e colaboraria para o desafogamento do Poder Judiciário.

Assim, concluindo ser o acordo referendado pelo *parquet* título executivo extrajudicial, em conformidade com o ordenamento jurídico, requerem o provimento do apelo para, reconhecendo sua força executiva, reformar-se a sentença impugnada.

A Procuradoria de Justiça oferta parecer pelo provimento do recurso, para que se prossiga na execução, pois, a seu ver, o *decisum* teria ofendido o art. 129, IX da Constituição Federal e negado vigência ao art. 585, II do CPC e ao art. 57, parágrafo único da Lei nº 9.099/95.

Afirma não ter sido o acordo em questão firmado no Juizado Especial, sob o rito da lei supracitada, mas apenas com suporte no parágrafo único de seu art. 57, que transcederia o âmbito da mesma, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Assevera que o art. 585, II do CPC já conferia *status* de título executivo extrajudicial ao instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, sem impor limite acerca da natureza da lide ou de seu valor.

Finalmente, aduz que os arts. 16, 17 e 19 da Lei de Alimentos utilizam os termos sentença e acordo, sendo evidente que o último somente poderia referir-se ao título executivo extrajudicial, pois se a transação fosse feita em juízo ou fosse por ele homologada resultaria numa sentença, num título executivo judicial.

Por essas razões, opina pelo provimento da apelação.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTOS

O Senhor Desembargador Nívio Gonçalves — Relator — Conheço da apelação porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de execução de prestações alimentícias, cuja inicial foi indeferida e o processo extinto, sem julgamento do mérito, ao fundamento de que o acordo de alimentos referendado pelo Ministério Público não teria força executiva.

Estabelece o § 2º do art. 3º da Lei nº 9.099/95, *verbis*:

“Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pú-

blica, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho profissional”. (negritei)

Logo, iniludivelmente, não tem o Juizado Especial Cível competência para julgar ações que versem sobre alimentos.

Todavia, o acordo em questão não foi firmado perante o Juizado Especial e tampouco foi a execução lá ajuizada.

Na hipótese *sub examine*, a mãe dos exeqüentes compareceu à Promotoria de Defesa da Comunidade reclamando pensão alimentícia para seus filhos.

Notificado, compareceu o executado à referida Promotoria, onde foi firmado o acordo de alimentos, no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais) mensais, devidamente referendado pelo órgão do *parquet*, nos termos do art. 57, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.

Asseverou o MM. Juiz *a quo* não ser atribuição do Ministério Público referendar acordo de alimentos invocando o artigo supracitado, em face da exclusão expressa de causas de natureza alimentar da competência dos Juizados.

Entretanto, inobstante encontrarem-se o art. 57 e seu parágrafo único inseridos na Lei nº 9.099/95, os mesmos podem ser aplicados nas causas que não sejam de competência dos Juizados Especiais, em razão da natureza da lide ou do valor excedente a 40 (quarenta) salários mínimos.

Dispõe o *caput* do art. 57 que “*o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial*”. (negritei)

Já seu parágrafo único reza que “*valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público*”.

A expressão “de qualquer natureza ou valor” evidencia, claramente, a aplicação desses dispositivos legais às causas excluídas da competência do Juizado Especial Cível.

Aliás, como é sabido, a Lei nº 9.099/95 contém artigos que têm aplicação transcendente à órbita dos Juizados Especiais.

Nesse sentido são as notas ao art. 57 da multicitada lei, colacionadas por Theotônio Negrão, em seu Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 30ª edição, Editora Saraiva, *verbis*:

“Esta disposição transcende, de muito, o âmbito do Juizado Especial, porque se aplica a todo e qualquer acordo (= transação) extrajudi-

cial, ainda que de valor superior a 40 salários mínimos (RT 687/112)” (Nota 1)

“De qualquer natureza ou valor’ significa que qualquer acordo, sobre qualquer matéria, pode ser homologado no juízo competente, segundo sua natureza e valor, salvo se o acordo visar a objetivo vedado por lei. (RJTJESP 127/169, a citação é da p. 170).

Por outras palavras: o art. 57 ‘não se aplica tão-só aos acordos pactuados no juizado especial que digam respeito às matérias elencadas’ no art. 3º do LJE (RT 672/152)” (nota 2) (p. 1359)

Portanto, o fato do acordo versar sobre alimentos não impede que, referendado pelo órgão competente do *parquet*, valha como título executivo extrajudicial, nos exatos termos do parágrafo único do art. 57 da Lei nº 9.099/95.

Outrossim, antes mesmo da edição dessa lei, o próprio Código de Processo Civil, em seu art. 585, II, já previa a mesma força executiva à transação referendada pelo Ministério Público, *litteris*:

“Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

(*omissis*)

II — ...; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;”

Analisando este dispositivo legal, afirma Sérgio Shimura, em sua obra Título Executivo, Ed. Saraiva, 1997, p. 289, *in verbis*:

“A última parte do atual inc. II do art. 585, CPC, inclui o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores com o referendo, dispensando-se testemunhas.

Com pertinência ao Ministério Público, a idéia não é nova. O art. 55 da Lei nº 7.244/84 (JEPC) já previa a possibilidade de o representante do Ministério Público referendar acordos entre as partes. E também o art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 (LACP) já estatuiu o compromisso de ajustamento feito pelo órgão ministerial ou por outro órgão público legitimado.”

Por conseguinte, não é apenas a Lei dos Juizados Especiais que confere, ao acordo referendado pelo *parquet*, força executiva, mas, também, o próprio Estatuto Processual Civil, sendo certo que em nenhum dos diplomas legais foi feita qualquer restrição à natureza da causa a ser pactuada, como a alimentar, que admite transação em relação ao seu *quantum*.

Dessarte, no caso em apreço, foi o acordo referendado pelo órgão ministerial transformado em título executivo extrajudicial, não se podendo falar em falta de título a embasar a execução.

Quanto ao argumento de ser incabível execução de alimentos, cujo acordo não tenha sido homologado judicialmente, o mesmo não prospera. Infere-se dos arts. 16, 17 e 19 da Lei nº 5.478/68, que a execução de alimentos tanto pode basear-se em sentença como em acordo realizado entre as partes. Tal acordo, a toda evidência, não é o homologado judicialmente, pois, do contrário, não seria qualificado como acordo, mas, sim, como sentença, que é título executivo judicial.

Ademais, se para ter eficácia executiva o acordo extrajudicial necessitasse, obrigatoriamente, da homologação judicial, o parágrafo único do art. 57 da Lei dos Juizados Especiais perderia completamente seu sentido, assim como o art. 585, II, do CPC.

Quanto à possibilidade de executar-se acordo de alimentos, confira-se:

“Alimentos — Acordo celebrado por instrumento particular — Descumprimento da avença — Ação ajuizada nos termos da Lei Federal nº 5.478, de 1968, para o cumprimento do pactuado — Admissibilidade — Sentença confirmada. Alimentos — Fixação — Pensão arbitrada em um terço dos vencimentos reais percebidos — Sentença confirmada. TJSP — Apelação Cível nº 6.409-1 — São Paulo” (RJTJESP 73/28).

Assim, tratando-se o acordo em questão de título executivo extrajudicial, com as condições de liquidez, certeza e exigibilidade, *dou provimento ao recurso*, para que a execução tenha regular tramitação.

O Senhor Desembargador Wellington Medeiros — Presidente e Revisor — Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou extinto o processo, ante a ausência de título executivo.

Em sua fundamentação nuclear, assentou o *decisum* primário o seguinte: “*Nos exatos termos dos arts. 732 e 733 do CPC a execução de alimentos somente pode pautar-se em sentença ou decisão judicial, seja condenatória ou homologatória de acordo. Portanto, incabível a execução de alimentos fundada em acordo de alimentos não homologado judicialmente*”.

Aduz, ainda, a sentença recorrida, que “*não é atribuição do Ministério Público referendar acordo de alimentos invocando o art. 57 da Lei 9.099/95, uma vez que a própria lei em seu art. 3º, § 2º, excluiu da competência dos Juizados Especiais as causas de natureza alimentar*”.

Não comungo do entendimento supra.

De efeito, cumpre esclarecer que a ação executória não foi proposta perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, mas, sim, perante o Juiz da Vara de Família, não havendo se falar em violação ao art. 57 da Lei nº 9.099/95.

Ora, o art. 57, *caput*, da Lei 9.099/95, fala em acordo extrajudicial de “qualquer natureza ou valor”, sendo óbvio que o seu comando extrapola o âmbito de competência exclusiva dos juizados de pequenas causas para abarcar, também, a competência do juízo comum nas causas não compreendidas no art. 3º, daquela aludida lei.

Nesse sentido, e de forma esclarecedora, enfatiza, o insigne Yussef Said Cahali (*in Dos Alimentos*, RT, 3ª ed., p. 876), *verbis*:

“Por outro lado, dispõe o art. 55 da Lei nº 7.244/84, que o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independente do termo, valendo a sentença como título executivo judicial. Esta disposição transcende, de muito, o âmbito do juizado especial, porque se aplica a todo e qualquer tipo de acordo extrajudicial, ainda que de valor superior a 20 salários mínimos. Portanto, a homologação deve ser pleiteada, no juízo especial, se dentro da competência deste (arts. 3º e 8º) e no juízo comum em todas as demais hipóteses. Não estando o presente pedido enquadrado entre as pequenas causas, restaria a segunda hipótese, ou seja, o pedido de homologação dirigido ao juízo comum”.

Não há, pois, como se advogar a tese de que o art. 57 da Lei nº 9.099/95, teria o seu âmbito restrito às pequenas causas, quando o seu próprio teor, claramente, evidencia aplicação mais abrangente. É preciso, como adverte Yussef Said Cahali (ob. cit., p. 876), citando decisão do TJSP, que “o Poder Judiciário se envolva nessa ‘onda renovatória’ do direito processual, que pretende torná-lo aderente à realidade social e às exigências da sociedade moderna, fugindo a soluções estritamente técnicas e a manifestações de uma mentalidade não condizente com o escopo de pacificação social que está à base de todo o sistema”.

Superada a temática da competência, resta apreciar, então, se o título extrajudicial chancelado apenas pelo Ministério Público possui, nos termos da lei, executividade.

E, nesse particular, dispõe o art. 585, inc. II, do CPC, com a nova redação da Lei nº 8.953/94, que se constitui em título executivo extrajudicial “o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores”.

A disposição do parágrafo único do art. 57 da Lei nº 9.099/95, tão-somente repete tal disposição legal, ao assentar que “Valerá como título executivo extrajudicial o

acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público”.

É bem verdade que, como decidido na origem, o procedimento de execução especial previsto nos arts. 732 e seguintes do CPC refere-se, como ali estampado, a título executivo judicial.

Nada impede, todavia, a meu sentir, que o acordo de alimentos homologado pelo Ministério Público seja executado, enquanto título executivo extrajudicial, sob o procedimento comum e geral apontado pelos arts. 646 e seguintes, do CPC.

Com essas considerações, *dou provimento* ao recurso, para cassar a sentença, determinando o regular prosseguimento da execução.

É o meu voto.

O Senhor Desembargador Jeronymo de Souza — Vogal — Com a Turma.

DECISÃO

Conhecido. Deu-se provimento. Unânime. Em 19-8-99.

**TERCEIRA TURMA CÍVEL
APC — APELAÇÃO CÍVEL**

PROCESSO Nº 8.548/99

Apelantes: E. S. C. REPRESENTADO POR J. J. S. E G. D. C

Relator: DESEMBARGADOR NÍVIO GONÇALVES

Revisor: DESEMBARGADOR WELLINGTON MEDEIROS

Ementa: Execução de alimentos. Art. 57 e parágrafo único da Lei nº 9.099/95. aplicação transcendente à órbita dos juizados especiais. acordo Referendado Pelo Ministério Público. Recurso provido.

I — A despeito de inseridos na Lei nº 9.099/95, o art. 57 e seu parágrafo podem ser aplicados às causas excluídas da competência dos Juizados Especiais, em razão da natureza da lide ou do valor excedente a quarenta salários mínimos.

II — Acordo de alimentos referendado pelo Ministério Público constitui título hábil a embasar a respectiva execução.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Nívio Gonçalves — Relator, Wellington Medeiros — Presidente e Revisor e Jeronymo de Souza — Vogal, em conhecer. Dar provimento. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 19 de agosto de 1999.

Desembargador WELLINGTON MEDEIROS
Presidente

Desembargador NÍVIO GONÇALVES
Presidente Relator

RELATÓRIO

Trata-se de execução de prestação alimentícia, embasada em acordo extrajudicial referendado pelo Ministério Público, na qual os exequêntes alegam o descumprimento do pactuado pelo executado, que teria deixado de pagar a pensão mensal, no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais), relativa aos meses de dezembro/98, janeiro/99 e fevereiro/99, totalizando o débito, acrescido de juros e de correção monetária, o valor de R\$ 152,04 (cento e cinquenta e dois reais e quatro centavos).

Instado a manifestar-se sobre o título que aparelha a execução, opinou o Ministério Público pela extinção do processo sem exame do mérito, ao argumento de que o acordo não teria força executiva, por tratar de matéria alimentar, excluída expressamente da competência dos Juizados Especiais, não sendo aplicável ao caso o art. 57 da Lei nº 9.099/95.

A MM. Juíza a quo, sentenciando o feito, entendeu incabível execução fundada em acordo de alimentos não homologado judicialmente.

Outrossim, sustentou não ser atribuição do Ministério Público referendar acordo de alimentos com base no art. 57 da Lei nº 9.099/95, pois esta própria lei exclui da competência dos Juizados Especiais as causas de natureza alimentar.

Assim, indeferiu a inicial por impossibilidade jurídica do pedido, diante da inexistência de título executivo, requisito indispensável a toda execução.

Irresignados, apelam os exequêntes sob os seguintes fundamentos:

- 1) o art. 585, II do Código de Processo Civil teria erigido à categoria de título executivo os acordos extrajudiciais referendados pelo Ministério Público;
- 2) o art. 57 da Lei nº 9.099/95 transcenderia os limites da própria lei dos Juizados Especiais, vez que esta teria sido usada apenas como veículo de publicização dos institutos de homologação e referendo de acordos extrajudiciais;
- 3) o art. 16 da Lei nº 5.478/68 não faria distinção entre título executivo judicial e extrajudicial, além de seu art. 19 não afastar a legitimidade do título executivo extrajudicial para fins de prisão do devedor de alimentos;
- 4) seria desnecessária a homologação judicial do acordo referendado pelo Ministério Público, visto que a lei não imporá tal exigência e que esta medida retiraria a

utilidade do referendo, ao submeter o acordo a um segundo procedimento, desta vez judicial e mais demorado;

5) a aplicação da regra do parágrafo único do art. 57 da Lei nº 9.099/95 aos acordos extrajudiciais de alimentos representaria grande avanço para a agilização da prestação jurisdicional, e colaboraria para o desafogamento do Poder Judiciário.

Assim, concluindo ser o acordo referendado pelo *parquet* título executivo extrajudicial, em conformidade com o ordenamento jurídico, requerem o provimento do apelo para, reconhecendo sua força executiva, reformar-se a sentença impugnada.

A Procuradoria de Justiça oferta parecer pelo provimento do recurso, para que se prossiga na execução, pois, a seu ver, o *decisum* teria ofendido o art. 129, IX da Constituição Federal e negado vigência ao art. 585, II do CPC e ao art. 57, parágrafo único da Lei nº 9.099/95.

Afirma não ter sido o acordo em questão firmado no Juizado Especial, sob o rito da lei supracitada, mas apenas com suporte no parágrafo único de seu art. 57, que transcederia o âmbito da mesma, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Assevera que o art. 585, II do CPC já conferia *status* de título executivo extrajudicial ao instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, sem impor limite acerca da natureza da lide ou de seu valor.

Finalmente, aduz que os arts. 16, 17 e 19 da Lei de Alimentos utilizam os termos sentença e acordo, sendo evidente que o último somente poderia referir-se ao título executivo extrajudicial, pois se a transação fosse feita em juízo ou fosse por ele homologada resultaria numa sentença, num título executivo judicial.

Por essas razões, opina pelo provimento da apelação.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTOS

O Senhor Desembargador Nívio Gonçalves — Relator — Conheço da apelação porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de execução de prestações alimentícias, cuja inicial foi indeferida e o processo extinto, sem julgamento do mérito, ao fundamento de que o acordo de alimentos referendado pelo Ministério Público não teria força executiva.

Estabelece o § 2º do art. 3º da Lei nº 9.099/95, *verbis*:

“Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pú-

blica, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho profissional”. (negritei)

Logo, iniludivelmente, não tem o Juizado Especial Cível competência para julgar ações que versem sobre alimentos.

Todavia, o acordo em questão não foi firmado perante o Juizado Especial e tampouco foi a execução lá ajuizada.

Na hipótese *sub examine*, a mãe dos exequentes compareceu à Promotoria de Defesa da Comunidade reclamando pensão alimentícia para seus filhos.

Notificado, compareceu o executado à referida Promotoria, onde foi firmado o acordo de alimentos, no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais) mensais, devidamente referendado pelo órgão do *parquet*, nos termos do art. 57, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.

Asseverou o MM. Juiz *a quo* não ser atribuição do Ministério Público referendar acordo de alimentos invocando o artigo supracitado, em face da exclusão expressa de causas de natureza alimentar da competência dos Juizados.

Entretanto, inobstante encontrarem-se o art. 57 e seu parágrafo único inseridos na Lei nº 9.099/95, os mesmos podem ser aplicados nas causas que não sejam de competência dos Juizados Especiais, em razão da natureza da lide ou do valor excedente a 40 (quarenta) salários mínimos.

Dispõe o *caput* do art. 57 que “*o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial*”. (negritei)

Já seu parágrafo único reza que “*valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público*”.

A expressão “de qualquer natureza ou valor” evidencia, claramente, a aplicação desses dispositivos legais às causas excluídas da competência do Juizado Especial Cível.

Aliás, como é sabido, a Lei nº 9.099/95 contém artigos que têm aplicação transcendente à órbita dos Juizados Especiais.

Nesse sentido são as notas ao art. 57 da multicitada lei, colacionadas por Theotônio Negrão, em seu Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 30ª edição, Editora Saraiva, *verbis*:

“Esta disposição transcende, de muito, o âmbito do Juizado Especial, porque se aplica a todo e qualquer acordo (= transação) extrajudi-

cial, ainda que de valor superior a 40 salários mínimos (RT 687/112)” (Nota 1)

“De qualquer natureza ou valor’ significa que qualquer acordo, sobre qualquer matéria, pode ser homologado no juízo competente, segundo sua natureza e valor, salvo se o acordo visar a objetivo vedado por lei. (RJTJESP 127/169, a citação é da p. 170).

Por outras palavras: o art. 57 ‘não se aplica tão-só aos acordos pactuados no juizado especial que digam respeito às matérias elencadas’ no art. 3º do LJE (RT 672/152)” (nota 2) (p. 1359)

Portanto, o fato do acordo versar sobre alimentos não impede que, referendado pelo órgão competente do *parquet*, valha como título executivo extrajudicial, nos exatos termos do parágrafo único do art. 57 da Lei nº 9.099/95.

Outrossim, antes mesmo da edição dessa lei, o próprio Código de Processo Civil, em seu art. 585, II, já previa a mesma força executiva à transação referendada pelo Ministério Público, *litteris*:

“Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

(*omissis*)

II — ...; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;”

Analisando este dispositivo legal, afirma Sérgio Shimura, em sua obra Título Executivo, Ed. Saraiva, 1997, p. 289, *in verbis*:

“A última parte do atual inc. II do art. 585, CPC, inclui o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores com o referendo, dispensando-se testemunhas.

Com pertinência ao Ministério Público, a idéia não é nova. O art. 55 da Lei nº 7.244/84 (JEPC) já previa a possibilidade de o representante do Ministério Público referendar acordos entre as partes. E também o art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 (LACP) já estatuiu o compromisso de ajustamento feito pelo órgão ministerial ou por outro órgão público legitimado.”

Por conseguinte, não é apenas a Lei dos Juizados Especiais que confere, ao acordo referendado pelo *parquet*, força executiva, mas, também, o próprio Estatuto Processual Civil, sendo certo que em nenhum dos diplomas legais foi feita qualquer restrição à natureza da causa a ser pactuada, como a alimentar, que admite transação em relação ao seu *quantum*.

Dessarte, no caso em apreço, foi o acordo referendado pelo órgão ministerial transformado em título executivo extrajudicial, não se podendo falar em falta de título a embasar a execução.

Quanto ao argumento de ser incabível execução de alimentos, cujo acordo não tenha sido homologado judicialmente, o mesmo não prospera. Infere-se dos arts. 16, 17 e 19 da Lei nº 5.478/68, que a execução de alimentos tanto pode basear-se em sentença como em acordo realizado entre as partes. Tal acordo, a toda evidência, não é o homologado judicialmente, pois, do contrário, não seria qualificado como acordo, mas, sim, como sentença, que é título executivo judicial.

Ademais, se para ter eficácia executiva o acordo extrajudicial necessitasse, obrigatoriamente, da homologação judicial, o parágrafo único do art. 57 da Lei dos Juizados Especiais perderia completamente seu sentido, assim como o art. 585, II, do CPC.

Quanto à possibilidade de executar-se acordo de alimentos, confira-se:

“Alimentos — Acordo celebrado por instrumento particular — Descumprimento da avença — Ação ajuizada nos termos da Lei Federal nº 5.478, de 1968, para o cumprimento do pactuado — Admissibilidade — Sentença confirmada. Alimentos — Fixação — Pensão arbitrada em um terço dos vencimentos reais percebidos — Sentença confirmada. TJSP — Apelação Cível nº 6.409-1 — São Paulo” (RJTJESP 73/28).

Assim, tratando-se o acordo em questão de título executivo extrajudicial, com as condições de liquidez, certeza e exigibilidade, *dou provimento ao recurso*, para que a execução tenha regular tramitação.

O Senhor Desembargador Wellington Medeiros — Presidente e Revisor — Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou extinto o processo, ante a ausência de título executivo.

Em sua fundamentação nuclear, assentou o *decisum* primário o seguinte: “*Nos exatos termos dos arts. 732 e 733 do CPC a execução de alimentos somente pode pautar-se em sentença ou decisão judicial, seja condenatória ou homologatória de acordo. Portanto, incabível a execução de alimentos fundada em acordo de alimentos não homologado judicialmente*”.

Aduz, ainda, a sentença recorrida, que “*não é atribuição do Ministério Público referendar acordo de alimentos invocando o art. 57 da Lei 9.099/95, uma vez que a própria lei em seu art. 3º, § 2º, excluiu da competência dos Juizados Especiais as causas de natureza alimentar*”.

Não comungo do entendimento supra.

De efeito, cumpre esclarecer que a ação executória não foi proposta perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, mas, sim, perante o Juiz da Vara de Família, não havendo se falar em violação ao art. 57 da Lei nº 9.099/95.

Ora, o art. 57, *caput*, da Lei 9.099/95, fala em acordo extrajudicial de “qualquer natureza ou valor”, sendo óbvio que o seu comando extrapola o âmbito de competência exclusiva dos juizados de pequenas causas para abarcar, também, a competência do juízo comum nas causas não compreendidas no art. 3º, daquela aludida lei.

Nesse sentido, e de forma esclarecedora, enfatiza, o insigne Yussef Said Cahali (*in Dos Alimentos*, RT, 3ª ed., p. 876), *verbis*:

“Por outro lado, dispõe o art. 55 da Lei nº 7.244/84, que o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independente do termo, valendo a sentença como título executivo judicial. Esta disposição transcende, de muito, o âmbito do juizado especial, porque se aplica a todo e qualquer tipo de acordo extrajudicial, ainda que de valor superior a 20 salários mínimos. Portanto, a homologação deve ser pleiteada, no juízo especial, se dentro da competência deste (arts. 3º e 8º) e no juízo comum em todas as demais hipóteses. Não estando o presente pedido enquadrado entre as pequenas causas, restaria a segunda hipótese, ou seja, o pedido de homologação dirigido ao juízo comum”.

Não há, pois, como se advogar a tese de que o art. 57 da Lei nº 9.099/95, teria o seu âmbito restrito às pequenas causas, quando o seu próprio teor, claramente, evidencia aplicação mais abrangente. É preciso, como adverte Yussef Said Cahali (ob. cit., p. 876), citando decisão do TJSP, que “o Poder Judiciário se envolva nessa ‘onda renovatória’ do direito processual, que pretende torná-lo aderente à realidade social e às exigências da sociedade moderna, fugindo a soluções estritamente técnicas e a manifestações de uma mentalidade não condizente com o escopo de pacificação social que está à base de todo o sistema”.

Superada a temática da competência, resta apreciar, então, se o título extrajudicial chancelado apenas pelo Ministério Público possui, nos termos da lei, executividade.

E, nesse particular, dispõe o art. 585, inc. II, do CPC, com a nova redação da Lei nº 8.953/94, que se constitui em título executivo extrajudicial “o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores”.

A disposição do parágrafo único do art. 57 da Lei nº 9.099/95, tão-somente repete tal disposição legal, ao assentar que “Valerá como título executivo extrajudicial o

acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público”.

É bem verdade que, como decidido na origem, o procedimento de execução especial previsto nos arts. 732 e seguintes do CPC refere-se, como ali estampado, a título executivo judicial.

Nada impede, todavia, a meu sentir, que o acordo de alimentos homologado pelo Ministério Público seja executado, enquanto título executivo extrajudicial, sob o procedimento comum e geral apontado pelos arts. 646 e seguintes, do CPC.

Com essas considerações, *dou provimento* ao recurso, para cassar a sentença, determinando o regular prosseguimento da execução.

É o meu voto.

O Senhor Desembargador Jeronymo de Souza — Vogal — Com a Turma.

DECISÃO

Conhecido. Deu-se provimento. Unânime. Em 19-8-99.

PARECER N° 055/97-PGJ

CONSELHO DA MAGISTRATURA HBC — HABEAS CORPUS 07475/96

Relator: DESEMBARGADOR WALDIR LEÔNIO JÚNIOR

Impetrante: ADVOGADO VICENTE DE PAULO TORRES DA PENHA

Autoridade COATORA: JUIZ DE DIREITO DA SÉTIMA VARA CRIMINAL DA CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA ESPECIAL DE BRASÍLIA (DF)

Paciente: C.C.C.

Direito Constitucional e Direito Processual Penal. *Habeas Corpus*.

1. A notificação para a apresentação de alegações finais a advogado constituído não se faz pessoalmente, mas pela só publicação do ato notificatório no órgão oficial (CPPB, art. 370, § 2º).

2. Deixando o advogado constituído de apresentar, a tempo e modo, as alegações finais, impõe-se a nomeação de defensor para o ato (CPPB, art. 265, parágrafo único).

3. No caso de réu que responde em liberdade à imputação penal, a intimação da sentença penal condenatória se opera validamente se dela toma ciência pessoal o advogado por aquele constituído (CPPB, art. 392, inc. II).

4. Justifica-se a imposição de pena corporal acima do mínimo legal se na condenação se reconhece a continuidade delitiva (CPB, art. 71). Sentença que, ademais,

obediente às prescrições do CPB, art. 59, não carece de fundamentação quanto ao limite da pena fixada.

Col. Conselho

RELATÓRIO

1. Cuida-se de pedido de ordem de *habeas corpus* liberatório, com pretensão liminar satisfeita (fl. 55), deduzido pelo advogado, doutor Vicente Paulo Torres da Penha, em favor de C.C.C. (fls. 2-6).

O impetrante noticia que a paciente se encontra recolhida ao Núcleo de Custódia de Brasília (NCB), onde cumpre pena de três (3) anos e três (3) meses de reclusão, em regime semi-aberto, à conta de condenação nas penas do CPB, art. 171, *caput* c.c. o art. 71. Aduz que a noticiada pena frutificou em processo-crime eivado de vícios, porquanto: a) foi dado defensor dativo à paciente — do corpo da d. Assistência Judiciária — em sede de alegações finais, sem que houvesse prévia intimação pessoal do advogado por aquela constituído nos autos e sem que a indigitada paciente fosse consultada acerca do seu interesse em contratar outro defensor; b) não foi a paciente regularmente intimada da r. sentença condenatória que está a cumprir, desde que foi intimada não da mencionada sentença, mas para comparecer em juízo a fim de ser da mesma cientificada, sem que se promovesse, também, a intimação do defensor dativo adrede designado; c) foi a paciente condenada em pena fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação, o que faz nula a r. sentença condenatória.

O pedido de ordem vem instruído com cópias reprográficas de peças do processo-crime a que respondeu a paciente (fls. 7-22).

2. Autuado e distribuído o feito, foi o impetrante concitado a emendar o pedido inicial, a fim de designar a autoridade de onde promanaria a coação apontada (fl. 24). O que foi feito (fl. 25), designando-se por coator o Juiz de Direito da Sétima Vara Criminal da Circunscrição Judiciária Especial de Brasília (DF).

3. Em termos o feito, foi determinada a coleta de informações, onde também se resguardou o em. Relator, para apreciar o pedido liminar após a apresentação daquelas (fl. 26).

As informações foram devidamente apresentadas, pelo Juiz de Direito, doutor *João Batista Teixeira*, onde se anotou que (fl. 29):

“1) Instaurou-se inquérito policial em 11 de dezembro de 1986, iniciado mediante portaria perante a 1ª DP, indiciando a ora paciente (doc. nº 01);

2) O Órgão do Ministério Público ofereceu denúncia contra a ora paciente em 18 de junho de 1990, sendo recebida por este Juízo em 25 subsequente (doc. nº 02);

3) Em vinte e dois de outubro de 1990 procedeu-se ao interrogatório da ora paciente; oitiva de testemunhas de acusação e novo interrogatório em vinte e três de março de 1993; oitiva de outra testemunha de acusação em dez de março de 1994 (doc. nº 03);

4) Em 04 de agosto de 1994 foram os autos conclusos, sendo proferido o seguinte despacho: “À vista do decurso do prazo de quatro anos, contado do recebimento da denúncia, diga a defesa se desiste das suas testemunhas “Dr. Getúlio Pinheiro. O referido despacho foi publicado no *DJ* de 17 de agosto de 1994, não havendo manifestação da defesa (doc. nº 04);

5) Em 26 de agosto de 1994 houve vista às partes para fins do disposto nos arts. 499 e 500 do CPP (doc. nº 04);

6) Em 1º de fevereiro de 1995 foi prolatada sentença, condenando a ré a três (3) anos e três (3) meses de reclusão em julgado em 5-2-95 para o Ministério Público e em 24-4-95 para a defesa, e Carta de Sentença à VEC em 11-5-95 (doc. nº 05).”

4. À vista das informações, houve o deferimento da tutela liminar requerida, expedindo-se alvará de soltura em prol da paciente (fl. 55).

5. É o relatório.

MANIFESTAÇÃO

6. Em preliminar, cumpre afirmar a satisfação dos pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade do pedido de ordem, a lhe autorizar conhecimento. Ao mérito, pois.

7. No que se refere à *intimação do advogado constituído pela paciente*, ao revés do quanto pretende o impetrante, a sua intimação para apresentação de alegações finais não haveria de se dar, como de fato não se deu, pessoalmente, mas através da só publicação do ato no órgão oficial, a teor do que disciplina o CPPB, art. 370¹, § 2º (acrescido pela Lei nº 8.701/93).

1 Decreto-Lei nº 3.689, de 3-10-1941.

Art. 370. Nas intimações dos réus, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior.

§ 2º Consideram-se feitas as intimações pela simples publicação dos atos no órgão oficial, sendo indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação.

Assim é que, o defensor constituído pela paciente, em seu interrogatório (fl. 36v.), foi regularmente intimado a apresentar alegações finais, mediante publicação do ato no órgão oficial (fl. 13), em perfeito e acabado ato procedimental. De ressaltar que, a despeito da pretensão da ordem — aplicação do regime legal anterior — o ato de intimação foi praticado já sob o regime introduzido pela Lei nº 8.701/93 que, informada por substância exclusivamente processual, é de incidência imediata e geral, mesmo aos feitos em andamento, a teor do CPPB,² art. 2º.

É de se afastar, assim, a concessão da ordem ao fundamento tratado acima.

8. Em outra frente, bate-se o impetrante pela ofensa ao princípio da ampla defesa — CRFB,³ art. 5º, inc. LV —, ao se nomear defensor dativo à paciente, sem prévia consulta acerca do seu interesse na contratação de novo advogado.

A tese pode, até, à primeira vista, empolgar. Contudo, em se atentando para interpretação devida ao texto constitucional, se verá que este não se traduz a um amontoado de princípios estanques, de onde, qual prateleira de mercado, possa o cliente apropriar-se daquilo que melhor serve à satisfação das suas necessidades. Não! A Constituição (a etimologia do vocábulo já está a demonstrar) constitui a sociedade político-jurídica no seu texto total. E, naquilo que pertine à conformação jurídico-processual do Estado, ombreado o princípio da ampla defesa, temos o princípio do devido processo legal — CRFB,⁴ art. 5º, inc. LIV.

No caso trazido pelo impetrante, a Constituição Federal há de se fazer incidir por ambos os princípios norteadores do estatuto processual-constitucional. Porquanto, ao

2 Decreto-Lei nº 3.689, de 3-10-1941.

Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

3 Constituição da República Federativa do Brasil (Promulgada aos 5-10-1988).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

4 Constituição da República Federativa do Brasil (Promulgada aos 5-10-1988).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

prever a *ampla defesa*, o legislador constitucional subordinou-a aos *meios e recursos a ela inerentes*. Tais meios e recursos não estão, convenha-se, subordinados à vontade do interessado, mas ao ordenamento processual penal positivado — o *devido processo legal*. Neste veremos que a falta de comparecimento do defensor do réu (seja dativo, seja constituído) não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo-se nomear substituto para o ato — CPPB,⁵ art. 265, p. único. Comentando a norma procedimental, Júlio Fabbrini Mirabete⁶ anota:

“Não comparecendo o defensor do acusado, ainda que a ausência seja motivada, o juiz pode determinar que se realize a audiência, embora nada impeça que o juiz, diante da justificativa, adie a prática do ato. Naquela hipótese, porém, deve nomear para o ato um defensor (*ad hoc*), ou para que defenda o réu até que o representante constituído volte a officiar nos autos.”

Pode-se concluir que, eventual consulta prévia à paciente, para dizer do seu interesse em constituir novo defensor, sempre que aquele anteriormente constituído não responder ao chamamento judicial, faz-se desnecessária — senão mesmo tumultuária⁷ — ao evolver do processo-crime, conquanto a pretendida consulta não se subsume a exigência do devido processo legal. Aliás, entendimento diverso, sim, violaria o preceito constitucional, desde que o Órgão da acusação se veria surpreendido com a anulação de um ato processual, e aqueles que o sucederam, efetivado sob observância do regramento legal prescrito, devido à não positivação de procedimento (consulta à paciente acerca do seu interesse na contratação de novo advogado) cuja prática sequer poderia fiscalizar, desde que não encontra previsão no ordenamento processual cuja aplicação lhe incumbe velar. É evidente o absurdo.

9. Rumando em outro norte, o impetrante também pretende que não haja se dado, por modo e forma, a intimação da r. sentença condenatória à paciente; bem assim, ao seu defensor constituído, porquanto antes lhe havia sido nomeado defensor da-

5 Decreto-Lei nº 3.689, de 3-10-1941.

Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, a critério do juiz, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis.

Parágrafo único. A falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato.

6 *in*, *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 316, nota 265.2.

7 Pode-se mesmo levar à prescrição o feito, com a só alternância de defensores constituídos que deixem de responder às intimações e notificações formuladas e, então, *ad infinitum*, se estaria a consultar o acusado acerca do seu interesse em constituir novo defensor.

tivo, e a este é que entende se deveria intimar da prolação do decreto judicial. Tudo a ensinar a “nulidade do trânsito em julgado” da r. sentença condenatória.

É patente o desacerto do argumento, a fazer jus àquele da pretensão. Com efeito, de um lado há de se repudiar a maneira pela qual se intimou a paciente da sentença que a condenou. Esta se deu por mandado onde, a par de não se encaminhar o decreto judicial, sequer o seu dispositivo — ainda que este por si só não bastasse — restou transcrito (fl. 51). Contudo, conforme noticia o próprio impetrante, e se vê da cópia de fl. 50v., houve regular intimação de advogado constituído pela paciente, o que, à vista do CPPB,⁸ art. 392, inc. II, dá por aperfeiçoado o ato intimatório.

Aqui, ainda é de se rechaçar, por franca impropriedade, a afirmação constante da impetração de que, a designação de defensor dativo para a fase das alegações-finais impunha que ao mesmo se fizesse a intimação da sentença penal. É que, já se viu, o defensor dativo é nomeado para o só ato a que falta o defensor constituído (não houve a substituição deste por aquele). Apresentando-se este, e dando-se por ciente da sentença condenatória, não há falar-se em errônea, mas em perfeita e acabada intimação (CPPB,^{9 10} art. 265, p. único c.c. o art. 392, inc. II).

Por aí, também, não se faz o impetrante merecedor da ordem pedida, desde que tudo transcorreu na forma preceituada pelo devido processo legal (CRFB¹¹, art. 5º, inc. LIV).

8 Decreto-Lei nº 3.689, de 3-10-1941.

.....
Art. 392. A intimação da sentença será feita:

.....
II — ao réu, pessoalmente, ou ao defensor por ele constituído, quando se livrar solto, ou, sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança;

9 Decreto-Lei nº 3.689, de 3-10-1941.

.....
Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, a critério do juiz, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis.

Parágrafo único. A falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato.

10 Idem nota 8.

11 Constituição da República Federativa do Brasil
(Promulgada aos 5-10-1988)

.....
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

10. De igual modo, não prospera a assertiva de que, ao fixar a pena acima do mínimo legal, a sentença condenatória haja descambado para a ilegalidade por ausência de fundamentação devida.

O ato judicial, da lavra do então Juiz de Direito, hoje Desembargador, doutor Getúlio Pinheiro de Souza, condenou a paciente nas penas do CPB¹² ¹³, art. 171, *caput* (estelionato) c.c. o art. 71 (em continuidade delitiva). Esse fato, *de per si*, já obsta a que a pena seja fixada no mínimo da prescrição lançada em abstrato no CPB, art. 171, *caput*. Mas, nem por isso se furtou o juiz sentenciante, como reconhecidamente é do seu feitio, à plena observância do quanto prescreve o CPB¹⁴, art. 59, anotando em sua bem urdida fundamentação (fl. 49):

12 Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-1940

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2º Nas mesmas penas incorre quem:

I — vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

II — vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, grava de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

III — defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

IV — defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;

V — destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor do seguro;

VI — emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

13 Lei nº 7.209, de 11-7-1984

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

14 Lei nº 7.209, de 11-7-1984

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I — as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II — a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III — o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

“A ré não possui bons antecedentes. Indiciada anteriormente três vezes — uma por uso de documento falso e duas por estelionato — praticou outros estelionatos, na mesma modalidade apurada nestes autos, depois de furtar os documentos da testemunha Euzébia Gonçalves Noleto (fls. 318-319). Esta e Maria Neuza informaram que ela era habituada a praticar furtos nos locais em que trabalhou. Graves as conseqüências do crime, diante dos sérios transtornos causados a Maria Neuza Ferreira, que se viu, digo, que viu seu crédito abalado por reiteradas cobranças e execuções, a qual se viu compelida a contratar advogado para se livrar desses transtornos. Assim sendo, fixo em dois (2) anos e dois (2) meses de reclusão a pena-base, que aumento de metade, em face da continuidade, para torná-la definitiva em três (3) anos e três (3) meses de reclusão. Fixo em sessenta (60) dias a pena de multa, aumentada também de metade, no valor unitário mínimo.

Posto isso, condeno C.C.C.a três (3) anos e três (3) meses de reclusão e ao pagamento de setenta (70) dias-multa, no valor unitário mínimo, por haver infringido o art. 171, *caput*, c/c o art. 71, ambos do Código Penal. Possuidora de maus antecedentes, deverá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto.”

Ora, desde que o fundamento do ato judicial nada mais parece ser do que o narrar com exatidão a situação fática que atrai a incidência do preceito jurídico a ela atado. Tudo a permitir às partes a perfeita compreensão daquilo que influiu, e porque influiu, no direito declarado e aplicado. Se assim é, não há reparos a fazer naquilo que pertine à fundamentação da reprimenda imposta à paciente. Sem embargo de que o mais foge à estreita via de cabimento do *habeas corpus*.

CONCLUSÃO

11. Ante tudo quanto se expôs, é de se conhecer do pedido de ordem de *habeas corpus*, mercê do preenchimento dos seus pressupostos de admissibilidade; no mérito, contudo, é de se negar o pedido deduzido, cassando-se a medida liminar adrede concedida, à *mingua de ilegalidade a ser reconhecida no ato que coagiu a liberdade da paciente*.

Brasília-DF, 31 de janeiro de 1997.

JOSÉ PIMENTEL NETO
Promotor de Justiça,
Assessor do Procurador-Geral de Justiça

Aprovo.

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
Procurador-Geral de Justiça

AUTOS DE PA Nº 08190.001353/97-18 —

Interessados: CONSULTOR JURÍDICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
DIRETOR DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL

Senhor Procurador-Geral,

Direito Constitucional e Direito Processual Penal. *Habeas Corpus*. Excesso de Prazo na Conclusão da Instrução Criminal. Improcedência.

1. Não há excesso de prazo se, encerrada a tempo e modo a instrução criminal, os autos já se encontram na fase das alegações finais. Compatibilidade, nestes casos, do cerceamento de liberdade com o regramento jurídico processual penal.

2. Pedido de ordem que, a despeito de comportar conhecimento, não traz razões que o façam merecedor de provimento.

Senhor Procurador-Geral,

RELATÓRIO

Cuida-se de procedimento administrativo, autuado neste Ministério Público em virtude de ofício para cá encaminhado pelo Consultor Jurídico do Ministério da Justiça, doutor Wagner Natal Batista (fl. 3). Expediente por intermédio do qual, o signatário submete a Vossa Excelência cópia *fac-simile* de outro ofício a si dirigido, este do Diretor-Geral da Polícia Civil do Distrito Federal, doutor Teodoro Rodrigues Pereira (fl. 4), onde se indaga ao primeiro nomeado acerca da entrada em vigor do art. 10 da Lei nº 9.437/97.

Aduz o consulente que:

“Conforme dispõe o art. 20 da Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, o art. 10 do Capítulo IV — Dos Crimes e Das Penas — só entrará em vigor após o transcurso do prazo de que trata o art. 5º, ou seja, após seis meses contados a partir da data de sua promulgação.

Porém, a *vacatio legis* do artigo 5º refere-se ao prazo de anistia, que por sua vez teve seus efeitos suspensos até a entrada em vigor do Decreto nº 2.222, de 8 de maio do corrente exercício; que regulamentou a matéria, conforme já se manifestou esse Ministério através do Aviso 845 da lavra do Excelentíssimo Senhor Ministro, prorrogando-se assim o período de anistia.

Assim sendo, por se tratar de institutos distintos, esta Direção-Geral houve por bem indagar esse Ministério sobre a entrada em vigor do artigo 10 da lei mencionada, haja vista que as condutas nele criminalizadas não têm qualquer relação com a ... (ilegível no original) de que trata o artigo 5º. Estaria prorrogado o prazo de entrada em vigor do Art. 10 da Lei nº 9.437/97, contando-se a partir da publicação do Decreto nº 2.222, que se deu em 9 de maio deste ano.”

Esta a consulta que, ficando-se no art. 129, inc. VII, da Const. Federal, o consultado traz a exame e pronunciamento de Vossa Excelência.

MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL

A Lei nº 9.437, de 20-2-1997, contendo vinte e um artigos divididos por cinco capítulos, “institui o Sistema Nacional de Armas-SINARM, estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências”. Foi publicada no *Diário Oficial* da União do dia 21-2-1997, Seção 1, p. 3251 e 3252; tendo, posteriormente, publicação retificadora do parágrafo único do seu artigo 2º no *Diário Oficial* da União do dia 25-2-1997, Seção 1.

Dentre outras disposições, estabelece o diploma legal em apreço:

“...

“Art. 5º O proprietário, possuidor ou detentor de arma de fogo tem o prazo de seis meses, prorrogável por igual período, a critério do Poder Executivo, a partir da data de promulgação desta Lei, para promover o registro da arma ainda não registrada ou que teve a propriedade transferida, ficando dispensado de comprovar a sua origem, mediante requerimento, na conformidade do regulamento.

“Parágrafo único. Presume-se de boa fé a pessoa que promover o registro de arma de fogo que tenha em sua posse.

“...

“Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

“Pena — detenção de um a dois anos e multa.

“§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

“I — omitir as cautelas necessárias para impedir que menor de dezoito anos ou deficiente mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade, exceto para a prática do desporto quando o menor estiver acompanhado do responsável ou instrutor;

“II — utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes;

“III — disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que o fato não constitua crime mais grave.

“§ 2º A pena é de reclusão de dois anos a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito.

“§ 3º Nas mesmas penas do parágrafo anterior incorre quem:

“I — suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

“II — modificar as características da arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito;

“III — possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiário sem autorização;

“IV — possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

“§ 4º A pena é aumentada da metade se o crime é praticado por servidor público.

“... ”

“Art. 19. O regulamento desta Lei será expedido pelo Poder Executivo no prazo de sessenta dias.

“Parágrafo único. O regulamento poderá estabelecer o recadastramento geral ou parcial de todas as armas.

“Art. 20. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, exceto o art. 10, que entra em vigor após o transcurso do prazo de que trata o art. 5º.”

Posteriormente, foi dado a público o Decreto Presidencial nº 2.222, de 8-5-1997, publicado no *Diário Oficial* da União do dia 9-5-1997, Seção 1, p. 9394 a 9397. Instrumento legal que veio regulamentar a sobredita Lei nº 9.437/97.

O mencionado Decreto fez-se integrar de cinqüenta e um artigos, divididos em seis capítulos, aos quais também se juntou um anexo de modelo de requerimento de registro de arma de fogo. Silente o diploma regulamentador quanto a eventual prorrogação do prazo a que alude o art. 5º, *caput*, da Lei nº 9.437/97.

Após a edição deste último texto legal, aos 16-6-1997, o Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça expediu ao Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado do Exército o Aviso nº 845 onde, aparentemente esclarecendo consulta do destinatário, aduz que (fls. 6-7):

“Em atenção ao Aviso nº 163/A-2-Mex, de 12 de junho de 1997, aprez-me esclarecer a Vossa Excelência que o prazo de anistia previsto no art. 5º da Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, que instituiu o Sistema Nacional de Armas-SINARM, conta-se a partir da publicação do Decreto nº 2.222, de 8 de maio do corrente exercício, que regulamentou a matéria.

Tal conclusão baseia-se no instituto consagrado no mundo jurídico denominado *vacatio legis*, que, segundo J. Marques (“Introdução ao Estudo do Direito”, 4ª ed., Lisboa, 1972, p. 262), é o “fato que paralisa a eficácia da lei — fato suspensivo —, pode agir logo no momento em que ela é feita — suspensão originária —, ou só produzir efeitos depois de a mesma ter entrado em vigor — suspensão superveniente”.

Exemplo clássico de suspensão superveniente é o das “leis cuja efetiva execução depende da publicação de regulamento: a sua eficácia jurídica encontra-se suspensivamente condicionada pela entrada em vigor deste último.

Nesse sentido, o saudoso Hely Lopes Meirelles, em seus ensinamentos, preconiza que as “leis que trazem a recomendação de serem regulamentadas não são exequíveis antes da expedição do decreto regulamentar. *In casu*, esta assertiva se coaduna com a lei suso mencionada, pois o referido dispositivo não era auto-aplicável, dependia necessariamente de regulamentação para ter eficácia.”

Conforme se vê do Aviso em questão, este não cuidou de prorrogação do prazo a que alude o art. 5º da Lei nº 9.437/97, mas de interpretação acerca do início de sua vigência.¹

Ocorre que, nessa seara, o texto legal não deixa margem a controvérsia qualquer e a solução encetada no mencionado aviso vai de encontro ao seu cristalino teor. Expli-co-me.

Note-se que no sistema jurídico-orgânico brasileiro o período de *vacatio legis*² de toda e qualquer disposição legal nova, se submete à regra instituída pelo art. 1º da L.I.C.C.³. Aí veremos que a Lei nº 9.437/97, em seu art. 20, excepcionou (dispôs em contrário) a regra geral de vigência do seu art. 10, subordinando o início de vigência deste último ao término do prazo estipulado no seu art. 5º: seis meses, prorrogável por igual período, a critério do Poder Executivo, a partir da data de sua promulgação, “i.e.”, 21-2-1997.

- 1 Nem poderia ser de modo diverso, pois o Aviso é instituto próprio do Direito Administrativo, traduzindo-se em “fórmula oficial de expediente, por meio da qual o ministro, o diretor de departamento da Administração ou outra autoridade graduada transmite ordens ou instruções a seus subordinados, faz uma requisição, uma concessão, ou comunicação, interpreta ou esclarece dispositivos legais ou regulamentares, ou põe em prática quaisquer providências que se tornem necessárias para a boa ordem do serviço público” (Nunes, Pedro. Dicionário de Tecnologia Jurídica, 12. ed., 1994, verbete Aviso). E, a eventual prorrogação do prazo estabelecido no art. 5º da Lei nº 9.437/97, penso, só poderia se dar, pelos gravames penais ao mesmo vinculado, no próprio decreto que a regulamentou ou por diploma legal posterior de igual ou superior hierarquia.
- 2 Definido por Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho, como “o lapso de tempo que há-de transcorrer entre a publicação da lei e o início da sua obrigatoriedade” (*in*, A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Renovar, Vol.1, s.d., p. 47)
- 3 L.I.C.C., art.1º. Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.
 - § 1º Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada.
 - § 2º A vigência das leis, que os Governos Estaduais elaborem por autorização do Governo Federal, depende da aprovação deste e começa no prazo que a legislação estadual fixar.
 - § 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.
 - § 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

Ora, o Poder Executivo, ao regulamentar a Lei nº 9.437/97 através do Decreto nº 22.222/97, nada dispôs acerca de eventual prorrogação do prazo inicial fixado no diploma legal regulamentado. Mais, posteriormente à sua edição, também, nada se decretou com tal fim.

Destarte, e desde que a Lei nº 9.437/97, em seu art. 5º, foi explícita ao fixar o marco de início de vigência do prazo de seis meses por si concedido, fazendo-o coincidir com a sua promulgação, por óbvio, não pode a Administração Pública fixá-lo, a seu alvedrio, em outro marco qualquer. Poderia, sim, pelos meios normativos legais de caráter obrigatório geral (aí o Decreto) prorrogar o prazo legalmente fixado em seis meses; não o fez, e desde que já expirado tal prazo, passa a vigor, em sua plenitude, o art. 10 da mesma Lei.

CONCLUSÃO

Assim vista a matéria, deve-se convergir em conclusão para que:

a) o art. 10 da Lei nº 9.437/97, por força do seu art. 20, teve a sua vigência subordinada ao transcurso do prazo de seis meses ao qual se deveria somar eventual prorrogação, na forma em que estatuído no art. 5º;

b) o início do prazo de seis meses de que trata o art. 5º se deu com a promulgação da Lei nº 9.437/97, em 21-2-1997, conforme disposição expressa do mesmo art. 5º;

c) não houve, até o momento, prorrogação do prazo de seis meses a que aludiu o multirreferido art. 5º;

d) o art. 10 da Lei nº 9.437/97 acha-se em vigor desde a ulatimação do prazo de seis meses, contados a partir da promulgação da mesma lei.

É o parecer desta Assessoria Criminal.

Brasília-DF, 29 de agosto de 1997.

JOSÉ PIMENTEL NETO
Promotor de Justiça
Assessor do Procurador-Geral de Justiça

Aprovo.

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
Procurador-Geral de Justiça,
em exercício

INQUÉRITO POLICIAL

— Autos de nº 053/96-CGP/PCDF —

Indiciado: EM APURAÇÃO
Incidência Penal: EM APURAÇÃO
Vítima: DEPUTADA DISTRITAL
Senhor Procurador-Geral,

RELATÓRIO

1. A Deputada Distrital representou, criminalmente, a essa Chefia do *Parquet*, contra o também Deputado Distrital (fls. 6-12). A quem a Representante dá por incurso nas penas do CPB, art. 139 e 140, “por ter difamado e injuriado a mesma, através de fatos e insinuações ofensivas à sua reputação, dignidade ou decoro” (fl. 12).

Fez juntar, a Representante, por cópia, expediente onde consta que a Presidência da Câmara Legislativa do Distrito Federal, por intermédio do Ato de nº 231/96, criou uma Comissão Parlamentar de Inquérito, com o fito de apurar denúncias feitas pelo Governador do Distrito Federal, de que parlamentares, ex-parlamentares e autoridades do Distrito Federal teriam envolvimento com o tráfico de drogas (fl. 16).

A Representante foi designada para a Relatoria da referida Comissão Parlamentar (fl. 12). Sendo que, em razão desse encargo, “na manhã do dia 3 de abril de 1996, por volta de 10 horas, quando do encerramento da sessão ordinária da Câmara Legislativa, a Representante foi violentamente agredida pelo Representado” (fl. 7).

Essa agressão haveria sido verbal, e o Representado haveria se utilizado, aos gritos, de termos como *vagabunda*, *bandida*, *safada*, *imunda* e outros que a Representante imputa, também, de baixo calão (fl. 7).

Noticia mais, a Representante, que o Representado ainda acusou-a “de estar, juntamente com seu gabinete, ‘armando’ provas contra o mesmo e que a CPI era uma armação da Deputada” (fl. 7).

A representação fez-se, ainda, acompanhar de rol de testemunhas (fl. 13) e de cópias de documentos e reportagem atinentes aos fatos narrados pela Representante (fls. 15-18).

2. Ante isso, houve por bem V. Exa. requisitar a instauração de inquérito policial, a fim de que, apurados os fatos, essa Procuradoria-Geral pudesse tomar a atitude que melhor servisse à execução da Lei (fls. 27-9).

Cumprida a requisição acima (fls. 2-3), procedeu-se às diligências de fls. 31-67.

Aí se ouviu, em declarações as testemunhas....

3. Anoto, ainda, que após a instauração do inquérito policial, o feito passou a tramitar pela Sexta Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília (DF) — fl. 46 e, após o advento do Provimento de nº 07, de 14-4-1997, da Corregedoria da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (*DJU* de 17-4-1997), o mesmo passou a ter trâmite pela Décima-Segunda Promotoria de Justiça de Brasília (DF). Até que o Promotor de Justiça, Dr. Diaulas Costa Ribeiro, percebendo o equívoco, declinou de suas atribuições, remetendo os autos a esta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 69-73). Mas não sem antes considerar que (fls. 69-70):

“Instaurou-se este inquérito em 1º de outubro de 1996 para apurar crime contra a honra da Deputada, que, em 4 de abril de 1996, apresentou representação ao Procurador-Geral do Ministério Público do DF.

Tem-se adotado a prática de instaurar inquéritos e de aceitar representações para ação penal pública nesses casos, quando, a toda evidência, não há nenhum interesse público a ser tutelado pelo Ministério Público. A ação penal pública condicionada à representação de que trata o parágrafo único do artigo 145, há muito deixou de ser regra. A regra, nos crimes contra a honra, é a ação penal privada. Somente em casos reser-
vadíssimos a iniciativa da ação tem se dado por denúncia.

A criação da ação pública condicionada teve em vista funcionários em serviço, que, na defesa de interesses do Estado, foram atingidos por particulares, estranhos ao Estado. Quis-se, obviamente, evitar os gastos econômicos desse funcionário.

Mas a ação penal pública condicionada, nessas hipóteses, vem de uma época em que o “Ministério Público” era o defensor do Estado, Advogado da União etc. A defesa da honra do funcionário, por ação pública, não passava de uma extensão, de uma cessão do Advogado do Estado ao servidor público, para, repito, evitar-lhe custos e incômodos.

Essa regra migrou do Direito Privado, onde, ainda hoje, os acordos coletivos de trabalho prevêm auxílio jurídico para os empregados se defenderem de ocorrências derivadas do vínculo empregatício.

Dispensado dizer que o Ministério Público não pode ter interesse numa briga de deputados, principalmente entre Parlamentares de forças partidárias opostas, quando o bem jurídico atingido é a honra de um deles. Não há interesse público nisso. A disputa parlamentar, o jogo partidário, as injúrias comuns nas divergências, às vezes bastante deselegantes, não podem justificar a movimentação da máquina do Estado para defender o parlamentar atingido. Não se confunde esse tipo de ofensa com a ofensa ‘PROPTER OFFICIUM’.

Termina, o oficiante, por arrolar ementas de julgados do E. STF, reconhecendo a legitimidade do funcionário público atingido para intentar a ação penal privada, onde entende agasalhada a sua tese e consagrada a mudança de rumo da jurisprudência no trato da matéria.

4. É o relatório.

APRECIACÃO

5. Por primeiro, não vejo como anuir à tese defendida nas fls. 69-73 dos autos, quanto à natureza jurídica da ação penal nos casos de ofensa à honra de funcionário público, assim atingido em razão das suas funções.

É certo que, no direito brasileiro, a *percutio criminis*, nos ilícitos penais que atentam contra a honra, subordina-se, via de regra (CPB, art. 145, *caput*) à exclusiva iniciativa do ofendido, por meio da ação penal dita privada. Isso, porque “*prevalece a consideração da índole particular do bem jurídico ofendido, tão intimamente ligado à personalidade do homem e em referência ao qual a perseguição da ofensa pode produzir maior dano do que a ausência de punição*”.¹

Contudo, quando o ofendido for funcionário público, alvejado em razão da função que exerce, não há dificuldade em se enxergar a dualidade do bem jurídico protegido. De um lado, têm-se a pessoa e seus individuais atributos. De outro, têm-se o exercente de uma função pública, que há de refletir, e à qual há de exigir o respeito devido, no interesse imediato do Estado e mediato da coletividade.

Aí parece haver se fundado o legislador para, admitindo a representação do ofendido — e, portanto, não ignorando os atributos pessoais atingidos — qualificar por pú-

1 BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 5. ed., 1979, p. 324.

blica a ação penal daí decorrente — e, portanto, destacando o interesse público, também malferido.

Nem se diga que essa orientação vem sendo mudada pelo Supremo Tribunal Federal. Porquanto, todas as decisões daquela Corte, tomadas no sentido da legitimidade do ofendido para propositura da ação penal, o foram, conforme se vê no rol de fls. 71-72, sob o epíteto de *legitimidade concorrente*. Logo, sem a exclusão da legitimidade do Ministério Público, que, *d.v.*, aí não atua na defesa de interesse exclusivamente privado, mas, repito, francamente bifronte.

6. Dito isso, creio na suficiência das diligências já empreendidas na apuração inquisitorial, frente aos fins declinados por V.Ex.^a para motivar a requisição do procedimento investigatório-policial. Motivo pelo qual, passo a apreciar, em definitivo, os fatos, como apurados foram.

7. O Deputado Distrital testemunha diz não se recordar se esteve presente na sessão da Câmara Legislativa quando do episódio narrado pela Reclamante, que alega desconhecer (fl. 41v.).

D.B.S., embora presente na Câmara Legislativa, afirma não haver presenciado os fatos, mas a só saída da Representante e do Representado do Plenário da Casa, onde aqueles se deram (fls. 54-56).

Também P.G.W.P., afirma não haver presenciado os fatos, mas o só aplacamento de ânimos que se seguiu (fls. 61-62).

M.M.M., por seu turno, também presente na Casa Legislativa, afirma não haver presenciado o entrevero. Contudo atesta o estado de ânimo da Representante (que se mostrava ofendida) após o ocorrido (fl. 39).

M.M.M. narra que: “no dia 3-4-96, encontrava-se no plenário da Câmara Distrital, ocasião em que se realizava uma sessão ordinária com a presença de parlamentares, assessores e funcionários, além de populares na galeria; Que em dado momento o Deputado fez um discurso atacando os membros da “CPI da Droga” e se dizendo vítima da citada CPI; Que a Deputada rebateu as colocações do Deputado, esclarecendo, na essência, que a CPI não era contra ele, mas objetivava apurar o envolvimento de qualquer pessoa com o tráfico de drogas em Brasília; (...) Que naquela ocasião, tão logo a Deputada desceu da tribuna foi cercada pelo Deputado que de forma agressiva, gritava palavras ofensivas a honra da Deputada, dizendo: “vagabunda”, “safada” e outras palavras de baixo calão que o declarante não se recorda, pois juntamente com parlamentares e outras pessoas, cuidou de separar e apaziguar os ânimos” (fls. 37-38).

A Deputada Distrital testemunha, no mesmo sentido que o Declarante mencionado no parágrafo anterior, assevera que “em data que não se recorda, podendo ter sido há 5 ou 6 meses atrás, estando em plenário presenciou o desentendimento entre os De-

putados; Que nessa ocasião ouviu o Deputado assacar contra a Deputada o termo “vagabunda”; Que a Deputada retrucou dizendo não ser da “laia” do Deputado, restringindo-se apenas a isso; QUE o motivo desse desentendimento foi a divergência quanto ao encaminhamento dos assuntos em plenário” (fl. 42).

O Deputado Distrital testemunha, igualmente, descreve que “o declarante encontrava-se na sessão plenária ordinária ocorrida em 3-4-96, estando presentes vários Deputados, dentre eles os Distritais; QUE, no decorrer daquela sessão, após o pronunciamento proferido pela Deputada que mencionou fatos relacionados à CPI das drogas, da qual era relatora, foi interceptada aos gritos pelo também Distrital o qual proferiu palavras de baixo calão que ofendiam a honra da deputada citando “vagabunda” levantando-se a seguir e indo em direção àquela parlamentar e, como o declarante percebeu a possibilidade de uma agressão física, por estar próximo daquele Deputado, levantou-se de sua cadeira acompanhando-o sendo seguido pelo também Distrital na tentativa de evitar que o deputado agredisse fisicamente à deputada; QUE, enquanto o deputado era contido em seu ímpeto, continuava a ofender a honra da deputada chamando-a de “bandida, safada, imunda” dizendo ainda que ela como integrante da CPI das drogas estava “armando” provas falsas contra sua pessoa; QUE, de pronto, alguns seguranças cujos nomes não se recorda, adentraram naquele plenário na intenção de conter qualquer agressão física e/ou tumulto; (...) QUE, o Deputado ainda de maneira histérica sendo conduzido do plenário para o setor do cafezinho, ainda disse “vai te foder baixinha”; QUE, este fato não é rotineiro na casa parlamentar mesmo porque, desceu e em muito o nível o que é lamentável por parte deste declarante” (fls. 59-60).

8. À luz desse histórico da apuração, e da ampla divulgação do noticiário da imprensa à época (ainda na memória deste Assessor, e, por certo, na memória de V.Exa.), inclusive com cópia de recortes nos autos, (fl. 18) pode-se estabelecer por certo que: *a*) os fatos narrados na representação ocorreram; *b*) essa ocorrência se deu no plenário da Câmara Legislativa do Distrito Federal, no curso de uma Sessão daquela Casa Legislativa e logo após pronunciamento feito pela Representante, da Tribuna do Plenário da Câmara; *c*) a Representante teve contra si assacados termos aptos, em tese, à materialização de crimes contra a honra, em razão e enquanto no exercício de função pública.

Vista a moldura fática do tema, é de se ver a sua qualificação jurídica.

Dispõe o Código penal:

“Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.”

“Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena — detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.”

“Art. 141. As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

I

— (...)

II

— contra funcionário público, em razão de suas funções;

III

— na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.”

Por sua vez, a Constituição Federal normatiza:

“Art. 27. (...)

§ 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.”

“Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º Aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no art. 27.”

“Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.”

Ora, os ilícitos descritos no Código Penal Brasileiro, art. 139 e art. 140 são conceituados à conta de *crimes de opinião*. E, quanto a esses crimes, os deputados distritais gozam de *imunidade material*, a teor da Constituição da República, art. 53, *caput*, c.c. art. 32, § 3º e art. 27, § 1º.

Nesse tema, é lapidar, decisão da Câmara Federal de Buenos Aires, que Bento de Faria recomenda *pela sua clareza e concisão, verbis*:

“Un caso de privilegio absoluto — diz Cooley, — está previsto especialmente em la cláusula de la Constitución, que declara que los mi-

embros de Congreso no serán llamados a cuenta, en parte alguna, por los discursos e conceptos que viertan en las Cámaras.

Cushing, aliás, es mas explícito: Los miembros del Congreso deben estar siempre protegidos en el libre goce de sus derechos a la palabra, al debate y a la resolución, con respecto de todos los objetos sobre los cuales pueden, con justicia, ser llamados a deliberar y a proceder; y de ahí se ha establecido como un principio general de la ley parlamentaria, que ningún miembro de una asamblea legislativa, puede ser cuestionado o castigado por ningún otro Tribunal ni autoridad, si no fuera por la asamblea misma de la cual es miembro, ni por cosa alguna dicha o hecha por él en esa capacidad.

Esto no implica en modo alguno reconocer en los Senadores y Diputados el derecho de atacar a las personas sin razón o necesidad; o de hacer de sus bancas un baluarte inexpugnable para atacarlas injustamente. Pero, aunque non se puede desconocer que existe, realmente, el peligro de que se haga un uso irregular del privilegio o de que, a su amparo, prospere la licencia, tal abuso, limitado por el propio decoro, cultura y prudencia que debe suponerse en los miembros del Congreso, no autoriza la intervención de un poder extraño.

Por otra parte, ese abuso no carece de sanciones, puesto que, sin contar la sanción moral de la opinión pública y de la propia conciencia, puede ser reprimido por las Cámaras, dentro de las facultades que la Constitución les confiere para corregir a sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones”.²

A lição é magistral e se casa, qual uma luva, aos fatos apurados no presente inquérito policial.

Com efeito, o lamentável episódio aí materializado se deu em Seção da Câmara Legislativa do Distrito Federal, logo após pronunciamento da Representante que, parece, não caiu no agrado do Representado. E os fatos daí decorrentes são aqueles que motivaram a presente Reclamação, e já minudentemente relatados.

Mas, se deplorável é que os representantes do povo se amesquinhem ao ponto em que aqui retratado, desastre de maiores proporções seria a interveniência do Poder Judiciário, vedada pela imunidade de que é detentor o representado.

Caberia à Casa Legislativa, bem ensina a Corte Argentina, coibir, disciplinarmente, os abusos eventualmente decorrentes do exercício do mandato parlamentar nas seções da Casa. Se a Casa se mostra conivente, só cabe lastimar que a imunidade dos

2 FÁRIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro* (comentado), volume IV. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Editora, 1961, p. 220/221.

representantes do povo por suas opiniões, conquistada a duras penas e farto sangue pelos parlamentos europeus (e, em especial, o francês e o inglês), sirvam, em nossa terra, a tão desprezíveis quinquilharias.

CONCLUSÃO

Ante o que acima se expôs, sugiro a V. Exa., s.m.j., que promova o arquivamento dos presentes autos de inquérito policial, à vista do disposto no Constituição da República, art. 53, *caput*, c.c. o art. 33, § 3º e art. 27, § 1º.

Brasília-DF, 1º de dezembro de 1997.

JOSÉ PIMENTEL NETO
Promotor de Justiça
Assessor do Procurador-Geral de Justiça

Anuo ao parecer, que aprovo, determinando a remessa dos autos ao E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, para distribuição a um dos eminentes Desembargadores que compõem o Conselho Especial daquela Corte de Justiça, a quem promovo o arquivamento dos presentes autos de inquérito policial.

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
Procurador-Geral de Justiça

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

**AUTOS DE Nº
08190.001535/97-25**

Interessado: POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL

PARECER Nº 103/98 — ACRIM.PGJ

Senhor Procurador-Geral,

RELATÓRIO

1. O Diretor-Geral da Polícia Civil do Distrito Federal, Dr. Teodoro Rodrigues Pereira, encaminhou correspondência (Of. nº 0861/97 CGP) ao Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, solicitando o “concurso” desse último para a cessação do que o remetente entende ser ilegal imiscuição do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios em atribuições das polícias civis: a investigação de crimes (fls. 1-3).

Mais especificamente, insurge-se contra atos de apuração levados a efeito pelo Núcleo de Investigação e Controle Externo da Atividade Policial em notícias de crimes envolvendo policiais civis do Distrito Federal.

Tece loas ao desempenho e ao preparo da corporação policial civil local, além de ressaltar a inteira confiabilidade nessa corporação para a apuração dos crimes que venham a ter o envolvimento dos seus integrantes.

Faz, em anexo à correspondência, remessa de cópias de expedientes que entende configurarem os abusos que a Polícia Civil do Distrito Federal estaria sofrendo, por atos do *Parquet* (fls. 4-80).

2. Na Procuradoria-Geral da República o expediente foi autuado sob o nº 08100.007559/97-12 e, por despacho do Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Ha-

roldo Ferraz da Nóbrega, foi encaminhado a V. Exa., para conhecimento e providências reputadas cabíveis (fl. 83).

3. É, a pena corrida, o relatório.

APRECIÇÃO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

4. Muitos têm sido os percalços por que tem passado o Ministério Público nos dias correntes. Percalços, em parte, devidos à inocência (ou malícia) de alguns que com ele lidam. E, no mais das vezes, tributáveis à deficiente percepção (ou mesmo ignorância) da vocação legal da “magistratura *du Parquet*”.

Sem embargo disso, vai, adiante, por primeiro, uma tentativa de desbastar o terreno.

5. Na sistemática jurídico-positivo-penal brasileira o Ministério Público foi vocacionado para a titularidade da repressão judicial dos crimes. Ao passo que, nessa mesma sistemática, vocacionou-se a Polícia Civil para as funções de polícia judiciária, cumprindo-lhe, em fase prejurisdicional, a investigação desses mesmos crimes. Ainda, *subordinou-se a investigação do crime à necessidade da promoção da sua repressão judicial*. Tanto é assim, que ao investigador não é dado promover investigação fora das hipóteses em que o fato investigado se qualifique ao menos pela presença dos requisitos objetivos da descrição de um ilícito penal, assim delineado em lei. Daí, temos que: *a Polícia Judiciária investiga no interesse da promoção da repressão judicial do crime*.

Ora, se é assim, não cabe, em princípio, a quem investiga, senão prioritariamente a quem promove, dizer da utilidade, da correção e da serventia da investigação nesses moldes efetivada. Consectário lógico disso, é que se caracteriza por interesse do Ministério Público o aprimoramento, a melhoria e a correção da atividade desenvolvida pela Polícia Judiciária. O que se torna, por fim, irredargüível quando se vê a incumbência fiscalizatória atribuída ao Parquet quanto à suficiência e correção dos serviços públicos, inclusive, por óbvio, aquele desenvolvido pela Polícia Judiciária. Sobre quem, ademais, se acometeu o controle externo da sua atividade pelo Ministério Público (que, se é externo só pode se destinar à atividade fim: a investigação do crime).

6. Tudo isso, de fácil compreensão a quem quer que se intere da legislação processual penal brasileira, tem se tornado assunto tormentoso na consciência de alguns dos integrantes dos quadros mais elevados da nossa Polícia Civil. O que se nota, com clareza e precisão, ante as dificuldades opostas (e ao menos uma acompanhada de ma-

nifestação de classe²) até mesmo ao que deveria ser costume e rotina: *vistorias em cárcere e registros, nas unidades policiais civis*.

Inclusive no Supremo Tribunal Federal já se buscou desaguadouro às mazelas que afligem a Polícia Judiciária local, naquilo se refere a medidas disciplinadoras da tramitação, o de inquéritos policiais e procedimentos correlatos, tomadas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e por Ministério Público. E, pasme-se, medidas atinentes à tramitação de feitos no âmbito dessas duas últimas instituições judiciária e ministerial, portanto, fora da área de interesse de atuação da Polícia Judiciária.³

Certo que os apelos à Corte Suprema levam a chancela de terceiros a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil — ADEPOL e o Partido Liberal — PL). Contudo, seria ingenuidade imaginá-los destacados da ciência e anuência daqueles que, na Polícia Civil do Distrito Federal, comungam das mesmas idéias.

7. Ante tantos fatos, acredito ser despicienda, e mesmo improdutiva, a argumentação jurídica. Isso porque, seja por ignorância, malícia ou conveniência, o interlocutor posta-se infenso ao argumento e aferra-se à defesa de um sistema investigatório que, a par de não encontrar tradução legal, não se sabe a que se presta. Conquanto, não se-lhe é bem-vinda, a despeito de legal e oportuna, a saudável contribuição do seu destinatário final, o Ministério Público.

Aliás, não se compreende como se poderá ter uma Polícia Judiciária de valor e utilidade, respeitada e eficiente, quando aí se quer desenvolver uma atividade estéril, porquanto desvinculada das necessidades do seu destinatário maior (senão mesmo quase único). Por mais que tente, não consigo enxergar racionalismo em tantos desarrazoados empecilhos. Onde a razão de tanta resistência e, contumelidade ante a legal, natural, devida e saudável atuação do Ministério Público?

Penso que Deus, ao criar o gênero humano, privou-o da capacidade de compreensão e apreensão dos conceitos que se desatam da razão. E, parece que por castigo, retirou-lhe qualquer razão para apreensão e compreensão do conceito dele mesmo, o Criador, impondo-lhe o mistério da fé e condenando o incrêdo à discussão infrutífera. Não queira a criatura, agora, imitar o Criador. A humanidade não pode compadecer (ou padecer) de outro auto de fé, que não aquele necessário à aceitação da causa primeira. *É passada a hora de se chamar os conceitos aos critérios da razão.*

7. Não se tome essas linhas passadas à conta de ofensa qualquer. Tiveram elas o único propósito de retratar um quadro que, desprovido de sentido aos olhos deste ofici-

2 Refiro-me a episódio verificado durante inspeção à 19ª D.P., de amplo conhecimento e veiculação pela imprensa local até mesmo ao

3 ADIN nº 1.615-6/DF — Rel. Min. Néri da Silveira
ADIN nº 1.605-9/DF — Rel. Min. Sydney Sanches.

ante, bem poderá encontrar (e oxalá encontre) razão em alguma vista mais acurada, que dê vestimenta lógica a esse corpo fático francamente teratológico.

A IRRESIGNAÇÃO DO INVESTIGADOR

9. Na verdade, até mesmo o leitor mais desavisado logo enxerga que toda a insurreição do Chefe da Polícia local prende-se não ao desenvolvimento de atividades apuratórias pelo Ministério Público, *mas ao desenvolvimento dessas atividades apuratórias em crimes cometidos por policiais civis*. Proceder que vem sendo desenvolvido (com legalidade, responsabilidade e correção) pelo Núcleo de Investigação e Controle Externo da Atividade Policial, Ofício deste Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. E, mais, proceder que, por seus visíveis e salutares resultados, vem merecendo aplausos aqui e *alhures*, conforme se vê de decisão judicial que o próprio Diretor missivista fez juntar aos autos (fls. 74-78).⁴

10. Ninguém ignora que muitos dos crimes praticados no seio da corporação policial (principalmente aqueles definidos na lei de abuso de autoridade) somem no desaguadouro do “*espírito de corpo*” para tristeza (e indesejável revolta) da sociedade. De há muito que se faz necessário encontrar alternativas viáveis, legais e eficazes para contornar tal situação que se faz como é de notório conhecimento, impossível de ser coibida, porquanto, nos assuntos que despertam o sentimento corporativo vige o lema dos *mosqueteiros: um por todos, todos por um*. E, se não estamos sob o Estado de um *Richelieu*, não podemos tolerar que esse espírito de corpo venha fazer tábula rasa da legalidade para conspurcar o mais elementar dos pilares de um Estado Democrático de Direito.

11. Espanque-se qualquer possibilidade de dúvida não se está aqui, a usurpar funções da Polícia Civil do Distrito Federal, mas a implementar a missão institucional

4 Ai se traça um quadro da Polícia Civil do Distrito Federal e da atividade desenvolvida pelo Núcleo de Investigação e Controle Externo da Atividade Policial, francamente inverso àquele que pinta o Missivista, anotando-se que (fl. 77):

“Não podemos deixar de reconhecer o trabalho cruciante que vêm exercendo os Doutores Mauro Faria de Lima e Wilton Queiroz de Lima — Promotores de Justiça titulares do Núcleo de Investigação e Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios — no exercício do controle externo das Polícias do Distrito Federal.

Estes Promotores, com muita determinação, já melhoram e, certamente, melhorarão em muito as Polícias do Distrito Federal, acostumados a excessos, sem limites”.

Aliás, os periódicos, os periodicos desta Capital vêm noticiando, com frequência, a repressão judicial, pelo Ministério Público, de excessos da Polícia Civil local. Repressão para a qual tem sido de fundamental importância a atuação do Ofício aqui mencionado e de seus operosos e competentes titulares. Tudo a despeito de, em nenhuma dessas ocasiões se contar com a decantada atuação repressiva interna dessa corporação policial, onde seguem, em regular exercício, policiais, já condenados até mesmo por abuso de autoridade pela justiça local de primeiro grau de jurisdição.

do *Parquet* local que, como *dominus litoris* da ação penal pública, há de poder empreender diligências, seja por intermédio de servidores públicos destinados a lhe auxiliarem, seja diretamente.

Aliás, seria mesmo um despropósito imaginar que, podendo e devendo denunciar um crime, não pudesse o promotor de justiça datilografar (ou modernamente digitar) a sua denúncia, por existir corpo técnico para tal fim criado por lei no quadro de servidores do Estado, lotados nos quadros da Instituição Ministerial. De igual modo, por existir na estrutura funcional do Poder Judiciário o cargo de Oficial de Justiça, não poderia o juiz cumprir, por ato próprio, uma decisão sua. A lei, é curial, não pode ficar sujeita a uma interpretação que leve a tamanho absurdo a sua aplicação.

A propósito, não será demais, nesse passo, lembrar a lição do saudoso Ministro Carlos Maximiliano que, em sua *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, adverte para que “quando a lei faculta, ou prescreve um fim, presumem-se autorizados os meios necessários para o conseguir, contanto que sejam justos e honestos” (Op.cit., p. 262). Ora, se a lei dá ao Ministério Público o poder-dever de propor a ação penal pública, e se o inquérito, policial que apure crime submetido à persecução penal pública nada mais é do que o instrumento destinado à colheita dos elementos que permitam o exercício desse poder-dever, é intuitivo que, se, a juízo do órgão de proposição (que para isso é independente), esse instrumento não se faz eficaz em tal ou qual situação, poderá ele valer-se de instrumento outro (aqui administrativo). E as hipóteses de realização desse juízo quanto ao Núcleo de Investigação e Controle Externo da Atividade Policial vêm delineadas na Port. nº 799, de 21. Nov. 1996 (fls. 4-8).

De outro lado, quanto às razões legais que autorizam a intervenção do Ministério Público nessas hipóteses, estão já bem delineadas na exposição de motivos que deu origem à Portaria acima, de amplo conhecimento, conquanto veiculada no *Diário de Justiça*, e em cuja homenagem dispense-me de maiores considerações para aí remetendo o Missivista.

CONCLUSÃO

12. Ante o que acima se deixou exposto, sugiro: *a*) que se archive o expediente aqui examinado, porquanto ausente justa causa para a tomada de qualquer medida revisional ou correccional dos atos noticiados; *b*) que se comunique ao excelentíssimo senhor Procurador-Geral da República a decisão acima, com cópia do presente parecer.

Brasília-DF, 10 de fevereiro de 1998.

JOSÉ PIMENTEL NETO
Promotor de Justiça
Assessor do Procurador-Geral de Justiça

Aprovo. Arquive-se. Comunique-se.

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
Procurador-Geral de Justiça

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pela Lei Complementar nº 75, de 20-5-93, arts. 6º, inciso I, e 158, vem à presença de V. Exa. ajuizar, com fulcro no art. 8º, inc. VI, do Regimento Interno dessa Egrégia Corte,

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

visando a declaração em tese da inconstitucionalidade das alíneas *a* e *g* do inc. I, do inc. IV e do § 3º, todos do art. 1º do Decreto do GDF nº 16.114, de 2 de dezembro de 1994 (doc. 1), frente aos arts. 128, inciso I, e 132, alínea *e*, da Lei Orgânica do Distrito Federal (doc. 2), assim o fazendo por meio dos seguintes argumentos de fato e de direito.

DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E DA COMPETÊNCIA DO E. TJDFT PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO

Quando do julgamento, pelo Conselho Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do pedido de medida cautelar deduzido na primeira Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta perante esta E. Corte, autuada sob o nº Diversos nº 289/95, bem como da segunda Ação Direta de Inconstitucionalidade, esta já autuada sob o nº ADI 001/95, restaram decididas a possibilidade do pedido e da competência do Conselho Especial para processar e julgar ações diretas de inconstitucionalidade de leis municipais frente à Constituição local (cf. docs. anexos).

Em relação à possibilidade do pedido e à competência do Conselho Especial, assim se pronunciou o Desembargador Estevam Maia, cujo voto foi o condutor a respeito do tema neste E. TJDFT:

“Por outro lado, a pretensão deduzida se me afigura juridicamente possível, desde que prevista na Constituição Federal, não obstante a ausência de lei instituidora específica, porquanto não se pode subtrair ao

Judiciário o exame de lesão ou ameaça de lesão a direito de quem quer que seja. De igual modo, inquestionável se mostra a competência deste Tribunal para processar e julgar o feito, posto que a matéria, como destacado pelo Supremo Tribunal Federal, é de natureza eminentemente local. (Fl. 5 do acórdão do pedido de liminar, reg. sob o nº 85976)”

Releva notar que o processamento e o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade têm as suas justificativas, porquanto o Distrito Federal, entidade estatal distinta da União, com autonomia política e administrativa, possui norma com *status* de Constituição local, exatamente a Lei Orgânica do Distrito Federal.

Destarte, como ocorre nos Estados, há que se exercer o controle da constitucionalidade das leis de caráter municipal frente à Constituição local, também por via de ação direta e tendo em vista a atribuição de efeitos jurídicos *erga omnes*.

A atribuição de efeitos jurídicos *erga omnes* a uma decisão que efetue um determinado controle de constitucionalidade é recurso jurídico indispensável ao pleno funcionamento do processo brasileiro de controle de constitucionalidade.

Por isso a Constituição Federal dispôs ser dever de cada entidade federada instituir tal representação de inconstitucionalidade (arts. 32, § 1º, c/c 125, § 2º). Mas o controle, a esse nível, tendo em vista a política de freios e contra-pesos — *checks and balances* — que deve existir na trilogia de Poderes concebida por *Montesquieu*, deve ser feito por meio do Poder Judiciário.

Compete, *in casu*, ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, a atribuição de declarar a inconstitucionalidade das leis, por via de procedimento próprio e perante o E. Conselho Especial. Assim o permite o texto do art. 8º, inciso VI, do Regimento Interno do E. TJDFT, em cumprimento à Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal.

Não se pode olvidar que este E. TJDFT só começou a processar e julgar ações diretas de inconstitucionalidade após a negativa do C. Supremo Tribunal Federal de prestar jurisdição em casos que tais.

Com efeito, em reiteradas vezes o C. Supremo Tribunal Federal não conheceu de Ações Diretas propostas pelo Governador do Distrito Federal, quando se tratava de leis distritais de caráter municipal em afronta direta ao texto constitucional. De igual modo, confirmou a competência dos tribunais de justiça estaduais para a espécie.

Quanto à competência dos tribunais de justiça estaduais, vejam-se as seguintes ementas de acórdão:

“*Ementa*: Admissão de propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional esta-

dual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta.” (Reclamação nº 383-3-SP, Relator Ministro Moreira Alves, *DJU* 21-5-93).

Ementa: Controle abstrato de constitucionalidade: ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, perante o Tribunal de Justiça, fundada em violação de preceitos da Constituição do Estado, ainda que se cuide de reprodução compulsória de normas da Constituição da República.”

(RE nº 163.390-4-AL, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, *DJU* 27-10-94). Já especificamente em relação ao Distrito Federal, assim decidiu o C. STF, no julgamento da Medida Cautelar da ADIn nº 611 — DF, cujo acórdão foi publicado no *DJU* do dia 11-12-92, sendo relator o Ministro Sepúlveda Pertence:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade: Objeto: lei do Distrito Federal fundada em competência municipal: descabimento. O Distrito Federal, ao qual se vedou Municípios (RF, art. 32), é entidade federativa que acumula as competências reservadas pela Constituição aos Estados-Membros e Municípios (CF, art. 32, § 1º), dada a inexistência de controle abstrato de normas municipais em face da Constituição da República, segue-se o descabimento de ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja ato normativo editado pelo Distrito Federal, no exercício de competência que a lei fundamental reserva aos Municípios, qual seja a de disciplina e polícia do parcelamento do solo urbano.”

De outra parte, ao apreciar a ADIn nº 911-7-DF, o Exmo. Sr. Ministro Celso de Mello, então no exercício da Presidência da Excelsa Corte, houve por bem indeferir-lhe liminarmente, sob o seguinte argumento:

“A natureza ancilar desse ato regulamentar basta, contudo — e independentemente de quaisquer outras considerações —, para excluí-lo da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal que, sucessivas decisões (ADIn nº 147, Rel. Min. Carlos Madeira; ADIn nº 365 (Edcl), Rel. Min. Celso de Mello; ADIn nº 589, Rel. Min. Carlos Velloso), tem proclamado que “... a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento hábil ao controle da validade de atos normativos infra-legais, em face da lei sob cuja égide foram editados, ainda que, num desdobramento, se possa estabelecer, mediante prévia aferição da inobservância dessa mesma lei, o confronto conseqüente com a Constituição Federal.” (decisão lavrada em 30-7-93).

Ora, se o C. Supremo Tribunal Federal negou-se a prestar jurisdição *in casu*, por se tratar de matéria eminentemente local, não pode também o E. TJDF/T negar-se a prestar jurisdição, pois nenhuma lesão de direito pode deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV, CF).

Aliás, o E. TJDF/T, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 001-95, e de várias outras ações diretas posteriores (nºs 2 a 4), deu-se por competente à unanimidade de votos, sendo este entendimento o mais consentâneo com a ordem constitucional pátria.

DA LEGITIMIDADE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Quando do julgamento, pelo Conselho Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do pedido de medida cautelar deduzida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 001-95, restou amplamente reconhecida a legitimidade do Governador do Distrito Federal para propor esta espécie de ação.

Com efeito, tal legitimidade foi reconhecida a partir da aplicação analógica do art. 103 da Constituição Federal, consoante se verifica por outro trecho do voto do então Desembargador relator, Estevam Maia, assim posto:

“A outra questão seria da legitimidade do Governador para suscitar a inconstitucionalidade, que entendo legítima, inobstante a ausência de lei específica, porque a Constituição diz que o Estados instituirão e quando instituírem, evidentemente vão dizer quais são as pessoas e as entidades que têm legitimidade para propor a ADIn.

Considerarei, então, que devido à ausência de lei específica, me socorri do que diz a Constituição Federal..., que concede ao Governador a legitimidade para propor dita ação quando a inconstitucionalidade se referir à Constituição Federal.

Então, por analogia, estou considerando legítima a postulação feita pelo Senhor Governador. É esse o segundo destaque (fl. 22 do acórdão do pedido de liminar)”

Em relação à legitimidade do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, foi igualmente admitida pelo E. Conselho Especial deste TJDF/T, desta feita por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4/97, ocorrido em 16-12-97 (cf. DJU de 10-2-98, Seção 3, p. 68).

Acerca do assunto, assim se pronunciou o relator de tal ADIn, Desembargador *Vasquez Cruxên*:

“Quanto à legitimidade do senhor Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal para propor a presente ação, também a reconheço. Adotando a mesma linha de raciocínio do requerente, também entendo que ‘interpretando-se analogicamente o art. 103 da Constituição Federal, da idêntica forma que o Conselho Especial reconheceu a legitimidade do Governador do Distrito Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 001/95, vê-se que se o inciso VI do mencionado art. 103 da CF defere ao Procurador-Geral da República a legitimidade para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade frente à Constituição Federal, tem-se analogicamente a legitimidade do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios para defender o cumprimento da Lei Orgânica do Distrito Federal, em face das leis locais, pois não se pode admitir que apenas no Distrito Federal não possa o Chefe do Ministério Público respectivo estar legitimado, atuando imparcialmente como fiscal da lei, quando o Governador teve sua legitimidade reconhecida por analogia. Ademais, a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que instituiu o Ministério Público da União e, em seu âmbito, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, incluiu como disposição geral, válida não somente para o Ministério Público Federal, a atribuição de promover a Ação Direta de Inconstitucionalidade e o respectivo pedido de medida cautelar (cf. art. 6º, inciso I)’. Com estes fundamentos reconheço a legitimidade ativa (cf. notas taquigráficas)”

Por isto que o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios *é pessoa legitimada* para propor o controle da constitucionalidade das leis locais frente à Constituição local, por via de *ação direta* e tendo em vista a atribuição de efeitos jurídicos *erga omnes*, promovendo a defesa do ordenamento jurídico, mais especificamente da Lei Orgânica do Distrito Federal, frente a leis locais com ela incompatíveis verticalmente.

Aliás, o E. Conselho Especial concedeu no dia 24-3-1998, nova medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, pleiteada pelo Procurador-Geral de Justiça (cf. Processo nº 585-9/98).

DA VIOLAÇÃO À LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL

A presente ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto a declaração, em tese, da inconstitucionalidade das alíneas *a* e *g* do inc. I, do inc. IV e do § 3º, todos do art. 1º do Decreto do GDF nº 16.114, de 2 de dezembro de 1994, frente aos arts. 128, inciso I, e 132, alínea *e*, da Lei Orgânica do Distrito Federal, tendo em vista vícios de inconstitucionalidade de ordem formal e material.

Eis a íntegra dos dispositivos impugnados do Decreto do GDF nº 16.114, de 2 de dezembro de 1994:

“Art. 1º O Imposto sobre Transmissão *Inter Vivos* de Bens Imóveis por Natureza ou Acesso Física de Direitos Reais sobre Imóveis — ITBI, incide sobre (Lei nº 11, de 29-12-88, art. 1º):

I — a transmissão onerosa, por ato *inter vivos*, da propriedade de bens imóveis, em consequência de:

a) compra e venda, inclusive promessa de compra e venda, sem cláusula de arrependimento;

... (omissis)

g) mandato em causa própria e seus substabelecimentos, quando o instrumento contiver os requisitos essenciais a uma compra e venda de imóveis.

... (omissis)

IV — cessão de direitos relativos às transmissões de que trata este artigo, inclusive o compromisso de cessão, sem cláusula de arrependimento e com imissão na posse.

... (omissis)

§ 3º Quando existindo procuração em causa própria ou equivalente, a aquisição do bem ou direito não vier a ser feita pelo primeiro mandatário, a alíquota será multiplicada por um número igual ao dos sucessivos mandatários ou por esse número aumentado de uma unidade se o adquirente for o último mandatário.”

Quanto aos dispositivos da Lei Orgânica do Distrito Federal que foram violados, estão ambos inseridos no Capítulo I (Do Sistema Tributário do Distrito Federal), do Título IV (Da Tributação e do Orçamento do Distrito Federal, da Lei Orgânica do Distrito Federal, tendo o seguinte texto:

“Art. 128. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado ao Distrito Federal:

I — exigir ou aumentar tributo sem que lei o estabeleça.”

“Art. 132. Compete ao Distrito Federal instituir:

I — impostos sobre:

... (omissis)

e) transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.”

DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

É evidente a inconstitucionalidade formal dos dispositivos impugnados do Decreto do GDF nº 16.114, de 2 de dezembro de 1994.

Acerca de tal espécie de inconstitucionalidade, releva trazer à colação o ensinamento do Prof. *José Joaquim Gomes Canotilho*, assim posto:

“A desconformidade dos atos normativos com o parâmetro constitucional dá origem ao vício de inconstitucionalidade. Esse vício será formal quando incidir sobre *o ato normativo enquanto tal*, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma de sua exteriorização. Na hipótese de *inconstitucionalidade formal*, viciado é o *ato*, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final. Os vícios formais são, conseqüentemente, *vícios do ato*, enquanto os vícios materiais são *vícios das disposições*, constantes do ato. Daqui se conclui que, havendo um vício formal, em regra fica afetado o texto em sua integralidade, pois o ato é considerado formalmente como uma unidade” (*in Direito Constitucional*, 5ª edição — Coimbra: Almedina, 1992, p. 1024).

Ora, na espécie, há vício de inconstitucionalidade formal porque o Decreto impugnado cria novas hipóteses de fato gerador do Imposto sobre Transmissão *inter vivos*, não previstas na Lei Orgânica do Distrito Federal, nem tampouco na lei de competência (Lei do DF nº 11/88), o que só poderia ser feito, em tese, por lei.

Com efeito, tanto o art. 132, inc. I, da LODF, quanto os arts. 1º e 2º da Lei do DF nº 11, de 29-12-88, tão-somente estabelecem três hipóteses de incidência de ITBI, a saber:

- a) a transmissão *inter vivos* da propriedade de bens imóveis;
- b) a transmissão *inter vivos* de direitos reais sobre bens imóveis, exceto direitos reais de garantia;
- c) a cessão de direitos à transmissão de imóveis ou direitos reais sobre imóveis.

No entanto, o Decreto do GDF nº 16.114/94 criou novas hipóteses de incidência de ITBI, sem qualquer base constitucional ou legal, quais sejam:

- a) a promessa de compra e venda;

- b) o mandato em causa própria e seus substabelecimentos;
- c) a promessa de cessão de direitos.

Como ato administrativo inferior à lei, o decreto não a pode contrariar, nem ir além do que ela permite. No que tal administrativo infringir ou extravasar os limites impostos pela lei, máxime em se tratando de matéria tributária, será írrito e nulo, podendo-se caracterizar apenas ilegalidade ou também inconstitucionalidade, se forem igualmente violados limites impostos em dispositivos constitucionais, como ocorreu *in casu*.

O E. TJDFT, a propósito, tem se mostrado ardoroso defensor do Princípio da Legalidade Tributária, consoante se observa pelas seguintes considerações, tecidas pelo Desembargador *Campos Amaral*, em hipótese semelhante, de ato infralegal criador de exação tributária, *in verbis*:

“A função essencial do Parlamento é votar tributos ou modificar os anteriores, destinação que está na raiz do seu nascimento, como recorda o saudoso constitucionalista Genésio de Almeida Moura, referindo-se à Grande Carta (*Magna Carta Libertatum* ou *Magna Carta Barorum*), que os barões revoltados arrancaram do Rei João sem Terra, em 1215. Esse documento sobreviveu, não tanto pelos seus dispositivos, pois nele se consignam idéias que se incorporaram ao Direito Constitucional. Assim, a de que é o Parlamento, e não o Rei, quem tem o direito de decretar impostos. Daí a antiga máxima inglesa: “no taxation without representation” — não há outros impostos senão os que forem aprovados pela representação popular.” (TJDFT, MS nº 7.343/97, julg. 30-9-97, Acórdão Reg. nº 99.444)

Na espécie, tendo o Decreto ora impugnado invadido matéria privativa de lei, incidiu em inconstitucionalidade formal neste particular, inconstitucionalidade essa que cumpre ser declarada, em tese, por este E. Conselho Especial.

DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Também padecem de inegável vício de inconstitucionalidade material os dispositivos impugnados do Decreto do GDF nº 16.114, de 2 de dezembro de 1994.

Acerca do *vício de inconstitucionalidade material*, ensina *José Joaquim Gomes Canotilho* o seguinte:

“*Vícios materiais*: São aqueles que respeitam ao conteúdo do ato, derivando do contraste existente entre ou princípios incorporados no ato e as normas de princípios da Constituição. No caso de inconstitucionalidade...

dade *material* ou *substancial*, viciadas são as disposições ou normas singularmente consideradas.” (*in Direito Constitucional*, ed. Almedina, 1992, Coimbra, Portugal p.1024).

Na espécie, há também inconstitucionalidade material porque ainda que tivessem sido criados por lei distrital os fatos geradores de ITBI ora impugnados — promessa de compra e venda, mandato em causa própria e promessa de cessão — persistiria uma situação de incompatibilidade com a Lei Orgânica do Distrito Federal, que limita a incidência do ITBI às transmissões de imóveis e de direitos reais, aí incluídas as cessões de tais direitos, isto é, de direitos reais.

De fato, a Constituição local — a LODF — não permite a incidência de ITBI sobre meros contratos preliminares, geradores de direito pessoal, como são a promessa de compra e venda, o mandato em causa própria e a promessa de cessão.

Ora, a promessa de compra e venda que não seja devidamente averbada no Registro de Imóveis, à margem da matrícula do imóvel respectivo, na forma do art. 5º do DL nº 58/37, gera mero direito pessoal, ainda que contenha cláusula de não-arrependimento.

De igual modo, o mandato em causa própria e a promessa de cessão são atos jurídicos que não geram direitos reais, daí porque não podem dar ensejo à incidência do ITBI, que é um imposto relacionado essencialmente com a transmissão de direitos reais.

Que o ITBI só incide quando da transmissão de direitos reais, já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal várias vezes, senão vejamos:

Ementa: Imposto de Transmissão de Propriedade.

— O Imposto de Transmissão de Propriedade não alcança as promessas de compra e venda, em que se não transmita direito real.

(STF, Recurso Extraordinário. Número do Processo: RE. 22644. Classe: RE. Relator: Ministro Afranio Costa. Julgamento: 20-8-1956. Sessão: Segunda Turma. Publicações: *DJ* data 9-8-54 p. 02471 . Ementário do STF vol-00162-01 p. 00034).

Ementa: Direito de pesquisa — Cessão — Imposto de Transmissão Inter Vivos.

— Constituindo o direito de pesquisa mera concessão ou autorização do proprietário de minas, que é o estado, não há, no caso, de transmissão de direito, incidência do imposto *inter vivos* por não existir transmissão de direito real.

(STF, Embargos em Recurso Extraordinário. Número do processo: ERE 55320. Classe: ERE. Relator: Ministro Candido Motta. Julgamento: 10-8-1964. Sessão: TP — Tribunal Pleno. Publicações: *DJ* data 22-10-64)

Aliás, o C. Supremo Tribunal Federal já declarou, inclusive, a inconstitucionalidade de leis estaduais que impunham a incidência de ITBI nos contratos preliminares em questão, conforme decisões abaixo, *in verbis*:

Ementa: Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de direitos a eles relativos. Fato gerador.

— O compromisso de compra e venda e a promessa de cessão de direitos aquisitivos, dada a sua natureza de contratos preliminares no direito privado brasileiro, não constituem meios idôneos a transmissão, pelo registro, do domínio sobre o imóvel, sendo, portanto, inconstitucional a norma que os erige em fato gerador do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de direitos a eles relativos. Representação julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade do inciso VII do art. 89 do Decreto-Lei nº 5, de 15 de março de 1975, com a redação que lhe deu o Decreto-Lei nº 413, de 13 de fevereiro de 1979, ambos do Estado do Rio de Janeiro.

Votação: Unânime. Resultado: Procedente.

(Supremo Tribunal Federal. Rp-1211/RJ. Representação. Relator, Ministro Octavio Gallotti. Publicação. *DJ* data 5-6-87 p. 11112 Ementa vol-01464-01 p. 00015. Julgamento 30-4-1987 — Primeira Turma)

Ementa: Fato gerador do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de direitos a ele relativos. Compromisso de compra e venda.

— O compromisso de compra e venda, no sistema jurídico brasileiro, não transmite direitos reais nem configura cessão de direitos a aquisição deles, razão por que é inconstitucional a lei que o tenha como fato gerador de Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de direitos a eles relativos.

Representação julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade do inciso I do parágrafo único do artigo 114 da Lei nº 7.730, de 30 de outubro de 1973, do Estado de Goiás. Votação: Unânime. Resultado procedente.

(Supremo Tribunal Federal. Rp-1121/GO. Representação. Relator

Ministro Moreira Alves. Publicação. *DJ* data-13-4-84 p. 15629
Ementa vol-01332-01, p. 00019. RTJ vol-00109-03, p. 00895. Julgamento 9-11-1983 — Tribunal Pleno).

Também o C. Superior Tribunal de Justiça possui o mesmo entendimento, consoante se verifica pela leitura da seguinte ementa de decisão:

Ementa: Imposto de Transmissão 'inter vivos' — Fato gerador — não incidência sobre bens objeto de promessa de compra e venda.

O Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador a transmissão da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis e não simples celebração de contrato de promessa de compra e venda, ainda que irrevogável ou irrevogável. Recurso Provido.

Decisão: por unanimidade, dar provimento ao recurso.

(Superior Tribunal de Justiça. Decisão: 2-3-1994. Processo: Resp num: 0001066 Ano: 89 Uf: RJ. Turma: 01. Relator: Ministro Garcia Vieira. Recurso especial. Fonte: *DJ* data: 28-3-1994, p. 06291. RSTJ vol.: 00063 p. 00193).

Ementa: Tributário — Imposto de Transmissão de Bens Imóveis — Fato gerador — Registro imobiliário — (C. Civil, art. 530).

A propriedade imobiliária apenas se transfere com o registro do respectivo título (C. Civil, art. 530). O registro imobiliário e o fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens imóveis. Assim, a pretensão de cobrar o ITBI antes do registro imobiliário contraria o ordenamento jurídico.

Decisão: Por unanimidade, dar provimento ao recurso.

(Superior Tribunal de Justiça. Decisão: 21-10-1992. Processo: Resp num: 0012546 Ano: 91 UF: RJ Turma: 01. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Recurso especial. Fonte: *DJ* data 30-11-1992, p. 22559)

Como se observa, a incidência de ITBI em face da ocorrência de meros contratos preliminares, ensejadores da aquisição de direitos pessoais, vem merecendo o repúdio de nossos EE. Tribunais Superiores, o que não será diferente — com toda a certeza — no presente caso.

Por todo o que se disse, extrai-se a necessidade de preservação da incolumidade e da legalidade do sistema consagrado pelo constituição do DF, LODF. O governador do DF, ao divorciar-se dos ditames estabelecidos pela Lei Orgânica do DF, busca impor

ao contribuinte do DF um estado de ilegítima submissão tributária, em contrariedade frontal aos princípios que informam o estado democrático de direito, situação que se impõe seja obstaculizada por meio da presente ação.

DO PEDIDO

Ex positis, requer o ora signatário:

a) seja intimado o Exmo. Sr. Governador do DF, para prestar informações acerca do ato impugnado, de sua autoria, no prazo de 30 dias, na forma do art. 3º da Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964;

b) que também seja intimado o Procurador-Geral do Distrito Federal, para atuar como curador do ato impugnado, nos termos do art. 4º da Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964;

c) a oitiva do Ministério Público, para ofertar parecer sobre o pedido, na condição de *custos legis*;

d) a procedência da presente ação, com a declaração, em tese e com efeitos *ex tunc e erga omnes*, da inconstitucionalidade das alíneas *a* e *g* do inc. I, do inc. IV e do § 3º, todos do art. 1º do Decreto do GDF nº 16.114, de 2 de dezembro de 1994, frente aos arts. 128, inciso I, e 132, alínea *e*, da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Brasília-DF, 31 de março de 1998.

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA

Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Órgão: CONSELHO ESPECIAL

Classe: AIL — Argüição de Inconstitucionalidade

Nº Processo: 838-6/98

Argüente: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DF E TERRITÓRIOS

Argüido: GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

Relator: DES. EVERARDS MOTA E MATOS

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Preliminar de não conhecimento por falta de pressuposto. Decreto GDF nº 16.114/94 — violação de normas da LODF: Arts 128, I e 132, e. Imposto de Transmissão sobre Bens Imóveis (ITBI) — Incidência sobre fatos geradores diversos. Vício de ordem formal (legalidade) e material (conteúdo).

— O Decreto Distrital, como ato legal normativo, é suscetível do juízo de inconstitucionalidade, de competência do TJDF.

— A previsão, por decreto, de fatos geradores de tributo (no caso ITPI), diversos dos expressamente previstos na Lei Orgânica do DF, além de ferir a legalidade tributária, que só permite a previsão via lei em sentido formal, ofende materialmente o perfil constitucional do Imposto de Transmissão, *inter vivos*, de bens imóveis, porque tal tributo não tem, como fonte determinante de sua incidência, meros atos obrigacionais de promessa tendentes à futura realização do fato tributável.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Everards Mota e Matos — relator, Getúlio Pinheiro, Natanael Caetano, Vasquez Cruxên, Nívio Gonçalves, Vaz de Mello, Nancy Andrichi, Otávio Augusto, Estevam Maia, Eduardo de Moraes Oliveira e Romão C. de Oliveira — Vogais, sob a presidência do Desembargador Hermenegildo Gonçalves, em julgar procedente a arguição. Vencido o Desembargador Romão Oliveira, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 9 de fevereiro de 1999.

DES. HERMENEGILDO GONÇALVES

Presidente

DES. EVERARDS MOTA E MATOS

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade pela via da ação direta, proposta pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal, com fundamento no artigo 8º, inciso VI, do Regimento Interno desta Corte, visando à declaração, em tese, da inconstitucionalidade das alíneas *a* e *g* do inciso I, do inciso IV e do § 3º do Decreto do GDF nº 16.114, de 2 de dezembro de 1994, frente aos artigos 128, inciso I, e 132, alínea *e*, da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Sustenta o Argüente padecerem os citados dispositivos impugnados do vício de inconstitucionalidade formal, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, porque criou o Decreto novas hipóteses de fato gerador do Imposto sobre Transmissão *inter vivos*, não previstas na Lei Orgânica do Distrito Federal, tampouco na lei de competência — Lei do DF nº 11/88.

Afirma, ainda, existir inconstitucionalidade material, por desfiguração do perfil constitucional do citado imposto, com a tributação de hipóteses diferentes das previstas legalmente pela LODF e pela Lei Distrital nº 11/88 que não permitem a incidência de ITBI sobre meros contratos preliminares, geradores de direito pessoal, como, nos casos de promessa de compra e venda, mandato em causa própria e promessa de cessão.

O Exmo. Sr. Procurador-Geral do Distrito Federal, oficiando como curador do ato impugnado, postulou, em preliminar, o não-conhecimento da ação, por envolver a

matéria, em tese, mera ofensa à lei ordinária, e em se tratando de ato regulamentar, como é o caso do Decreto, não pode este sujeitar-se à fiscalização abstrata de constitucionalidade. No mérito, afirma não ter havido inovação da ordem jurídica, pois o decreto impugnado apenas explicitou as hipóteses de incidência do ITBI implicitamente contidas na lei de competência e que a eventual natureza obrigacional dos atos tributados no decreto atacado não impede sejam tributados pelo ITBI.

O Exmo. Sr. Governador do Distrito Federal prestou as informações, defendendo a existência do ato impugnado, ao afirmar que o ITBI também incide sobre a cessão de direitos obrigacionais à aquisição de imóveis, e não só à cessão de direitos reais, além de servir como meio para possibilitar a tributação de atos ilícitos ou transações informais que objetivem a transmissão irregular ou fictícia de direitos reais. Requer, de igual modo, a improcedência da arguição.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela admissão e procedência da ação.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Des. Everards Mota e Matos — (Relator) — Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, tendo por objeto o Decreto do Governo do Distrito Federal nº 16.114, o qual regulamentou o Imposto sobre Transmissão *Inter Vivos*, de bens imóveis e de direito a eles relativos — ITBI.

Resta inquestionável a competência deste Eg. Conselho Especial para processar e julgar o feito, como vem se balizando a jurisprudência do Excelso Pretório, bem com a desta Eg. Corte.

O STF já firmou o entendimento no sentido de que o processo em julgamento de demandas que versem acerca de violação da Lei Orgânica do DF por lei local, de caráter municipal, é da competência desta Corte, como decidido na ADIn nº 1.405-6/DF.

E tal competência é exercida por meio do seu órgão maior, o douto Conselho Especial, que também já se pronunciou neste sentido, nos termos dos votos proferidos pela Eminente Desa. Nancy Andrighi, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1997-8, e pelo Eminente Des. Estevam Maia, no julgamento da ADIn nº 001/95.

A doutrina acerca do tema assim também tem entendido, como expõe Gilmar Ferreira Mendes, em sua conceituada obra “Jurisdição Constitucional”, *verbis*:

“Nessa hipótese, diante da impossibilidade de se proceder ao exame direto de constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição perante o Supremo Tribunal, tem-se de admitir, com o Supremo Tri-

bunal Federal, que descabe “ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto seja ato normativo editado pelo Distrito Federal, no exercício de competência que Lei Fundamental reserva aos Municípios”.

De igual modo, reconheço a legitimidade do douto Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, para propor o controle da constitucionalidade das leis locais frente à Constituição local, aplicando-se por analogia o contido na Carta Magna que confere ao Procurador-Geral da República a legitimidade para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade frente à Constituição Federal.

Com relação à preliminar suscitada pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral do Distrito Federal, de não conhecimento da Arguição, por impossibilidade jurídica de se proceder ao exame da constitucionalidade de ato regulamentar editado para execução da Lei nº 11/88, julgo inaplicável esse entendimento ao caso *sub exame*.

É bem verdade que o Eg. Supremo Tribunal Federal tem demonstrado alguma resistência em admitir o controle concentrado de constitucionalidade, *in abstracto*, mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade, de ato regulamentar de mera execução da lei .

Contudo, o Decreto fora impugnado por meio da presente ação, não só porque ele extrapolaria os limites delineados pela norma legal que se pretendeu regulamentar, mas, principalmente, porque afrontaria o princípio constitucional da legalidade tributária.

Daí, exsurge a ressalva hoje bem defendida por boa parte dos constitucionalistas, como pelo já citado prof. Gilmar Ferreira Mendes, que defendem o controle judicial do ato regulamentar quando este, na forma de decreto, tenha força de lei, editado ao arripio do princípio da reserva legal, ou que se revele incompatível com o princípio da supremacia da lei.

Tal hipótese é chamada de inconstitucionalidade indireta, porque o ato normativo, ao confrontar-se diretamente com a lei, estabelece um confronto indireto com a própria Constituição, razão por que não se pode admitir a tese de que o ato desta natureza estaria condicionado a um juízo de legalidade, e não de constitucionalidade.

A Lei Orgânica do DF, que representa a ordem jurídica vigente no âmbito do DF prevê, via do seu art. 60, item XIX, como competência privativa da Câmara Legislativa, “... suspender, no todo ou em parte, a execução da lei ou *ato normativo* (grifei) declarado ilegal ou inconstitucional, tanto pelo STF quanto pelo Tribunal de Justiça do DF ...”

Ora, a própria lei é que reconhece expressamente a competência de a Câmara suspender o ato normativo, como o é o decreto, declarado inconstitucional e esta declaração só pode ser da competência desta Corte.

Não se pode permitir que os atos regulamentares fiquem imunes ao controle abstrato de normas, sob pena de darmos “carta branca” ao Poder Executivo que, rompendo com a necessária vinculação da administração à Constituição, poderia editar qualquer ato regulamentar, ainda que em contradição com os direitos individuais, sem observância do princípio da reserva legal.

Na esteira desse entendimento é que o Eg. Supremo Tribunal Federal conheceu de ações diretas de inconstitucionalidade, quando o ato regulamentar contraria princípios de ordem constitucional, como se pode ver na ementa seguinte:

“Constitucional. Concurso público. Art. 97, par-1 D da Lei Fundamental. Decreto nº 19.781/79, de Minas Gerais, art. 19 e seu parágrafo único. Sua inconstitucionalidade.

— Fixando o art. 19 e seu parágrafo único do Decreto nº 19.781/79, norma que contraria o princípio constitucional moralizador do concurso público para o provimento de cargos da administração, o qual se insere no art. 97 e seu par-1 da Constituição Federal, tais preceitos regulamentares — que sequer encontram respaldo na lei regulamentada (Lei nº 7.452/78) — hão de ser declarados inconstitucionais. (STF, RP nº 1.133/MG, Relator, Ministro Aldir Passarinho, Tribunal Pleno. Unânime. RTJ 113/996) — p. 61/62.

No caso em apreço, o objeto do controle de constitucionalidade é o Decreto do DF nº 16.144/94, o qual sustenta o Argüente violar o fato gerador do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis — ITBI, frente ao artigo 132, alínea e, da Lei Orgânica do DF, bem como à própria lei que se pretendia regulamentar, de nº 11/88, porque o citado decreto teria criado novas hipóteses de fato gerador para incidência do imposto, o que contraria o princípio constitucional da legalidade tributária.

Sendo assim, entendo juridicamente possível a pretensão deduzida na presente ação, inclusive em homenagem ao princípio da garantia constitucional de que todo o ato submetido à Constituição necessariamente deve sofrer o crivo do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, razão por que rejeito a *preliminar de inadmissibilidade* da ação suscitada pelo douto Procurador-Geral do DF, para conhecer da mesma.

No mérito, sustenta o Argüente que o ato normativo impugnado criou novas hipóteses de incidência do tributo, matéria constitucionalmente reservada à lei ordinária, de forma a contaminá-lo pelos vícios de inconstitucionalidade formal e material.

Cumpre, portanto, trazer ao conhecimento os dispositivos impugnados do Decreto do GDF nº 16.114, de 2 de dezembro de 1994:

“Art. 1º O Imposto sobre Transmissão *Inter Vivos* de Bens Imóveis por Natureza ou Acesso Física de Direitos Reais sobre Imóveis — ITBI, incide sobre (Lei nº 11, de 29-12-88, artigo 1º):

I — a transmissão onerosa, por ato *inter vivos*, da propriedade de bens imóveis, em consequência de :

a) compra e venda, *inclusive promessa de compra e venda, sem cláusula de arrependimento;*

... (*omissis*)

g) *mandato em causa própria* e seus subestabelecimentos, quando o instrumento contiver os requisitos essenciais a uma compra e venda de imóveis.

... (*omissis*)

IV — cessão de direitos relativos às transmissões de que trata este artigo, *inclusive o compromisso de cessão*, sem cláusula de arrependimento e com imissão na posse.

... (*omissis*)

§ 3º Quando *existindo procuração em causa própria ou equivalente*, a aquisição do bem ou direito não vier a ser feita pelo primeiro mandatário, a alíquota será multiplicada por um número igual ao dos sucessivos mandatários ou por esse número aumentado de uma unidade se o adquirente for o último mandatário.”

Os artigos da Lei Orgânica do Distrito Federal que teriam sido violados encontram-se inseridos no Capítulo I (Do Sistema Tributário do Distrito Federal), do Título IV (Da Tributação e do Orçamento do Distrito Federal), assim expressos, *verbis*:

“Art. 128. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado ao Distrito Federal:

I — exigir ou aumentar tributo sem que lei o estabeleça.”

“Art. 132. Compete ao Distrito Federal instituir:

I — impostos sobre:

... (*omissis*)

e) transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição.”

Alega o Distrito Federal que o citado decreto apenas teria explicitado as hipóteses de incidência do ITBI, implicitamente contidas na lei ordinária, de modo a também

fazê-lo incidir sobre a cessão de direitos obrigacionais, e não só sobre a cessão de direitos reais.

Busca justificar que também estaria autorizada a tributação da promessa de cessão de direitos, bem como da mera procuração e da promessa de compra e venda, ainda que não registrada em cartório, portanto meros atos obrigacionais mas não de efetiva transmissão.

Houvera, no caso, uma exacerbação do poder regulamentador do Chefe do Executivo na edição do ato normativo, que ultrapassou os limites delineados pela lei ordinária, ao ponto de violar os dispositivos constitucionais previstos na Lei Orgânica do DF, pois criou-se realmente novas hipóteses de incidência do ITBI não previstas na constituição local.

Além de afronta ao princípio da legalidade tributária, uma vez que somente a lei pode estabelecer a definição do fato gerador da obrigação principal, no caso incluiu-se, ainda, via decreto, os chamados *contratos preliminares de promessa* como uma nova forma de incidência do tributo, reconhecendo fato gerador não admitido legalmente como fonte do dito tributo.

Não há falar-se que a legislação tributária tem o condão de abarcar situações não previstas especificamente no ordenamento jurídico, de forma a permitir a constituição da relação tributária, fazendo crer o ilustre Procurador-Geral do DF que, mesmo não prevista a hipótese de incidência do imposto nos contratos preliminares ou de transmissões de direitos obrigacionais relativos a imóveis na Lei nº 11/88 e no Decreto nº 16.114/94, ainda assim haveria de incidir o ITBI. Contudo, estar-se-ia aplicando, na verdade, a analogia contra o contribuinte.

Ocorre que esta reconhecida exação tributária, que extrapola os limites traçados na própria lei ordinária, camuflada sob a justificativa da existência do alegado fato gerador implícito, como forma de incidir novas formas de incidência do imposto não previstas em lei, fere de morte o princípio da legalidade tributária.

A tipicidade da tributação, decorrente do princípio da *legalidade tributária*, exige que a lei fiscal seja clara e precisa, de modo a impedir o subjetivismo a permitir a interpretação analógica pelo Executivo que, mediante a edição de decretos regulamentares, portarias etc., pode modificar o seu conteúdo.

Significa dizer que o princípio da legalidade da tributação exige lei em sentido formal, como instrumento normativo proveniente do Poder Legislativo, cabendo ao decreto ocupar-se apenas de matéria não compreendida no âmbito da reserva legal.

Reconhecida a inconstitucionalidade formal do decreto impugnado, no seu sentido material também há de se reconhecer ser ele inconstitucional, em face do desvirtua-

mento da natureza do tributo em discussão, pois fez ele incidir uma nova modalidade de tributação, incluindo-se os contratos preliminares.

Insiste o Distrito Federal em afirmar que o ITBI também incide sobre os *contratos que transmitem direitos obrigacionais à aquisição de imóveis*, e não só sobre os que transmitem direitos reais.

Resta claro, portanto, a criação de um novo fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos, no caso os contratos preliminares à aquisição de imóveis.

Ocorre, porém, que o *referido tributo tem como fato gerador a transmissão da propriedade* ou do domínio útil de bens imóveis, como prevê o artigo 35 do Código Tributário Nacional. E a propriedade imóvel somente é adquirida pelo registro imobiliário, quando se consuma a transmissão, nos termos do artigo 530, inciso I do Código Civil, neste caso não se incluindo a promessa de transmissão, que compreende a promessa de compra e venda, a promessa de cessão e a outorga de mandato.

Com efeito, se na promessa de compra e venda não ocorre a transferência de bens imóveis, tal espécie de contrato não constitui fato gerador do ITBI, até porque este não é o título hábil à transmissão, pelo registro, que será feito por meio da escritura definitiva.

Ora, o chamado *pré-contrato apenas gera obrigação de fazer*, onde os contratantes se obrigam, posteriormente, a celebrar outro contrato, tratando-se, pois, de um contrato particular. Tanto o é que a promessa de compra e venda não exige, para sua validade, a outorga da mulher do promitente-vendedor, esta necessária apenas no momento da transmissão da propriedade com o seu respectivo registro imobiliário.

E a jurisprudência tem se pautado neste sentido, considerando inconstitucional a cobrança do ITBI antes de procedida a transcrição do imóvel no registro imobiliário, nos casos de contratos de compromisso de compra e venda, como decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em decisão assim ementada, *verbis*:

“Imposto de Transmissão Inter Vivos — Fato gerador — Não-Incidência sobre bens objeto de promessa de compra e venda. O Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador a transmissão da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis e não simples celebração de contrato de promessa de compra e venda, ainda que irrevogável ou irrevogável. Recurso provido. (RESP nº 1066/RJ, relator Ministro Garcia Vieira, acórdão publicado no DJ de 28-3-94)”.

Também o Excelso Pretório proferiu decisão a respeito, tornando pacífico o entendimento de não considerar a promessa de compra e venda como fato gerador do ITBI, conforme ementa a seguir, *verbis*:

Fato gerador do imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a ele relativos. compromisso de compra e venda.

— O compromisso de compra e venda, no sistema jurídico brasileiro, não transmite direitos reais nem configura cessão de direitos à aquisição deles, razão porque é inconstitucional a lei que o tenha como fato gerador de imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos. Representação julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade do inciso I do parágrafo único do artigo 114 da Lei nº 7.730, de 30 de outubro de 1973, do Estado de Goiás. (Representação nº 1.121-GO, Tribunal Pleno, Relator Ministro *Moreira Alves*. Fonte: RTJ — 109/895).

O perfil constitucional do imposto de transmissão de propriedade imóvel aponta-o como incidente sobre a efetivação do ato transmissor e não sobre as promessas tendentes à futura realização deste, donde há explícita inconstitucionalidade do ato legal nesse sentido.

Isto posto, julgo procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc e erga omnes*, das alíneas *a* e *g* do inciso I, do inciso IV e do § 3º, todos do artigo 1º do Decreto do GDF nº 16.114, de 2 de dezembro de 1994.

Oficie-se o Exmo. Sr. Governador do DF, remetendo-se cópia da ata de julgamento.

É como voto.

O Senhor Desembargador Getúlio Pinheiro — Vogal — Com o Relator.

O Senhor Desembargador Natanael Caetano — Vogal — Com o Relator.

O Senhor Desembargador Vasquez Cruxên — Vogal — Com o Relator.

O Senhor Desembargador Nívio Gonçalves — Vogal — Com o Relator.

O Senhor Desembargador Vaz de Mello — Vogal — Com o Relator.

O Senhor Desembargador Estevam Maia — Vogal — Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator.

Tenho ouvido comentários a respeito desse tema dizendo que o Distrito Federal cobra o imposto não só de quem recebe essa procuração, mas quando há substabelecimento. A cada substabelecimento, ele quer que se recolha o imposto como se fossem vendas sucessivas.

Estou com o eminente Relator.

O Senhor Desembargador Romão C. de Oliveira — Vogal — Senhor Presidente, peço vista.

O Senhor Desembargador Everards Mota e Matos — Relator — Tenho, inclusive, um esclarecimento a dar ao eminente Desembargador Romão C. de Oliveira porque o pedido de declaração de inconstitucionalidade visava às alíneas *a* e *g* do inciso I, do inciso IV e § 3º, todos do art. 1º do Decreto do GDF nº 16.114 de 2-12-94.

A dúvida da eminente Desembargadora Nancy Andrighi fora relativa à procuração em causa própria. De forma que...

A Senhora Desembargadora Nancy Andrighi — Vogal — Desembargador Romão C. de Oliveira, o texto é o seguinte:

“§ 3º Quando existindo procuração em causa própria ou equivalente, a aquisição do bem ou direito não vier a ser feita pelo primeiro mandatário, a alíquota será multiplicada por um número igual ao dos sucessivos mandatários ou por esse número aumentado de uma unidade, se o adquirente for o último mandatário.”

No inciso I diz que:

“I — a transmissão onerosa, por ato *inter vivos*, da propriedade de bens imóveis em consequência de:

a) compra e venda, inclusive de promessa de compra e venda, sem cláusula de arrependimento;”.

O Senhor Desembargador Romão C. de Oliveira — Vogal — Agradeço à V. Exa. e julgo improcedente a pretensão deduzida, considerando que a ação direta de inconstitucionalidade diz respeito a interpretação de lei, e, no caso, existe um decreto. Entre o decreto e a lei orgânica existe o Código Tributário do Distrito Federal. De sorte tal, Senhor Presidente, que não há como controlar esta matéria através da ação proposta, posto que de inconstitucionalidade de lei não se cuida, mas de uma possível dissonância entre o decreto e o código tributário, porque senão estaríamos pedindo aqui a inconstitucionalidade do Código Tributário e não do decreto. A ação direta de inconstitucionalidade a tanto não se presta. Logo não é caso de ação direta de inconstitucionalidade. Por quê? Porque o que o Ministério Público pretende expurgar do mundo jurídico é um decreto e, entre o decreto e a Constituição, diga-se, a Lei Orgânica do Distrito Federal, ainda há o Código Tributário.

Julgo improcedente.

DECISÃO

Julgou-se procedente a arguição. Vencido o Desembargador Romão Oliveira.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

O Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no uso das atribuições legais que lhe são conferidas pela Lei Complementar nº 75, de 20-5-1993, arts. 6º, inciso I, e 158, vem à presença de V. Exa. submeter, mediante a presente Representação, perante o Conselho Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios,

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (com pedido de medida liminar)

de lei local em face da Constituição local, vale dizer, da *Lei do DF nº 2.336*, de 17-3-1999 (doc. 1), frente ao art. 71, § 1º, incisos I e II, da Lei Orgânica do Distrito Federal, de 1993 (doc. 2).

1. DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO

Nesta ação direta de inconstitucionalidade, demonstra-se a incompatibilidade vertical da Lei do DF nº 2.336, de 17-3-1999, frente ao art. 71, § 1º, incisos I e II, da Lei Orgânica do Distrito Federal, de 1993, que tem *status* de Constituição local.

Eis a íntegra da lei em comento:

**“LEI Nº 2.336, DE 17 DE MARÇO DE 1999
(Autor do Projeto: Deputado Distrital Manoel de Andrade)**

Dispõe sobre a natureza dos cargos em comissão e das funções existentes nos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal quando exercidos por servidores militares da ativa do Distrito Federal.

O Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal promulga, nos termos do § 6º do art. 74 da Lei Orgânica do Distrito Federal, a seguinte lei, oriunda de projeto vetado pelo Governador do Distrito Federal e mantido pela Câmara Legislativa do Distrito Federal:

Art. 1º Os cargos em comissão e as funções existentes nos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal, quando exercidos por servidores militares da ativa do Distrito Federal, serão considerados, para todos os efeitos, de natureza policial militar ou de bombeiro militar, na conformidade do disposto nas Leis nºs 7.289, de 18 de dezembro de 1984, e 7.479, de 2 de junho de 1986.

Parágrafo único. Os militares da ativa do Distrito Federal, quando no exercício dos cargos e funções de que trata esta lei, terão assegurados os direitos, as prerrogativas e as garantias inerentes ao posto e à graduação que possuírem nas respectivas corporações, conforme definem os arts. 53 e 54, *capitis*, das Leis nºs 7.289, de 18 de dezembro de 1984, e 7.479, de 2 de junho de 1986.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário, em especial o art. 2º da Lei nº 817, de 22 de dezembro de 1994.

Brasília-DF, 22 de março de 1999.

DEPUTADO EDIMAR PIRENEUS
Presidente”

2. DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI EM FACE DO ART. 71, § 1º, INCISOS I E II DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL, DE 8-6-1993

Quanto ao dispositivo da Lei Orgânica do Distrito Federal que foi violado, está inserido na Subseção II (Das Leis), da Seção V (Do Processo Legislativo), do Capítulo II (Do Poder Legislativo), do Título III (Da Organização dos Poderes), da Constituição local, e tem o seguinte texto:

“Art. 71. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara Legislativa, ao Governador do Distrito Federal e, nos termos do art. 84, IV, ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, assim como aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Lei Orgânica.

§ 1º Compete privativamente ao Governador do Distrito Federal a iniciativa de leis que disponham sobre:

I — criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional, ou *aumento de sua remuneração*;

II — *servidores públicos do Distrito Federal, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;*” (g.n.)

Pela simples leitura da Lei nº 2.336/99, vê-se que ela:

a) dispõe sobre a natureza dos cargos em comissão e das funções existentes nos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal quando exercidos por servidores militares da ativa do Distrito Federal;

b) permite a contagem do tempo, para todos os efeitos, do tempo exercido por servidores militares da ativa do Distrito Federal, na conformidade do Estatuto dos Policiais Militares e dos Bombeiros Militares do Distrito Federal, respectivamente as Leis nºs 7.289, de 18 de dezembro de 1984 (doc. 3), e 7.479, de 2 de junho de 1986 (doc. 4);

c) garante aos militares em exercício nos cargos comissionados e nas funções de órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal os direitos, as prerrogativas e as garantias inerentes ao posto e à graduação que possuírem nas respectivas corporações, conforme definem os arts. 53 e 54 das Leis nºs 7.289, de 18 de dezembro de 1984, e 7.479, de 2 de junho de 1986, *verbis*:

“Lei nº 7.289/84

(...)

Da Remuneração

“Art. 53. A remuneração dos policiais-militares, compreendendo vencimentos ou proventos, indenizações e outros direitos, é devida em bases estabelecidas em lei específica.

§ 1º Os policiais-militares na ativa percebem remuneração, compreendendo:

I — vencimentos, constituídos de soldo e *gratificação de tempo de serviço*; e

II — indenizações.

§ 2º Os policiais-militares em inatividade percebem remuneração, compreendendo:

I — proventos, constituídos de soldo ou quotas de soldo e gratificações incorporáveis; e

II — indenizações incorporáveis.

§ 3º Os policiais-militares receberão o salário-família em conformidade com a lei pertinente.

§ 4º Os policiais-militares farão jus, ainda, a outros direitos pecuniários, em casos especiais.

Art. 54. O auxílio-invalidez, atendidas as condições estipuladas na lei específica que trata da remuneração dos policiais-militares, será concedido ao policial-militar que, quando em serviço ativo, tenha sido ou venha a ser reformado por incapacidade definitiva e considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho, não podendo prover os meios de subsistência.” (g.n.)

“Lei nº 7.479/86

(...)

Da Remuneração

Art. 54. A remuneração dos bombeiros militares compreende vencimentos ou proventos, indenizações e outros direitos e é devida em bases estabelecidas em lei específica.

§ 1º Os bombeiros militares na ativa percebem remuneração, compreendendo:

a) vencimentos, constituídos de soldo e *gratificação de tempo de serviço*; e

b) indenizações.

§ 2º Os bombeiros militares em inatividade percebem remuneração compreendendo:

a) proventos, constituídos de soldo ou quotas de soldo e *gratificação incorporável*; e

b) indenizações incorporáveis.

§ 3º Os bombeiros militares receberão o salário-família de conformidade com a lei que o rege.

§ 4º Os bombeiros militares farão jus, ainda, a outros direitos pecuniários, em casos especiais.” (g.n.)

d) altera, pois, o regime jurídico de tais servidores, criando-lhes vantagens que terão repercussão monetária, qual seja, a incorporação, dentre outras, da *gratificação de tempo de serviço*; e

e) determina, pois, indiretamente, o aumento dos gastos do Poder Executivo com os servidores beneficiados, na medida em que defere ganho remuneratório expressivo a cada servidor, aumentando-lhes os vencimentos globais.

A referida lei contém, pois, vício de iniciativa, por dispor sobre servidor público do Distrito Federal, seu regime jurídico, e até mesmo determinar, indiretamente, o aumento de sua remuneração, o que só poderia ter sido proposto por projeto de lei advindo do Poder Executivo, como ocorre, aliás, também na esfera federal, *ex vi* do disposto no art. 61, inciso II, alíneas *a* e *c* da Constituição Federal, aplicável aos entes federativos pelo princípio da simetria, conforme decisões proferidas pelo E. Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“A autonomia das Assembléias Constituintes Estaduais está ligada à estrutura e organização do Estado, não alcançando o tratamento de situações individualizadas, especialmente quando afaste o *princípio de que cabe ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre servidores, regime jurídico, ...*” (ADIIn 139-RJ, in RTJ 138/14, g.n.)

“A iniciativa reservada das leis que versem o regime jurídico dos servidores públicos revela-se, enquanto *prerrogativa conferida pela Carta Política ao Chefe do Poder Executivo*, projeção específica do princípio da separação dos poderes” (ADIIn 248-RJ, STF/pleno, RTJ 152/341, g.n.)

“A locução constitucional *‘regime jurídico dos servidores públicos’* corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutária ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes” (ADIIn 766-RS — Medida Cautelar, RTJ 157/460, g.n.).

Vê-se que a inconstitucionalidade, na espécie, é de natureza formal. Contamina toda a Lei nº 2.336, de 17 de março de 1999, e não apenas algum artigo ou dispositivo isolado.

Acerca de tal espécie de inconstitucionalidade, releva trazer à colação o ensinamento do Prof. *José Joaquim Gomes Canotilho*, assim posto:

“A desconformidade dos atos normativos com o parâmetro constitucional dá origem ao vício de inconstitucionalidade. Esse vício será formal quando incidir sobre o ato normativo enquanto tal, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma de sua exteriorização. Na hipótese de inconstitucionalidade formal, viciado é o ato, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma

final. Os vícios formais são, conseqüentemente, vícios do ato, enquanto os vícios materiais são vícios das disposições, constantes do ato. Daqui se conclui que, havendo um vício formal, em regra fica afetado o texto em sua integralidade, pois o ato é considerado formalmente como uma unidade” (in Direito Constitucional, 5ª edição — Coimbra: Almedina, 1992, p. 1024).

Ora, na espécie, o vício de inconstitucionalidade é formal porque foi olvidado o procedimento estabelecido na Lei Orgânica do DF para a criação de normas acerca do regime jurídico do servidor distrital.

Esse procedimento defere a iniciativa das leis acerca de servidores públicos para o Governador do DF, que também tem o poder de veto *in casu* (cf. art. 58, *caput*, e inciso XII, da LODF). À Câmara Legislativa compete apenas votar projeto de lei apresentado pelo Poder Executivo, não podendo nenhum de seus membros apresentar projeto de lei, como ocorreu na presente hipótese, em que foi apresentado projeto de lei pelo Deputado Distrital Manoel de Andrade, projeto este que recebeu o nº 4.082/98 (cf. doc. 3), tendo tramitado na Câmara Legislativa do DF até sua aprovação. O referido projeto foi, também, promulgado pela Presidente da Câmara Legislativa do DF, por ter sido o veto do Governador derrubado (cf. doc. 5).

Restando configurado o vício de iniciativa da Lei do DF nº 2.336, de 17 de março de 1999, cumpre declarar sua inconstitucionalidade, com efeito *ex tunc*, a fim de que não se lhe reconheçam efeitos jurídicos.

3. DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR

Presentes os requisitos estatuídos no art. 170, § 1º, do RISTF, ora utilizado analogicamente, impõe-se a concessão de medida liminar *in casu*, para a suspensão dos efeitos da legislação objurgada, até o julgamento final da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, há que se reconhecer existir na espécie a aparência do bom direito nas alegações de inconstitucionalidade ora deduzidas contra a Lei nº 2.336/99.

Não se pode olvidar a expressa previsão legal que confere privativamente ao Governador do Distrito Federal a iniciativa de leis que tratem de servidores públicos, seu regime jurídico, dentre outros assuntos correlatos.

Essas restrições de iniciativa legislativa devem ser obrigatoriamente observadas, conquanto gerem, na maioria das vezes, expressivo aumento de gastos do Poder Executivo local.

É evidente que a suspensão do recebimento de tais gratificações pelos servidores públicos alcançados pela Lei nº 2.336/99, viciada de inconstitucionalidade em sua origem, por fim à sangria de verbas públicas ocasionada pelo pagamento mensal de vantagens conferidas por diploma legal flagrantemente inconstitucional.

Assim, também fica caracterizado o *periculum in mora*, não se podendo considerar irrelevante a lesão aos cofres públicos na espécie. Essa lesão patrimonial tem de ser reconhecida, não só porque somente irá aumentar, já que a prestação é de trato sucessivo, renovando-se mês a mês, mas também porque o Distrito Federal, como é público e notório, está obrigado a equilibrar suas contas, em especial as referentes à folha de pagamento de pessoal ativo e inativo, haja vista o já constitucionalmente aprovado ajuste fiscal, a que todos os componentes da Federação pátria têm de se submeter.

Outrossim, alia-se à avaliação da existência do *periculum in mora* a mensuração a respeito da premência da decisão em face de relevante interesse de ordem pública, consoante se depreende do sentido finalístico da norma inscrita no art. 170, § 3º do RISTF, e no art. 5º, da Lei nº 4.337/84.

A representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo veicula uma ação política, que propicia a instauração de um processo objetivo, desvinculado de interesses subjetivos, cuja causa de pedir é aberta, conferindo ao julgador ampla margem de cognição.

Dessa forma, com intuito de preservar a integridade da ordem jurídico-administrativa no Distrito Federal, admite-se, em juízo de conveniência, o deferimento cautelar, como faz ver o Exmo. Sr. Ministro Celso de Mello:

“Mais do que em face da configuração do *periculum in mora*, considero que o deferimento da medida liminar postulada justifica-se por razões de conveniência, fundadas na necessidade de preservar a integridade da ordem jurídico-administrativa local.” (ADIn 766-1/RS, DJU de 27-5-94)

Idêntica posição perfilhou a C. Suprema Corte na apreciação, em sede de medida cautelar, em várias ações diretas de inconstitucionalidade (v.g. ADIn 1.610/DF, relator Ministro Sydney Sanches, DJU de 5-12-97, p. 63948; ADIn 1.350/RO, relator Ministro Celso de Mello, DJU de 6-9-96, p. 31848; ADIn 1.230/DF, relator Ministro Ilmar Galvão, DJU de 9-6-95, p. 17227).

4. DO PEDIDO

Em face do exposto, requer o Ministério Público:

a) seja esta exordial recebida pelo Exmo. Sr. Desembargador relator da presente ação e de imediato submetido ao E. Conselho Especial o pedido que ora se faz de concessão de *medida liminar*, por aplicação analógica do § 1º do art. 170 do RISTF, a fim de que seja suspensa a aplicação da *Lei nº 2.336, de 17-3-99, com efeitos ex nunc e erga omnes, até a decisão definitiva desse E. Conselho Especial do TJDFT.*

b) após a decisão da medida liminar pelo E. Conselho Especial, que seja intimada a Câmara Legislativa do Distrito Federal, na pessoa de seu Presidente, para prestar informações acerca do ato de sua autoria, ora impugnado, no prazo de 30 dias, na forma do art. 3º da *Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964*, e do art. 170 do RISTF;

c) em seguida, seja intimado o Procurador-Geral do Distrito Federal, para falar como curador do ato impugnado, nos termos do art. 4º da *Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964*, e do art. 103, § 3º, da Constituição Federal;

d) a oitiva do Ministério Público, para ofertar parecer sobre o pedido, na condição de *custos legis*;

e) a procedência da presente representação, com a declaração, em tese e com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, da inconstitucionalidade da *Lei do DF nº 2.336, de 17-3-1999*, frente ao art. 71, § 1º, incisos I e II, da *Lei Orgânica do Distrito Federal, de 1993.*

Brasília-DF, 27 de setembro de 1999.

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA

Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Órgão: CONSELHO ESPECIAL

Classe: ADI(MC)

N. Processo: 1999002003129-9

Requerente: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DFT

Informante: CÂMARA LEGISLATIVA DO DF

Relator Des.: OTÁVIO AUGUSTO

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade — Medida Cautelar — Lei nº 2.336/99 — Violação da Lei Orgânica do DF — Competência exclusiva do poder executivo de legislar sobre servidor público do DF — caracterização do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* — Deferimento.

A Lei Orgânica do Distrito Federal em seu art. 71, § 1º, incisos I e II, defere privativamente ao Governador do Distrito Federal a atribuição de iniciativa de leis que disponham sobre os servidores públicos do DF e seu regime jurídico, inclusive no que tange a aumento de sua remuneração, não sendo, portanto, Deputado Distrital competente para apresentar projeto de lei sobre referida matéria.

Presentes os requisitos do *periculum in mora*, tendo em vista a possibilidade de lesão patrimonial aos cofres públicos e o já evidenciado *fumus boni iuris*, defere-se a medida cautelar. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Otávio Augusto, João Mariosa, Eduardo de Moraes

Oliveira, Romão Cícero de Oliveira, Joazil M. Gardés, Getúlio Pinheiro, Edson Alfredo Smaniotto, Jeronimo de Souza e Campos Amaral, sob a presidência do Desembargador Vasquez Cruxên, em *conceder a liminar à unanimidade*, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 19 de outubro de 1999.

DESEMBARGADOR VASQUEZ CRUXÊN

Presidente

DESEMBARGADOR OTÁVIO AUGUSTO

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade aforada pelo Exmo. Senhor Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, pretendendo a decretação da inconstitucionalidade da Lei nº 2.336, de 17 de março de 1999, que “Dispõe sobre a natureza dos cargos em comissão e das funções existentes nos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal quando exercidos por servidores militares da ativa do Distrito Federal”, em face do art. 71, § 1º, incisos I e II, da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Afirma a ilustre autoridade argüente que a Lei nº 2.336/99 em comentário:

“a) dispõe sobre a natureza dos cargos em comissão e as funções existentes nos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal quando exercidos por servidores militares da ativa do Distrito Federal;

b) permite a contagem do tempo para todos os efeitos do tempo exercido por servidores militares da ativa do Distrito Federal, na conformidade do Estatuto dos Policiais Militares e dos Bombeiros Militares do Distrito Federal, respectivamente as Leis nºs 7.289, de 18 de dezembro de 1984 (doc. 3), e 7.479, de 2 de junho de 1986 (doc. 4);

c) garante aos militares em exercício nos cargos comissionados e nas funções de órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal os direitos, as prerrogativas e as garantias inerentes ao posto e à graduação que possuírem nas respectivas corporações, conforme definem os arts. 53 e 54 das Leis nºs 7.289, de 18 de dezembro de 1984, e 7.479, de 2 de junho de 1986...;

d) altera, pois, o regime jurídico de tais servidores, criando-lhes vantagens que terão repercussão monetária, qual seja, a incorporação, entre outras, da gratificação de tempo de serviço; e

e) determina, pois, indiretamente, o aumento dos gastos do Poder Executivo com os servidores beneficiados, na medida em que defere ganho remuneratório expressivo a cada servidor, aumentando-lhes os vencimentos globais.”

Assevera que a lei contém vício formal de elaboração frente aos artigos da Lei Orgânica do Distrito Federal antes referidos, por dispor sobre servidor público do Distrito Federal, além de ter determinado, indiretamente, o aumento de sua remuneração, matéria que a lei primeira de regência do Distrito Federal reserva privativamente ao Poder Executivo a iniciativa de proposição legislativa, e não a membro do Poder Legislativo Distrital, tal como o ocorrido na espécie, em que a promulgação da lei decorreu de projeto de lei apresentado pelo Deputado Distrital Manoel de Andrade (nº 4.082/98).

Assim, aludindo à inconstitucionalidade formal da Lei nº 2.336/99, pleiteia a ilustre autoridade questionante o deferimento de medida cautelar, com a suspensão *ex nunc* e *erga omnes* de sua aplicação e a procedência da representação, com a declaração da sua inconstitucionalidade.

Em face do pleito cautelar solicitado, vieram aos autos a este E. Conselho para deliberação.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador Otávio Augusto — Relator — A lei que se pretende a declaração de inconstitucionalidade está assim redigida:

“Art. 1º Os cargos em comissão e as funções existentes nos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal, quando exercidos por servidores militares da ativa do Distrito Federal, serão considerados, para todos os efeitos, de natureza policial militar ou de bombeiro militar, na conformidade do disposto nas Leis nºs 7.289, de 18 de dezembro de 1984, e 7.479, de 2 de junho de 1986.

Parágrafo único. Os militares da ativa do Distrito Federal, quando no exercício dos cargos e funções de que trata esta lei, terão assegurados os direitos, as prerrogativas e as garantias inerentes ao posto e à graduação que possuírem nas respectivas corporações, conforme definem

os arts. 53 e 54, *capitis*, das Leis nºs 7.289, de 18 de dezembro de 1984, e 7.479, de 2 de junho de 1986.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário, em especial o art. 2º da Lei nº 817, de 22 de dezembro de 1994.”

Releva dizer que aprovada pela Câmara Legislativa Distrital o projeto de lei respectivo foi submetido à sanção do Governador do Distrito Federal, tendo o mesmo exercido o seu direito de veto, nos termos seguintes:

“O projeto de lei ora vetado apresenta vício de iniciativa, contrariando o art. 71, § 1º, inciso II, da Lei Orgânica do Distrito Federal, que estabelece competência privativa ao Chefe do Poder Executivo quanto à iniciativa dos projetos de lei relacionados a servidores públicos do Distrito Federal nos diversos aspectos da vida funcional.

Destaque-se que à Casa Legislativa só é lícito participar diretamente da iniciativa legislativa, nos casos em que a Constituição expressamente lhe outorgue competência para tal. Fora daí, ocorre violação ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os poderes, consubstanciado no art. 2º, da Carta Magna e reproduzido na Lei Orgânica da Distrito Federal.

Dessa forma, não obstante as razões apresentadas pelo ilustre Deputado, os representantes do Poder Legislativo não têm competência para a iniciativa de projetos acerca da matéria, que impede a sua inclusão no ordenamento jurídico do Distrito Federal.

Ante os inafastáveis vícios apontados e no acolhimento do Parecer da Consultoria Jurídica do meu Gabinete, aponho veto total ao presente projeto de lei, na certeza de sua manutenção pelos ilustres parlamentares.” (Fls. 51-52)

Rejeitado o veto, veio a lei a ser promulgada pelo Presidente da Câmara Legislativa Distrital.

Examinando os requisitos para a concessão da medida cautelar requerida, vê-se que se fazem presentes, eis que cumpridamente comprovada, num exame preliminar a plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni iuris*) e o perigo decorrente da demora da decisão definitiva (*periculum in mora*).

O primeiro, eis que a Lei Orgânica do Distrito Federal em seu art. 71, Parágrafo Primeiro, incisos I e II, defere privativamente ao Governador do Distrito Federal a atri-

buição de iniciativa de leis que disponham sobre os servidores públicos do Distrito Federal e seu regime jurídico, inclusive no que tange a aumento de sua remuneração.

A competência privativa do Governador do Distrito Federal, tal como expressamente consignada na lei primeira de regência, exclui a competência concorrente de qualquer outra pessoa ou órgão, por mais abalizados que sejam, desde que aquela não sofra qualquer exceção que validamente possa justificar o exercício da mesma faculdade por outrem. Trata-se, como dito, de iniciativa legislativa exclusiva, que em caso expresso foi outorgada apenas ao Governador do Distrito Federal e não conferida concorrentemente a mais de uma pessoa ou órgão.

O segundo, eis que a demora na análise final do presente questionamento tende a gerar lesão patrimonial aos cofres públicos, que se acentuará na medida em que forem renovados os gastos públicos autorizados em decorrência da aplicação da lei questionada, cumprindo seja suspensão, em consequência, a eficácia da mesma até o julgamento final da presente ação.

Daí por que se defere a medida cautelar para se suspender a aplicação da Lei nº 2.336, de 17 de março de 1999, com efeitos *ex nunc* e *erga omnes*, até a decisão final do Conselho Especial deste E. Tribunal de Justiça.

Cumpram-se os itens b, c e d (fl. 9) da petição vestibular.

O Senhor Desembargador João Mariosa — Vogal — De acordo.

O Senhor Desembargador Eduardo de Moraes Oliveira — Vogal — De acordo.

O Senhor Desembargador Romão Cícero De Oliveira — Vogal — De acordo.

O Senhor Desembargador Joazil M. Gardés — Vogal — De acordo.

O Senhor Desembargador Getúlio Pinheiro — Vogal — De acordo.

O Senhor Desembargador Edson Alfredo Smaniotto — Vogal — De acordo.

O Senhor Desembargador Jeronymo de Souza — Vogal — De acordo.

O Senhor Desembargador Campos Amaral — Vogal — De acordo.

DECISÃO

Concedeu-se a liminar. Unânime.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

O Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no uso das atribuições legais que lhe são conferidas pela Lei Complementar nº 75, de 20-5-1993, arts. 6º, inciso I, e 158, e com fundamento no artigo 8º da Lei nº 8.185/91, com a nova redação dada pela Lei nº 9.868, de 10-11-99, vem à presença de V. Exa. ajuizar, perante o Conselho Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a presente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (Com Pedido de Medida Liminar)

de ato normativo distrital frente à Lei Orgânica do Distrito Federal, vale dizer, do *Decreto nº 19.707*, de 21-10-1998 (doc. 1), frente aos artigos 14, 15, inc. XXIII, 17, § 1º, e 100, inc. VII, da LODF, de 8-6-1993 (doc. 2).

1. DA LEGITIMIDADE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Quando do julgamento pelo Conselho Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios do pedido de liminar deduzido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 004/97, reatuada como ADI 1999 00 2 001624-9, restou amplamente reconhecida pelo E. Conselho Especial do TJDFT a legitimidade do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios para propor ações diretas de inconstitucionalidade de leis locais em face da Constituição local, tendo até mesmo sido concedida a liminar pleiteada.

Ratificando tal entendimento, no bojo da regulamentação do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, o Presidente da República sancionou a *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999, publicada no *Diário Oficial* da União de 11-11-1999, seção I, p. 1, que modifica a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal (*Lei nº 8.185*, de 14 de maio de 1991), prevendo expressamente que compete ao

Tribunal de Justiça do DF, processar e julgar originariamente: “n) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica”.

Ademais, estabelece, no § 3º do art. 8º da Lei nº 8.185/91, que são partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade: o Procurador-Geral de Justiça; o Governador do Distrito Federal; a Mesa da Câmara Legislativa; a Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal; as entidades sindicais ou de classe, de atuação no Distrito Federal, demonstrando que a pretensão por elas deduzida guarda relação de pertinência com os seus objetivos institucionais; os partidos políticos com representação na Câmara Legislativa.

Sendo assim, mostra-se corroborado o entendimento já adotado por esse E. Tribunal de Justiça, haja vista a expressa previsão legal acima referida.

Cabe ressaltar, ainda, que, conforme estabelece o parágrafo 5º do artigo 8º da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal, com a nova redação dada pela Lei nº 9.868/99, em seu artigo 30, aplicam-se ao processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica “as normas sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, no que couber.

2. DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO

O ato normativo ora impugnado merece transcrição parcial, *verbis*:

“DECRETO Nº 19.707, DE 21 DE OUTUBRO DE 1998

Regulamenta as atividades dos estabelecimentos ou locais de comércio referidos no artigo 4º, X, XI, XII, XIII, XIV e XX da Lei Federal nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, alterada pela Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995.

O Governador do Distrito Federal, no uso de suas atribuições, tendo em vista o disposto no artigo 17, V, cumulado com o artigo 15, XXIII, ambos da Lei Orgânica do Distrito Federal, e ainda o que dispõe o artigo 21, da Lei Federal nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, DECRETA:

Art. 1º As atividades dos estabelecimentos ou locais de comércio referidos pelo artigo 4º, incisos X, XI, XII, XIII, XIV e XX da Lei Federal nº 5.991, de 17 de de-

zembro de 1973, com a redação modificada pela Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, observarão as prescrições deste decreto.

Parágrafo único. É atividade privativa de farmácias e ervanarias a venda de plantas medicinais, impondo-se-lhes a obrigação de acondicionamento adequado, que deverá, ainda, ter a classificação botânica correspondente aposta na etiqueta ou impressa na respectiva embalagem, de forma clara e legível, de conformidade com o artigo 7º e incisos, do Decreto nº 74.170, de 10 de junho de 1974.

DO LICENCIAMENTO

Art. 2º As empresas que mantenham estabelecimento ou locais de comércio referidos no artigo 1º, deste decreto, deverão ser previamente licenciadas pelo órgão sanitário de fiscalização e controle do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos do Distrito Federal.

Parágrafo único. Obrigam-se ao licenciamento a que refere o *caput* deste artigo também os estabelecimentos de dispensação de produtos homeopáticos, observadas as peculiaridades da farmacotécnica própria.

... (*omissis*)

Art. 17. O presente decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogando as disposições em contrário.

Brasília, 21 de outubro de 1998, 110º da República e 39º de Brasília

CRISTOVAM BUARQUE”

2. DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

É evidente a inconstitucionalidade formal dos dispositivos impugnados do Decreto do GDF nº 19.707, de 21 de outubro de 1998.

Acerca de tal espécie de inconstitucionalidade, releva trazer à colação o ensinamento do Prof. *José Joaquim Gomes Canotilho*, assim posto:

“A desconformidade dos atos normativos com o parâmetro constitucional dá origem ao vício de inconstitucionalidade. Esse vício será formal quando incidir sobre *o ato normativo enquanto tal*, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma de sua exteriorização. Na hipótese de *inconstitucionalidade formal*, viciado é o *ato*, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final. Os vícios formais são, conseqüentemente, *vícios do ato*, enquanto

os vícios materiais são *vícios das disposições*, constantes do ato. Daqui se conclui que, havendo um vício formal, em regra fica afetado o texto em sua integridade, pois o ato é considerado formalmente como uma unidade” (in *Direito Constitucional*, 5ª edição — Coimbra: Almedina, 1992, p. 1024).

Ora, na espécie, há vício de inconstitucionalidade formal porque o decreto impugnado, oriundo do Poder Executivo, adentra competência do Poder Legislativo local, regulamentando dispositivos de lei federal.

Assim, o Decreto do GDF nº 19.707/98 está criando obrigações no Distrito Federal sem qualquer base constitucional ou legal, haja vista que:

a) não há lei distrital sobre o tema, que é de competência concorrente;

b) o Governador do Distrito Federal não pode regulamentar lei federal. Assim, como só sanciona, promulga e faz publicar leis distritais, só pode expedir decretos e regulamentos para fiel execução de leis distritais (art. 100, inc. VII, da LODF);

c) cabe ao Presidente da República a regulamentação de lei federal, tal qual a Lei nº 5.991/73 (doc. 3), só podendo o Governador do DF regulamentar a legislação supletiva à mesma (art. 21 da referida lei).

O artigo 21 da Lei nº 5.991/73, invocado *indevidamente* na cláusula legiferante inicial do decreto ora questionado, afirma:

“Art. 21. O comércio, a dispensação, a representação ou distribuição e a importação ou exportação de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos será exercido somente por empresas e estabelecimentos licenciados pelo órgão sanitário competente dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, *em conformidade com a legislação supletiva a ser baixada pelos mesmos, respeitadas as disposições desta Lei.*” (g.n.)

Conforme está expresso neste dispositivo e previsto no artigo 17, incisos V e X da Lei Orgânica do Distrito Federal, a legislação sobre “*controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos*” é de competência concorrente do Distrito Federal.

Assim, só poderia o Governador do Distrito Federal regulamentar a matéria se houvesse *legislação supletiva* sobre o tema, não podendo regulamentar norma federal geral.

Tratando da repartição de competência, José Afonso da Silva classifica as competências legislativas quanto a extensão em:

“(…) (a) exclusiva, quando é atribuída a uma entidade com exclusão das demais (art. 21); (b) privativa, quando enumerada como própria de uma entidade, com possibilidade, no entanto, de delegação e de competência suplementar (art. 22 e seu parágrafo único, e art. 23 e seus parágrafos); a diferença entre a exclusiva e privativa está nisso, aquela não admite complementariedade nem delegação; (c) comum, cumulativa ou paralela, reputadas expressões sinônimas, que significam a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra, que pode assim ser exercida cumulativamente (art. 23); (d) concorrente, cujo conceito compõe-se de dois elementos: (d.1) possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa; (d.2) primazia da União no que tange à fixação de normas gerais (art. 24 e seus parágrafos); (e) suplementar, que é correlativa da competência concorrente, e significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas (art. 24, §§ 1º a 4º).” (g.n.)

Ademais, como ato administrativo inferior à lei, o decreto não pode substituí-la, contrariá-la, nem ir além do que ela permite. No que tal ato administrativo infringir ou extravasar estas limitações, máxime em se tratando de *matéria não legislada*, será írrito e nulo, caracterizando não só ilegalidade, mas também inconstitucionalidade, por terem sido violados limites impostos em dispositivos da LODF, bem como pela inexistência de lei.

O E. TJDF, a propósito, tem se mostrado ardoroso defensor da necessidade de controle de decretos que contrariem normas legais e constitucionais, consoante se observa no julgamento da ADI nº 1999 00 2 001627-3, *verbis*:

“*Ementa*: Ação direta de inconstitucionalidade. Preliminar de não conhecimento por falta de pressuposto. Decreto GDF nº 16.114/94 — Violação de normas da LODF: arts 128, I e 132, e. Imposto de Transmissão sobre Bens Imóveis (ITBI) — Incidência sobre fatos geradores diversos. Vício de ordem formal (legalidade) e material (conteúdo).

— *O decreto distrital, como ato legal normativo, é suscetível do juízo de inconstitucionalidade, de competência do TJDF.*

— *A previsão, por decreto, de fatos geradores de tributo (no caso ITBI), diversos dos expressamente previstos na Lei Orgânica do DF,*

além de ferir a legalidade tributária, que só permite a previsão via lei em sentido formal, ofende materialmente o perfil constitucional do imposto de transmissão, *inter vivos*, de bens imóveis, porque tal tributo não tem, como fonte determinante de sua incidência, meros atos obrigacionais de promessa tendentes à futura realização do fato tributável.

(TJDFT — ADI nº 1999 00.2.001627-3 — Data de Julgamento: 9.2.99 — DJ de 7-7-99 — p. 27 — g.n.)

Cabe ressaltar, ainda, algumas considerações tecidas pelo Desembargador *Everards Mota e Matos*, relator do referido processo, em hipótese semelhante, *in verbis*:

“Com relação à preliminar suscitada pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral do Distrito Federal, de não conhecimento da Arguição, por *impossibilidade jurídica de se proceder ao exame da constitucionalidade de ato regulamentar editado para execução da Lei nº 11/88, julgo inaplicável esse entendimento ao caso sub exame.*

É bem verdade que o Eg. Supremo Tribunal Federal tem demonstrado alguma resistência em admitir o controle concentrado de constitucionalidade, *in abstracto*, mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade, de ato regulamentar de mera execução da lei.

Contudo, *o decreto fora impugnado por meio da presente ação, não só porque ele extrapolaria os limites delineados pela norma legal que se pretendeu regulamentar, mas, principalmente, porque afrontaria o princípio constitucional da legalidade tributária.*

Dai, exsurge a ressalva hoje bem defendida por boa parte dos constitucionalistas, como pelo já citado prof. Gilmar Ferreira Mendes, *que defendem o controle judicial do ato regulamentar quando este, na forma de decreto, tenha força de lei, editado ao arrepio do princípio da reserva legal, ou que se revele incompatível com o princípio da supremacia da lei.*

Tal hipótese é chamada de inconstitucionalidade indireta, porque o ato normativo, ao confrontar-se diretamente com a lei, estabelece um confronto indireto com a própria Constituição, razão por que não se pode admitir a tese de que o ato desta natureza estaria condicionado a um juízo de legalidade, e não de constitucionalidade.” (g.n.)

Mais adiante, ressalta o ilustre Desembargador a possibilidade jurídica expressa na Lei Orgânica da análise da constitucionalidade de decreto:

“A Lei Orgânica do DF, que representa a ordem jurídica vigente no âmbito do DF, prevê, via do seu art. 60, item XIX, como competência

privativa da Câmara Legislativa, “ ... suspender, no todo ou em parte, a execução da lei ou *ato normativo* (grifei) declarado ilegal ou inconstitucional, tanto pelo STF quanto pelo Tribunal de Justiça do DF ...”

Ora, a própria lei é que reconhece expressamente a competência de a Câmara suspender o ato normativo, como o é o decreto, declarado inconstitucional e esta declaração só pode ser da competência desta Corte.

Não se pode permitir que os atos regulamentares fiquem imunes ao controle abstrato de normas, sob pena de darmos “carta branca” ao Poder Executivo que, rompendo com a necessária vinculação da administração à Constituição, poderia editar qualquer ato regulamentar, ainda que em contradição com os direitos individuais, sem observância do princípio da reserva legal.” (g.n.)

Hoje, com a nova regulamentação do artigo 8º, inciso I, *n*, da Lei nº 8.185/91 (Lei de Organização Judiciária do DF), a questão mostra-se pacificada, tendo em vista previsão expressa de ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo.

Nesse mesmo sentido, posicionou-se o E. Supremo Tribunal Federal, como se pode ver na seguinte ementa:

“Constitucional. Concurso público. Art. 97, par. 1. Da Lei Fundamental. Decreto nº 19.781/79, de Minas Gerais, art. 19 e seu parágrafo único. Sua inconstitucionalidade.

— Fixando o art. 19 e seu parágrafo único do Decreto nº 19.781/79 norma que contraria o princípio constitucional moralizador do concurso público para o provimento de cargos da administração, o qual se insere no art. 97 e seu par. 1 da Constituição Federal, tais *preceitos regulamentares — que sequer encontram respaldo na lei regulamentada* (Lei nº 7.452/78) — *hão de ser declarados inconstitucionais.*

(STF, RP 1.133/MG, Relator, Ministro Aldir Passarinho, Tribunal Pleno. Unânime. RTJ 113/996 — g.n.)”

Como se sabe, o princípio da legalidade, referido como um dos sustentáculos da concepção de Estado de Direito e do próprio regime jurídico-administrativo, vem definido no inciso II do art. 5º da Constituição Federal quando nele se faz declarar que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

Desses dizeres, por óbvio, decorre a idéia de que apenas a lei, em regra, pode introduzir inovações primárias, criando novos direitos e novos deveres na ordem jurídica como um todo considerada.

Na espécie, tendo o decreto ora impugnado criado, sem amparo legal, obrigações, incidiu em inconstitucionalidade formal neste particular, inconstitucionalidade essa que cumpre ser declarada, em tese, por este E. Conselho Especial.

4. DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Também padecem de inegável vício de inconstitucionalidade material os artigos 4º, 5º, *caput* e inc. IV, 6º e 8º do Decreto do GDF nº 19.707/98.

Acerca do vício de inconstitucionalidade material, ensina José Joaquim Gomes Canotilho o seguinte:

“*Vícios materiais*: São aqueles que respeitam ao conteúdo do acto, derivando do contraste existente entre os princípios incorporados no acto e as normas de princípios da Constituição. No caso de inconstitucionalidade *material* ou *substancial*, viciados são as disposições ou normas singularmente consideradas.” (in *Direito Constitucional*, ed. Almeida, 1992, Coimbra, Portugal p. 1024).

Na espécie, há também inconstitucionalidade material porque, ainda que tivesse sido tratada por lei distrital, a matéria é de competência concorrente com a União, cabendo a esta traçar as linhas gerais, como assim o fez por meio da Lei nº 5.991/73, não podendo o decreto contrariar normas mais restritivas da União, nem se lei fosse.

De fato, a Constituição local — a LODF — dispõe, em seu artigo 17, que compete ao Distrito Federal, concorrentemente com a União, legislar sobre “*produção e consumo*” e “*proteção e defesa da saúde*”.

Ora, a Lei Orgânica de forma expressa afirmou que se trata de matéria de condomínio legislativo, tendo estabelecido, ainda, que compete privativamente ao Distrito Federal, “*exercer inspeção e fiscalização sanitária, de postura ambiental, tributária, de segurança pública e do trabalho, relativamente ao funcionamento de estabelecimento comercial, industrial, prestador de serviços e militar, no âmbito de sua competência, respeitada a legislação federal;*” (art. 15, inc. XXIII).

Sobre a questão da competência concorrente e da fixação de normas gerais pela União, assim se pronunciou o ilustre Ministro Moreira Alves, Relator da ADIN nº 384-4-PR (DJ de 14-6-91), *verbis*:

“1. A relevância jurídica do pedido que, em face da distribuição de competência entre a União e os Estados pela Emenda Constitucional nº 1/69 se manifestaria por ter dado margem à declaração de inconstitucionalidade de inúmeros dispositivos estaduais semelhantes aos ora impugnados, agora se esmaece diante do maior âmbito de competência que

os artigos 23 e 24 deram aos Estados-membros no que diz respeito ao cuidado da saúde, à proteção ao meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas, à legislação não só da produção e consumo, mas também sobre a proteção e defesa da saúde. *Quanto à essa competência legislativa, que é concorrente, a da União se limita ao estabelecimento das normas gerais, cabendo aos Estados suplementar a legislação federal sobre essas normas, bem como disciplinar o que não se enquadra nos limites dessas normas gerais.*” (g.n.)

Assim, no caso em comento, conforme quadro abaixo, os dispositivos elencados do Decreto nº 19.707/98 contrariam as normas gerais — em regra mais restritivas — da Lei nº 5.991/73, senão vejamos:

Decreto 19.707/98	Lei 5.991/73
Artigo 4º Ao permitir a instalação conjunta (no mesmo estabelecimento) de farmácia/drogaria e loja de conveniência e drugstore.	Artigo 5º Prevê que as empresas e estabelecimentos ali definidos, entre eles as farmácias e drogarias, podem, privativamente, dispensar medicamentos. O artigo 6º estabelece que as farmácias e drogarias podem comercializar, ainda, produtos correlatos, que são: aparelhos e acessórios, produtos utilizados para fins de diagnóstico e analíticos, odontológicos, veterinários, de higiene pessoal ou de ambiente, cosméticos e perfume. Já as lojas de conveniência e drugstores podem comercializar apenas alimentos em geral, produtos de higiene e apetrechos domésticos (artigo 4º, inc. XX).
Artigo 5º, <i>caput</i> — ao estabelecer que a revalidação da Licença de Funcionamento deve ser requerida no primeiro trimestre de cada ano subsequente.	Artigo 25, parágrafo único Prevê que a revalidação deverá ser requerida nos primeiros 120 (cento e vinte) dias de cada exercício (redação dada pela Lei nº 6.318/75).
Artigo 5º, inciso IV – ao dizer que no Termo de Responsabilidade Técnica deve constar, entre outros dados do técnico responsável, “horários para localização pessoal”, sugerindo a não obrigatoriedade de sua permanência no estabelecimento.	Artigo 15 e parágrafos, e artigo 23, <i>c</i> – dispõe, expressamente, sobre a necessidade de assistência e permanência de profissional técnico inscrito no Conselho Regional de Farmácia, durante todo o período de funcionamento das farmácias e drogarias.
Artigos 6º e 8º Ao indicar uso específico de material nos revestimentos dos estabelecimentos, como azulejo e granito.	A lei deve dizer, apenas, que os materiais utilizados nos revestimentos deverão ser lisos, impermeáveis, resistentes e de fácil limpeza, sem indicação específica.

Além das incompatibilidades acima referidas, o referido decreto estabelece, ainda, uma série de normas para as farmácias, cujas disposições estão muito aquém dos

requisitos mínimos estabelecidos pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde na Portaria nº 792/98, no que diz respeito às atividades de manipulação de medicamentos em âmbito nacional.

Por tudo o que se disse, extrai-se a necessidade de preservação da incolumidade e da legalidade do sistema consagrado pela Constituição do DF, a LODF.

O Governador do DF, ao divorciar-se dos ditames estabelecidos pela Lei Orgânica do Distrito Federal, busca impor, por decreto, obrigações menos exigentes que as normas gerais estabelecidas na legislação federal, em contrariedade frontal aos princípios que informam o Estado Federal que a Lei Orgânica alude em seu artigo 17, § 1º (“*O Distrito Federal, no exercício de sua competência suplementar, observará as normas gerais estabelecidas pela União.*”).

Impõe-se, pois, a modificação desta situação, o que se busca por meio da presente ação.

5. DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR

Presentes os requisitos estatuídos no art. 170, § 1º, do RISTF, impõe-se a concessão de medida liminar *in casu*, para a suspensão dos efeitos da legislação objurgada, até o julgamento final da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, há que se reconhecer existir na espécie a aparência do bom direito nas alegações de inconstitucionalidade ora deduzidas contra o Decreto nº 19.707/98.

Não se pode olvidar que não é da competência do Governador do Distrito Federal a regulamentação de lei federal.

Ademais, o exercício da competência concorrente impõe o tratamento da matéria por lei distrital, devidamente submetida ao poder legislativo local.

Vale dizer, ainda, que devem ser observadas as linhas gerais traçadas pela legislação federal acerca da matéria, o que não ocorreu, *in casu*, em que, além de se utilizar de ato normativo incabível para disciplinar a matéria, afrontaram-se normas gerais impostas pela Lei nº 5.991/73.

É evidente que a suspensão do Decreto do DF nº 19.707/98 dará maior proteção e segurança à população do Distrito Federal, tendo em vista as restrições impostas pela legislação federal que foram desconsideradas pelo referido ato normativo.

Por tratar-se de disposições acerca do *controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos*, tema da maior importância e relacionado diretamente com a proteção e defesa da saúde, a flexibilização de certas imposições toma contornos ainda mais graves, com repercussão imediata na sociedade.

Assim, também fica caracterizado o *periculum in mora*, não se podendo considerar irrelevantes os riscos permanentes à saúde da população local, com a redução de exigências impostas pela Lei nº 5.991/73.

Outrossim, alia-se à avaliação da existência do *periculum in mora* a mensuração a respeito da premência da decisão em face de relevante interesse de ordem pública, consoante se depreende do sentido finalístico da norma inscrita no art. 170, § 3º do RISTF, e no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868/99.

A representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo veicula uma ação política, que propicia a instauração de um processo objetivo, desvinculado de interesses subjetivos, cuja causa de pedir é aberta, conferindo ao julgador ampla margem de cognição.

Dessa forma, com intuito de preservar a integridade da ordem jurídico-administrativa no Distrito Federal, admite-se, em juízo de conveniência, o deferimento cautelar, como faz ver o Exmo. Sr. Ministro Celso de Mello:

“Mais do que em face da configuração do *periculum in mora*, considero que o deferimento da medida liminar postulada justifica-se por razões de conveniência, fundadas na necessidade de preservar a integridade da ordem jurídico-administrativa local.” (ADIn 766-1/RS, DJU de 27-5-94)

Idêntica posição perfilhou a C. Suprema Corte na apreciação, em sede de medida cautelar, em várias ações diretas de inconstitucionalidade (v.g. ADI 1.610/DF, relator Min. Sydney Sanches, DJU de 5-12-97, p. 63948; ADIn 1.350/RO, relator Min. Celso de Mello, DJU de 6-9-96, p. 31848; ADIn 1.230/DF, relator Min. Ilmar Galvão, DJU de 9-6-95, p. 17227).

6. DO PEDIDO

Em face do exposto, requer o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

a) seja esta exordial recebida pelo Exmo. Sr. Desembargador relator da presente ação e de imediato submetido ao E. Conselho Especial o pedido que ora se faz de concessão de *medida liminar*, nos termos do artigo 10, § 3º, e do artigo 11, § 1º, da Lei nº 9.868/99, a fim de que seja suspensa a aplicação do Decreto nº 19.707, de 21-10-98, com efeitos ex nunc e erga omnes, até a decisão definitiva desse E. Conselho Especial do TJDF.

b) após a decisão da medida liminar pelo E. Conselho Especial, que seja intimado o Exmo. Sr. Governador do DF, para prestar informações acerca do ato impugnado, de sua autoria, no prazo de 30 dias, na forma do art. 6º da Lei nº 9.868/99;

c) em seguida, seja intimado o Procurador-Geral do Distrito Federal, para falar como curador do ato impugnado, nos termos do art. 8º da Lei nº 9.868/99 e do art. 103, § 3º, da Constituição Federal;

d) a oitiva do Ministério Público, para ofertar parecer sobre o pedido, na condição de *custos legis*;

e) a procedência integral da presente ação, nos seguintes termos:

e.1) com a declaração, em tese e com efeitos *erga omnes e extunc*, da inconstitucionalidade formal de todo o Decreto nº 19.707, de 21-10-98, frente aos arts. 14 e 100, inciso VII, da Lei Orgânica do Distrito Federal.

e.2) com a declaração, em tese e com efeitos *erga omnes e extunc*, da inconstitucionalidade material dos arts. 4º, 5º, *caput* e inc. IV, 6º e 8º do Decreto do GDF nº 19.707/98, frente aos artigos 15, inciso XXIII, e 17, § 1º, da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Brasília-DF, 16 de novembro de 1999.

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA

Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, representado por seu Procurador-Geral de Justiça, na forma do inciso I do art. 159 da Lei Complementar nº 75, de 2005-93, vem à presença de Vossa Excelência, mui respeitosamente, tendo em vista a regra de competência estatuída no art. 27, inciso I, alínea c, da Lei nº 8.185, de 14-5-91, com fulcro no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, c/c o art. 1º da Lei nº 1.533, de 31-12-51, impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA

contra o Ilustríssimo Senhor Delegado-Titular da 19ª Delegacia de Polícia do Distrito Federal, assim o fazendo pelas razões de fato e fundamentos de direito a seguir expostos.

1. DO FATO

1. Há pouco mais de um mês, este Ministério Público recebeu informações de que várias *notitias criminis* de infrações penais, em especial, as submetidas ao rito de que trata a Lei nº 9.099, de 26-9-95, estariam sendo arquivadas no âmbito da 19ª Delegacia de Polícia, por decisão pessoal da d. autoridade impetrada.

2. Tendo em vista o fato de que tais informes denunciavam a ocorrência de crimes de ação penal pública incondicionada e o arquivamento de tais *notitias criminis*, ordenado autonomamente por autoridade policial, viola o procedimento previsto nos arts. 69 e segs. da Lei nº 9.099, de 26-9-95, porque subtrai dos Juizados Especiais Criminais a competência para determinar tais arquivamentos, decidiu este Ministério Público requisitar à d. autoridade impetrada todas as *notitias criminis* referentes a infrações de menor potencial ofensivo, que datassem de mais de três meses (cf. doc. 1).

3. Tencionava este Ministério Público, no desempenho de suas funções institucionais, dar seguimento a tais *notitias criminis*, na forma dos arts. 69 e segs. da Lei nº 9.099/95, a qual previa uma espécie de conciliação prévia entre as partes, presidida pelo Juizado Especial Criminal, com a participação do Ministério Público.

4. Entretanto, a d. autoridade impetrada expediu ofício a este Ministério Público, negando-se a cumprir a requisição referida, nos seguintes termos:

“(...) a requisição esboçada no ofício em tela terá que aguardar para ser melhor apreciada, mesmo porque não compete ao Ministério Público intrometer-se em assuntos operacionais da exclusiva responsabilidade e interesse dessa Delegacia, unidade da Polícia Civil do Distrito Federal, instituição autônoma e independente, subordinada diretamente ao GDF.

“Além do mais, este signatário, na qualidade de Delegado de Polícia Especial, em final de carreira, como dirigente da Polícia Civil, instituição organizada e sedimentada nos pilares da hierarquia e disciplina, subordina-se, somente ao Diretor-Geral da Polícia Civil, razão pela qual não pode admitir o “chamamento de atenção” proveniente do Ministério Público” (cf. doc. 2, dois últimos parágrafos)”.

5. Irresignado com a negativa da d. autoridade impetrada, este Procurador-Geral de Justiça, que ora subscreve o presente *writ*, ainda procurou resolver a pendência sem ter de recorrer ao Poder Judiciário, tendo designado, por portaria, comissão composta por três (3) membros do MPDFT, a fim que estes se dirigissem à 19ª Delegacia de Polícia do DF, para ali finalmente poderem ter acesso aos autos de inquéritos policiais, ocorrências policiais, termos circunstanciados e demais documentos relacionados com a atividade-fim policial (doc. 3).

6. Novamente, contudo, este Ministério Público foi impedido pela d. autoridade impetrada, de ter acesso aos documentos suso mencionados, tendo afirmado tal d. autoridade que o Ministério Público só tinha o direito de verificar as condições das celas da delegacia, conforme relatório da comissão acima referida (doc. 4), fato que levou à presente impetração.

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

7. A atuação da d. autoridade impetrada contraria frontalmente o disposto no art. 129, inciso VII da Constituição da República, bem como os arts. 3º e 9º, incisos I a III, da Lei Complementar nº 75, de 20-5-93, assim postos:

Constituição da República

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

VII — exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no art. anterior.”

Lei Complementar nº 75, de 20-5-93

Art. 3º O Ministério Público da União exerce o controle externo da atividade policial tendo em vista:

a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei;

b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;

c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou abuso de poder;

d) a indisponibilidade da persecução penal; e

e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.”

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais, podendo:

I — ter livre ingresso em estabelecimentos policiais e prisionais;

II — ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;

III — representar a autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder.”

8. Vê-se, pois, que é direito líquido e certo deste Ministério Público, ora impetrante, o de exercer o controle externo da atividade policial.

9. Releva notar que o exercício de tal controle externo não depende de qualquer outra regulamentação. Foi plenamente regulamentado pela Lei Complementar nº 75/93, em cumprimento à determinação expressa da Carta Magna nesse sentido (cf. inciso VII do art. 129).

10. Na hipótese dos autos, este Ministério Público buscou exercer tal controle externo em estrita obediência aos pressupostos deste controle, estatuídos na Lei Complementar nº 75, de 20-5-93, em seu art. 3º, acima transcrito.

11. Realmente, à luz dos arquivamentos irregulares que vêm sendo feitos na 19ª Delegacia de Polícia do DF, é dever do impetrante:

a) pugnar pelo cumprimento à Lei nº 9.099/95;

b) pela prevenção e correção de ilegalidade e abuso de poder con-
substanciada em tais arquivamentos;

c) pela indisponibilidade da ação penal pública, ameaçada em
face de tais arquivamentos; e, finalmente,

d) pela limitação da atuação da autoridade policial à sua esfera de
atribuições.

Ora, as atribuições listadas de “a” a “d” subsumem-se, respectivamente, aos inci-
sos I, *in fine*, III, IV e V, do art. 3º da Lei Complementar nº 75, de 20-5-93.

12. Quanto ao art. 9º da Lei Complementar n.º 75, de 20-5-93, assegura expres-
samente ao Membro do MPDFT, partição interna do MPU (cf. art. 128, inciso I, da CF)
o “livre ingresso em estabelecimentos policiais e prisionais”, assim como o “acesso a
quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial”, e ainda, o direito de “repre-
sentar à autoridade competente pela adoção de providências para prevenir ou corrigir
ilegalidade ou abuso de poder”.

13. O festejado autor *Hugo Nigro Mazzili*, em erudito artigo acerca do assunto,
assim se posiciona, ao comentar os arts. 3º e 9º da Lei Complementar nº 75, de
20-5-93:

“O controle externo faz parte da própria harmonia dos Poderes, in-
serindo-se no sistema de “freios e contrapesos”. E a Polícia, não precisa
de suportar controle externo? É lógico que precisa. Trata-se de uma ne-
cessidade da própria polícia e da sociedade. Toda atividade que exerce
uma parcela de poder do Estado não dispensa controle externo — até o
pressupõe. É o sistema de “checks and balances”, a que nos referimos
acima, que é ínsito num Estado Democrático de Direito” (*in Revista da
Procuradoria-Geral da República*, vol. nº 3, p. 28).

E acrescenta, em outra obra:

“É multifária a atividade policial (CF, art. 144), mas bem de ver é
que, embora não o diga expressamente a Constituição, o controle exter-
no que o Ministério Público deve exercer sobre a polícia destina-se es-
pecialmente àquelas áreas em que a atividade policial se relaciona com
as funções institucionais do Ministério Público, como, por excelência, a
polícia judiciária e a apuração de infrações penais, quando exercida esta
pela autoridade policial” (*in*, “O Ministério Público na Constituição de
1988”, p. 117, ed. 1990).

14. Do que foi exposto, é incontestável o direito líquido e certo do Ministério
Público, em conformidade com a legislação supracitada, em cumprimento às suas fun-
ções institucionais, e em obediência ao comando das leis que disciplinam a matéria.

2. DOS PEDIDOS

A — DO PEDIDO DE LIMINAR

DO *FUMUS BONI JURIS*

Para provar a fumaça do bom direito, o impetrante lança mão dos fundamentos jurídicos acima expostos.

Em resumo, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ao verificar, no caso concreto, o descumprimento da lei, em especial a de nº 9.099/95, pretendeu exercer suas atribuições institucionais de controle externo da atividade policial, de forma a atender ao comando contido na Constituição da República e na Lei Complementar nº 75/93.

A autoridade impetrada, ao proibir expressa e publicamente o impetrante, através de seus membros, de ter acesso a documentos relativos à atividade-fim policial, existentes nas dependências da 19ª Delegacia Circunscricional do Distrito Federal, feriu o direito líquido e certo do Ministério Público do Distrito Federal.

Em assim sendo, caracterizado está o *fumus boni juris*, por desenvolver o presente *writ* fundamento relevante.

QUANTO AO *PERICULUM IN MORA*

A própria d. autoridade impetrada, em resposta encaminhada ao impetrante, confessou que arquivou *notitias criminis* na 19ª Delegacia de Polícia do DF (cf. docs. 2 e 5).

Tendo em vista a interposição do presente *writ*, para ter acesso à documentação que permita provar irrefutavelmente o que já foi confessado, há um perigo de que as provas de tais arquivamentos irregulares sejam destruídas, o que inviabilizaria o cumprimento de uma eventual decisão concessiva.

Há, ainda, o perigo de que, em não sendo concedida a liminar, a d. autoridade impetrada continue arquivando *notitias criminis*, em total descumprimento à lei, e em total desrespeito ao Poder Judiciário, único legitimado para ordenar o arquivamento de *notitias criminis*.

Daí a necessidade de um provimento cautelar, sem o qual poderá resultar a ineficácia do *mandamus*, se concedido afinal.

Por outro lado, não há qualquer possibilidade de argumentar que a concessão do pedido liminar esbarra na proibição contida no art. 1º, § 3º da Lei nº 8.437/92, visto que, conforme acima mencionado, o pedido liminar se presta a permitir o imediato

acesso aos documentos referidos até a decisão de mérito. Esta, por sua vez, além de confirmar o pedido liminar, será útil para, a partir de então, possibilitar ao impetrante o desempenho regular das funções que lhe são constitucionalmente asseguradas.

Presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, requer o impetrante, *inaudita altera pars*, a concessão de medida liminar, para que a d. autoridade impetrada fique obrigada a permitir o ingresso, nas dependências da 19ª Delegacia de Polícia do DF, da comissão de que trata o doc. 3, bem como que fique obrigada a permitir que tal comissão tenha acesso a todos os documentos relacionados com a atividade-fim policial.

B — DO PEDIDO REFERENTE AO *MERITUM CAUSAE*

Face ao exposto, requer o impetrante, após a concessão da liminar, o devido processamento deste mandado de segurança, na forma da lei, especialmente:

a) a intimação da d. autoridade impetrada, para prestar, querendo, no prazo legal, as informações que entender cabíveis;

b) a oitiva do Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei;

c) a *concessão integral* da segurança, com a confirmação da liminar, para assegurar ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, na pessoa de seus membros, o direito líquido e certo de exercer o efetivo controle externo da atividade policial, na forma prevista nos arts. 129, inciso VII, da CF, e 3º e 9º da LC nº 75/93, na sua inteireza legal e constitucional, e, especialmente, par meio do livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais, e do acesso a quaisquer documentos pertinentes à atividade-fim policial.

16. Dá-se à causa, para efeitos de alçada, o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Termos em que,

P. Deferimento.

Brasília-DF, 17 de outubro de 1996.

ROMEU GONZAGA NEIVA
Vice-Procurador-Geral de Justiça do Distrito
Federal e Territórios em exercício

AGRAVO DE INSTRUMENTO NO MANDADO DE SEGURANCA Nº 51.359/96

Origem: 4ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
Agravado: DELEGADO-TITULAR DA 19º DELEGACIA DE POLÍCIA DO DF

**RAZÕES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DF E TERRITÓRIOS**

Egrégia Turma Cível,
Exmos. Srs. Desembargadores,

1. DO CABIMENTO DO RECURSO E DA TEMPESTIVIDADE

O presente agravo de instrumento é cabível e tempestivo.

Não há confundir, na espécie, indeferimento liminar no mandado de segurança, decisão definitiva da qual cabe apelação, a teor do parágrafo único do art. 8º da Lei nº 1.533, de 31-12-1951, com o indeferimento do pedido de liminar.

O indeferimento do pedido de liminar é um ato do juiz que tem conteúdo decisório, mas não põe fim ao processo. Não se trata, portanto, de decisão definitiva, muito menos despacho de mero expediente. Daí porque, a teor do disposto no art. 162, § 2º e 522, do Código de Processo Civil, a decisão agravada é de natureza interlocutória, eis que é denegatória de pedido de liminar, deduzido em mandado de segurança.

É certo que o recurso de agravo de instrumento, tal qual previsto na lei geral de processo (Código de Processo Civil), é admitido pela Jurisprudência pátria no sistema recursal da lei do mandado de segurança (RJTJSP 90/377 e RTFR 74/14).

O presente agravo é tempestivo, nos termos do art. 522, *caput*, do Código de Processo Civil, porque interposto no dia seguinte ao da prolação da decisão agravada, que data do dia 21-10-1996 (doc. 1 — fls. 48-49), tendo o Procurador-Geral de Justiça infra-assinado dela tomado ciência no mesmo dia 21-10-1996 (doc. 2 — fl. 49v).

2. A EXPOSIÇÃO DO FATO E DO DIREITO

A decisão ora agravada é teratológica. Em verdade, o MM. Juiz *a quo* confundiu, o instituto da tutela jurisdicional antecipada com a medida cautelar de que trata o art. 7º, inc. II, da Lei nº 1.533, de 31-12-51, tendo incidido em *error in iudicando*.

Com efeito, o pedido de liminar, tal como requerido pelo ora agravante não foi de caráter satisfativo, porque não se insere no disposto no art. 273 do Código de Processo Civil, que trata dos requisitos do instituto da tutela jurisdicional antecipada. Aliás, o ora agravante sequer mencionou pedido de tutela antecipada no *mandamus*.

O agravante demonstrou, à saciedade, a existência dos requisitos para a concessão da medida liminar tal como dispõe o art. 7º, inc. II, da Lei nº 1.533, de 31-12-51: a relevância do fundamento do pedido e a lesão grave e irreparável do direito do agravante, que, em última análise, dizem respeito ao *periculum in mora*, suficiente para a concessão da cautela. Trata-se de perigo atual, de conformidade com as circunstâncias objetivas de que se reveste a situação fática, havendo, pois, a real probabilidade de ocorrência de risco de dano a ameaçar a atuação do Ministério Público nos termos do art. 29, inc. VII, da Carta Magna.

Portanto, a liminar requerida não se tratava de pedido de natureza satisfativa, peculiar ao instituto da tutela antecipada, como, equivocadamente, *data maxima venia*, entendeu o MM. Juiz *a quo*. Tratava-se, em verdade, de providência de natureza jurídica eminentemente cautelar.

Aliás, a respeito da liminar em mandado de segurança, assim se posiciona o mestre *Celso Agrícola Barbi*, em comentários ao art. 7º, inc. II, da Lei nº 1.533, de 31-12-51, *in verbis*:

“A medida liminar é uma fase cautelar do processo. Ordenando a suspensão, terá o juiz antecipado, em caráter provisório, a providência que caberia à sentença final. E isso para evitar o dano, que decorreria da natural demora da instrução do processo. Ora, toda medida provisória que tenha por fim evitar danos possíveis com a demora natural do processo, tem a substância de medida cautelar. Afigura-se-nos incontestável, portanto, que a suspensão liminar no processo de mandado de segurança seja uma providência ou uma medida cautelar” (*in Do Mandado de Segurança*. 7ª edição — Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 174).

Destarte, a medida liminar requerida pelo agravante teve por objetivo suspender, cautelarmente e provisoriamente, o ato que deu motivo ao pedido de segurança, nos termos do art. 7º, inc. II, do Código de Processo Civil.

3. DAS RAZÕES DE REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA

A decisão agravada é manifestamente ilegal e teratológica, porque contrariou, à toda evidência, os arts. 7º, inc. II, da Lei nº 1.533, de 31-12-51 e 129, inc. VII, da Carta Magna, além de ter negado vigência aos arts. 3º e 9º, e respectivos incisos, da Lei Complementar nº 75, de 20-5-93.

Consoante jurisprudência recente do C. Superior Tribunal de Justiça, demonstrados os requisitos para concessão da liminar, tal concessão é obrigatória, senão vejamos:

“Ementa: Mandado de Segurança.

— Verificando-se os pressupostos previstos no art. 7º, inc. II, da Lei nº 1.533/51, a concessão da liminar é obrigatória, e não pode depender de qualquer condição.”

(Cf. STJ, *in* RSTJ 15/175)

No mesmo sentido posiciona-se a doutrina mais autorizada, *in verbis*:

“A norma do art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51 é cogente no sentido de obrigar o magistrado à concessão de liminar em sede de mandado de segurança, havendo os pressupostos que a tal autorizam. Com efeito, já se viu constar no *caput* de tal artigo que com despacho inicial o juiz ordenará que se suspenda o ato. Assim, se a Lei nº 191/36 dizia o magistrado “poder” conceder liminar à vista dos pressupostos, a atual “impõe” o dever da concessão, mesmo à falta de pedido expresso do impetrante. Confere-se ao juiz a discricionariedade de pesar a existência ou não dos pressupostos para a liminar. Estando, porém, os mesmos claros a ponto de não se permitir juízo valorativo nesse particular, o magistrado fica “obrigado” à concessão da liminar requerida.” (Cf. Paulo Roberto da Silva Passos — Juiz de Direito da Capital de São Paulo). *A Medida Liminar no Mandado de Segurança e a Constituição de 1988*. In *Revista dos Tribunais*, vol. 655, p. 46.

Consoante demonstrado na petição inicial do *mandamus*, o agravante provou a existência *in casu* dos requisitos para a concessão da liminar, consubstanciados no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*.

Acerca do *fumus boni juris*, além dos argumentos expendidos na exordial do mandado de segurança, releva notar que tanto o pedido de liminar está respaldado no Direito que ele reproduz, literalmente, o disposto nos arts. 3º e 9º da Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União).

Assim, o agravante, com pedido liminar, pretendeu unicamente ter acesso aos documentos relativos à atividade-fim policial, existentes nas dependências da 19ª Delegacia de Polícia do DF, acesso esse garantido expressamente pelo art. 9º, incs. I e II, da LCnº 75/93, constituindo, pois, fundamento relevante para a concessão da liminar.

Acerca da aplicação *in casu* dos incisos I e II do art. 9º da LC nº 75/93, o MM. Juiz *a quo* omitiu-se, tendo, tão-somente, feito menção ao art. 9º, inc. III, da Lei Complementar nº 75, de 20-5-93, o qual trata de providência de ordem administrativa a ser tomada ou não, pelo ora agravante, no âmbito da discricionariedade que dispõe, de conformidade com suas atribuições constitucionais, mas que não é prejudicial dos demais direitos estatuídos nos incisos I e II do art. 9º da LC nº 75/93.

É evidente que tal providência nada tem a ver com os pedidos requeridos no *mandamus*, o que caracteriza, mais uma vez, a teratologia da decisão impugnada.

De outra parte, a decisão agravada incidiu, com a devida vênia, em *error in iudicando*, porque se refere à “poderes de inspeção” do agravante; ora, tal inspeção, igualmente, não constitui objeto do pedido de concessão da liminar e nem tampouco do pedido quanto ao mérito, conforme facilmente observa pela leitura de tais pedidos (doc. 3).

Em verdade, o MM. Juiz *a quo* deixou-se levar por considerações de ordem fática, tendo olvidado os fundamentos jurídicos do pedido.

De igual modo, no que toca ao *periculum in mora*, o ora agravante fundamentou o pedido de concessão da liminar com base em recorte de entrevista concedida a jornal pela autoridade coatora, acostada aos autos do *mandamus* (doc. 3 — fl. 20), na qual tal autoridade confessa que arquiva *notitias criminis* relativas aos mais variados crimes, tais como de estupro, dano, sedução e lesão corporal, sem qualquer ordem nesse sentido do Poder Judiciário.

Daí por que há um duplo perigo na demora da decisão final.

Há o perigo referente à possibilidade da autoridade coatora destruir as provas de tais arquivamentos ilegais, o que inviabilizaria o cumprimento de uma eventual decisão concessiva do *mandamus*.

Há, também, o perigo de que a autoridade coatora continue a arquivar *notitias criminis* sem autorização do Poder Judiciário, o que demonstra a urgência do provimento cautelar requerido.

Daí a necessidade da medida cautelar de suspensão imediata do ato impugnado, sem o qual poderá resultar a ineficácia do *mandamus*, caso seja concedido afinal.

Acerca de tais perigos, o MM. Juiz *a quo* não teceu um comentário sequer. Aliás, a decisão agravada, com a devida vênia, contrariou o art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, na medida em que foi desfundamentada e, portanto, nula.

Por todo o exposto, tendo em vista ter o agravante provado o fundamento relevante do pedido e a probabilidade de dano e de prejuízo, para a ordem jurídica e para a sociedade, impeditivo da execução de eventual decisão final concessiva, quanto aos seus efeitos concretos, requer aos ilustres Exmos. Srs. Desembargadores relator e revisor, e à E. Turma Julgadora, o *conhecimento* do presente recurso de agravo de instrumento e, no mérito, o *provimento* do recurso, para que seja reformada a decisão ora impugnada, eis que eivada de manifesta ilegalidade.

Brasília-DF, em 22 de outubro de 1996.

HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
Procurador-Geral de Justiça do DF e Territórios

Órgão: QUARTA TURMA CÍVEL

Classe: AGI — AGRAVO DE INSTRUMENTO

Num. Processo: 7.440/96

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DF E TERRITÓRIOS

Agravado: DELEGADO TITULAR DA 19ª DELEGACIA DE POLÍCIA DO DF

Relator: DESEMBARGADOR JOÃO MARIOSA

Ementa: Constitucional — Processual Civil — Controle Externo da Polícia: Ministério Público — Mandado de Segurança Contra Ato de Delegado de Polícia: Indeferimento de Liminar. Agravo Provido. 1 — No exercício de sua atividade constitucional está previsto o Controle Externo da Polícia, artigo 129, VII da CF. 2 — O obstáculo a esta atividade por Delegado de Polícia constitui abuso, combatido com o mandado de segurança (CF, artigo quinto, LXXI). 3 — O Juiz que nega liminar em mandado de segurança, sob o argumento de que a sua concessão esgotaria a prestação jurisdicional, antecipando os efeitos da tutela antecipada, está legitimando o abuso de autoridade. 3.1 — O Mandado de Segurança não pode ter limites que alguns arrestos vêm emprestando a este instrumento de salvaguarda dos direitos do povo, do cidadão e de instituições. 3.2 — O receio de intervir nas hipóteses previstas para concessão de liminar em mandado de segurança ao invés de guardar a segurança da tutela, arreda-a para uma decisão serôdia e inócua. 4 — Nenhuma autoridade pode impedir a atuação de uma instituição

sobre a de outra somente porque entende que algumas de suas atribuições são ilegais. Para não praticar abuso, deve permitir o que é constitucional e inviabilizar o que entende ser abuso, respondendo por seus atos.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, João Mariosa — Relator, Estevam Maia — Vogal e Everards Mota e Matos — Vogal, sob a presidência do Desembargador Everards Mota e Matos, em Conhecer e Prover à Unanimidade, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 31 de outubro de 1996.

DESEMBARGADOR EVERARDS MOTA E MATOS

Presidente

DESEMBARGADOR JOÃO MARIOSA

Relator

O Ministério Público do Distrito Federal agravou da decisão da MM Juíza *a quo*, por não lhe ter sido concedida liminar no Mandado de Segurança nº 51.359/96 da 4ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal.

Entende o Agravante que a decisão da MM Juíza é teratológica, confundindo o instituto da tutela antecipada com a medida cautelar de que trata o art. 7º da Lei nº 1.533/51.

O objetivo da cautelar pleiteada seria o de suspender cautelar e provisoriamente o ato que deu motivo ao pedido de segurança.

Pede-se a reforma da decisão, por haver probabilidade de dano e de prejuízo para a ordem jurídica e para a sociedade.

Pede o provimento do requerido.

Juntou documentos.

O Distrito Federal, por seu Procurador em fls. 39 a 49 apresentou contra-razões.

Alega que o Procurador-Geral de Justiça editou a Portaria nº 692 de 7-10-96, constituindo Comissão Especial para proceder inspeção nas atividades-fim da Polícia Civil do DF a ser realizada em inquéritos policiais, termos circunstanciados dentre outros documentos em curso na 19ª DP.

Com esse documento reproduzido os membros do MPDT foram até a 19ª DP e o Delegado-Chefe entendeu ser a ordem manifestamente ilegal.

Entende que o indeferimento da MM. Juíza não constitui *error in procedendo*, mas sim um imaginado e aparente conflito semântico.

Apoiado na doutrina salienta que o despacho denegatório de liminar em mandado de segurança é irrecurável.

Salienta que inexistente hierarquia entre o MP e a Polícia Civil.

Pede o improvimento do Recurso.

É o relatório.

Preliminarmente

O Senhor Desembargador João Mariosa — Relator —

Senhor Presidente, antes de prosseguir, eu indago da Turma se esse Agravo deveria ter ido ao Ministério Público. Creio que não, pois o Ministério Público é o próprio agravado.

O Senhor Desembargador Everards Mota e Matos — Presidente — Quem assinou?

O Senhor Desembargador João Mariosa — Relator — O Procurador-Geral.

O Senhor Desembargador Everards Mota e Matos — Presidente — Então, não há necessidade. V. Exa. quer se manifestar a respeito, Desembargador Estevam Maia?

O Senhor Desembargador Estevam Maia — Senhor Presidente, apenas por questão de cautela. para não se alegar nulidade. Foi ao Ministério Público, mas ele é parte. A atuação depois, seria como *custos legis*. Só para evitar uma alegação de nulidade. Uma cautela pode ser até desnecessária, mas é uma cautela.

Pode também, o Ministério Público se manifestar aqui, na própria sessão, e nós prosseguirmos com o julgamento, se o eminente Procurador concordar.

O Senhor Desembargador Everards Mota e Matos — Presidente — Indago ao eminente Procurador se conhece a questão e se tem possibilidade, nesse momento, de emitir parecer a respeito do agravo de instrumento que se encontra em pauta.

Procurador De Justiça, Dr. Renato Sócrates Gomes Pinto — Sim, tenho.

O Senhor Desembargador Everards Mota e Matos — Presidente — Então, dou a palavra ao Ministério Público para se manifestar a respeito, como *custos legis*.

Procurador De Justiça, Dr. Renato Sócrates Gomes Pinto — Senhor Presidente, eminente Desembargador Relator, o agravo manifestado pelo Ministério Público visa suspender decisão da MM. Juíza da 4ª Vara da Fazenda Pública, que indeferiu liminar

no mandado de segurança, e diz o agravante que houve, por parte da ilustre Magistrada monocrática, *error in procedendo* ao dispensar à postulação ministerial o tratamento de tutela antecipada, que não é o caso, como alegado nas razões do recurso.

O agravo invoca dispositivos da Constituição que cometem ao Ministério Público o exercício do controle externo da atividade policial, que for obstaculizado pela autoridade coatora. Ficou demonstrado à saciedade o cabimento da liminar, sendo certo que a doutrina e a jurisprudência, inclusive desta Turma, é no sentido de entender ser até mesmo obrigatório o deferimento da liminar, uma vez demonstrados os seus pressupostos.

Assim, considerando a relevância do lema e a necessidade de que o Ministério Público exerça as atribuições que lhe são cometidas na Constituição e na Lei Complementar nº 75, e também entendendo que a sociedade não se beneficia com esse impasse criado, pelo contrário, o que a sociedade espera é que o Ministério Público e a Polícia Civil se irmanem na realização de um dos direitos fundamentais mais importantes que é o direito à segurança, e esse controle externo é resultado de um optativo político da Assembléia Constituinte, o parecer, que oferece este Procurador é no sentido do conhecimento e do provimento do agravo interposto.

O Senhor Desembargador João Mariosa — Relator — Próprio e tempestivo conhecimento do agravo.

Pretende o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios a reforma da decisão do Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, que lhe indeferiu liminar em mandado de segurança contra ato do Delegado da 19ª Delegacia de Polícia do Distrito Federal.

Argumenta o Agravante que se trate de *error in judicando*, porque a Juíza confundiu a tutela antecipada com a medida cautelar prevista no art. 7º, II da Lei nº 1.533/51.

Ao rebater este argumento, o Agravado salienta que o Agravante entendeu que se trata de *error in procedendo*. E com razão. Trata-se de entendimento distorcido do artigo 7º, II da Lei nº 1.533/51. A distinção somente tem efeito de precisar e restringir o ato judicial à esfera de interpretação ou ao seu *modus procedendi*.

Na verdade, ao fundamentar o indeferimento, disse a MM. Juíza:

“Também não vislumbro ocorrência de lesão irreparável para presumir a ineficácia do provimento final, caso não concedida a liminar.

Lado outro, nos termos da postulação, a liminar tal como requerida esgotaria a prestação jurisdicional, antecipando os efeitos da tutela final, defeso em sede de mandado de segurança.

Ante o exposto, indefiro a liminar” (fl. 12).

A evidência de que se trata de *error in procedendo* está nos precedentes da decisão quando antevê esgotamento da prestação jurisdicional. Com efeito, trata-se de precaução excessiva em analisar o pedido do mandado de segurança que já vem com as provas pré-constituídas.

A MM. Juíza no entanto não está só, mesmo porque em 2º grau não são poucos os magistrados revisores que sistematicamente negam qualquer tipo de liminar. Parece-lhes que mais importante do que fazer justiça pronta é negá-la sob o manto do rigorismo processual ou do individualismo do entendimento.

No caso em julgamento o direito líquido e certo do MPDFT está no texto constitucional, art. 129, VII e Lei Complementar nº 75 de 20-5-93, arts. 3º e 9º.

O ato do Dr. Delegado, embora escudado no princípio de ser a *ordem manifestamente ilegal*, evidenciou um excesso de cuidado, porquanto se entende algumas daquelas determinações como ilegais, não deixou que se realizassem as atividades legais.

Houve, segundo o Delegado, arrogância por parte de alguns Promotores anteriormente à instalação da Comissão Ministerial, ensejando desavenças e ameaças.

No entanto a arrogância é combatida com comunicação dos órgãos de cúpula tanto da Polícia Civil, quanto do Ministério Público. Isto não legitima o abuso como este não pode ensejar aquela.

Registre-se que os Delegados de Polícia do DF são ilustres e ilustrados, dignificando a Instituição a que pertencem. Em qualquer Estado da Federação o número de casos destoantes em quaisquer das instituições envolvidas é bem maior numérica e percentualmente aos fatos aqui ocorridos.

Se é preciso amainar as águas dessa distrofia entre os órgãos envolvidos, também é mister manter, cumprir e fazer cumprir as normas constitucionais e complementares. O objetivo é construir uma sociedade livre, justa e solidária e resguardar a cidadania.

O certo, repita-se, é que o direito líquido e certo do MPDFT está no texto constitucional, art. 129, VII e Lei Complementar nº 75, de 20-5-93, arts. 3º e 9º.

O referido dispositivo constitucional erige como função institucional do MP, o exercício do controle externo da atividade policial. O conteúdo programático da norma foi devidamente integrado pela legislação infra-constitucional pertinente, consubstanciada na Lei Complementar nº 75, de 20-5-93, que espandindo qualquer resquício de dúvida, explicitou que o controle externo da atividade policial seria exercido, levando-se em conta, precipuamente, a prevenção e a correção de ilegalidade ou abuso de poder, indisponibilidade da persecução penal e a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública (art. 3º, *c e d*).

Ora, a liminar busca justamente evitar arquivamentos irregulares de inquéritos policiais no âmbito daquela Delegacia consoante amplamente divulgado na imprensa

como notícia a impetração, embora poucas (fl. 32). Ao precatar pela observância dos preceitos legais, mormente em relação aos preceitos do CPP, que vedam o arquivamento do inquérito pela autoridade policial, o Ministério Público apenas cumpriu o dever que a Constituição e a lei lhe conferiram, em caráter indisponível.

Este dever constitucional, a bem de ver, é antiga aspiração de ponderáveis seguimentos da sociedade, no sentido de retirar da Polícia Civil a exclusividade das atividades investigatórias, criminais e seus desdobramentos na esfera de eventual ação a cargo do MP. Certo ou errado, o texto constitucional foi um vólito do constituinte de 1988. A História Jurídica Tupiniquim registrará o fato e sua consequência. O que não pode acontecer é obstacular o exercício do direito/obrigação líquido e certo do MPDFT em ter acesso a qualquer Delegacia Policial. É que o aumento da violência, nos grandes centros urbanos, hodiernamente é realidade de fácil percepção, diante da escalada do crime organizado. A polícia, com deficiência de ordem material e humana, que não se pode ignorar, vem demonstrando virtual incapacidade para instruir sozinha e a contento os inquéritos que se iniciam dentro das delegacias. Trata-se, é bom ressaltar, de papel de vanguarda que ocupa no processo criminal, contudo tal argumento não pode ser erigido como fator obstativo do controle a ser exercido pelo MP, principalmente porque este necessariamente há de ser parcimonioso, visando mais uma integração de esforços com o fim precípuo de debelar a criminalidade.

Sabe-se que há as corporações policiais que são avessas a qualquer ingerência de pessoas estranhas a seus quadros, porque muitas delas na verdade não têm interesse em que os inquéritos caminhem, por motivos que não vêm ao caso mencionar na via augusta deste *mandamus*, mas que constituem indubiosamente procedimentos espúrios.

O Ministério Público, pelo que se sabe, não ambiciona o comando de nenhuma delegacia de polícia, até porque tal mister não se coaduna com a sua finalidade institucional, mas tão-somente a possibilidade de influir concretamente na produção da prova que a final lhe será endereçada. Já se disse que o sonho de um Promotor de Justiça é presidir o inquérito policial, mas o seu pesadelo é ser confundido com Delegado.

Revolvendo ao despacho que indeferiu a liminar, o seu fundamento foi o de que a concessão da cautela importaria adiantamento da tutela jurisdicional, esgotando-se *initio litis*.

Não é verdade.

A teor do art. 7º, da Lei nº 1.533, que contém preceito de natureza congente, o magistrado deve conceder a liminar postulada pelo impetrante, se presentes os pressupostos que a autorizam. Trata-se de direito subjetivo público da parte que invocou o remédio expedito, e não mera faculdade do julgador. Portanto, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o provimento jurisdicional não pode indeferir a liminar, sob pena de ineficácia do *writ*.

Ademais, a medida cautelar embutida na liminar na verdade não esgota a prestação jurisdicional, mas a antecipa, em caráter provisório, com o desiderato de precatar eventual dano oriundo da demora no julgamento do mérito do mandado de segurança.

In casu, o agravante demonstrou cabalmente a necessidade do provimento cautelar, sob pena da ineficácia de um futuro provimento jurisdicional concessivo do mérito do *mandamus*.

Desta forma, afiguram-se-me presentes, no caso concreto, os pressupostos autorizadores da concessão da medida liminar, já que a autoridade policial indisfarçavelmente descumpriu a Constituição e a lei, mais precisamente a de nº 9.099/95, ao negar aos integrantes do Ministério Público acesso às dependências da 19ª DP, com isso obstaculizando o exercício das atribuições constitucionais de controle externo da atividade policial preconizada na Carta Magna e na Lei Complementar nº 75/93. Convém ter em conta que é salutar e de importância que o MP e a Polícia Civil se unam em prol da sociedade.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo para, reformando a decisão agravada, deferir a liminar postulada pelo Ministério Público, a fim de que os Membros integrantes da Comissão instituída pelo eminente Procurador-Geral, tenham livre acesso às dependências da 19ª Delegacia de Polícia, para examinar documentos relacionados com a atividade-fim da polícia, sem fazer inspeção e sem buscar demais documentos, que não digam respeito a esta atividade-fim.

É como voto.

O Senhor Desembargador Estevam Maia — Senhor Presidente, conheço do agravo porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Tenho o maior respeito pelas instituições, sejam as que constituem poder, sejam as outras que se dizem permanentes: Forças Armadas, Polícia Federal, Polícia Civil e Polícia Militar; mas nenhuma delas, Senhor Presidente, está acima da lei; todas, inclusive os Poderes, são independentes, mas nos termos da lei. A notícia trazida ao conhecimento da Corte, através deste agravo de instrumento é séria, muito séria, baseia-se em denúncias de irregularidades praticadas na Delegacia. É uma matéria de provas, que não estão nos autos, mas diante de notícias veiculadas pela imprensa falada, televisada e escrita, de abusos e irregularidades mil, acontecidas nos recintos das delegacias, não há porque se duvidar da palavra do Ministério Público. Se verdadeira a notícia trazida pelo agravante, seria de se indagar: será que o ilustre titular da 19ª Delegacia está querendo auxiliar o Poder Judiciário, diminuindo sua carga de serviço? Se esse é o seu objetivo, é louvável mas ilegal, porque é ao Judiciário que se atribuiu a função de julgar. Não pode, portanto, a autoridade policial arquivar inquérito, fazer acordo, e aí está a recente Lei nº 9.099, que até eliminou o inquérito exigindo apenas um laudo cir-

cunsciado para que essa tarefa seja executada pelo Poder Judiciário, com a participação obrigatória e efetiva do Ministério Público.

Sabe-se, comenta-se até que os tais laudos circunstanciados que a lei exige naquelas infrações consideradas de pequeno poder ofensivo, às vezes, vêm incompletos, deficientes e a autoridade policial, inobstante, recusa-se a complementar diligências para oferecer todos os elementos que o Ministério Público e o Poder Judiciário necessitam para dar cumprimento à lei.

Nesse contexto, a liminar negada pelo Juiz de 1º grau não poderia ser deferida, nos termos em que foi posta, mas tão-somente para aquela Delegacia, porque o mandado de segurança é remédio jurídico posta à disposição para a defesa de direito líquido e certo, contra ato de autoridade determinada e não para a concessão de uma medida de caráter genérico.

A pretensão do Ministério Público, já o demonstrou o eminente Relator, não tem nada de abusiva: pelo contrário, está autorizada pela Constituição Federal e pela Lei Complementar nº 75. A primeira, pelo art. 129, inciso VII e a segunda, pelo art. 3º. Evidentemente que não se autoriza o Ministério Público a administrar delegacia. Não, isso é matéria disciplinar que compete ao Corregedor de Polícia. O que se assegura é o exercício da função jurisdicional do Ministério Público, que é examinar livros de ocorrência, de examinar inquéritos que estejam em andamento, para verificar se não está havendo algum problema escuso, estranho, com objetivos inconfessáveis:

Registra o agravante que, na data em que a comissão do Ministério Público foi à Delegacia, foi recebida de maneira acintosa por um grande número de policiais, delegados e agentes, entrou no prédio sob um corredor polonês. É uma atitude inconcebível: e pior, segundo se informa, lá estava o Corregedor de Polícia que, ao invés de cumprir a lei, declarou-se solidário com o delegado renitente.

De modo, Senhor Presidente, que entendo, com a devida vênia, que a douta Juíza processante não se houve com acerto ao negar essa liminar e a defiro, neste momento, acompanhando o voto do eminente Relator, explicitando para que se cumpra o que determina a Constituição Federal e a Lei Orgânica do Ministério Público, exclusivamente naquela delegacia que é a 19ª.

O Senhor Desembargador Everards Mota e Matos — Presidente — O meu voto é no mesmo sentido dos que acabam de ser proferidos, acompanhando a Turma. Mas como se trata de assunto também por mim reputado como relevante, vou pedir vênia para declará-lo.

É conhecido, porque expressamente colocado em disposição constitucional, através do art. 128, item VII, que constitui função institucional do Ministério Público “exercer o controle externo da atividade policial, na forma complementar mencionada no artigo anterior.”

Até o mês de maio de 1993, dizia-se que a matéria não era auto-aplicável. Contudo, adveio a Lei Complementar nº 75, de 20-5-93, que textualmente deferiu, no seu art. 9º, ao Ministério Público da União e, como tal, ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, “o controle externo da atividade policial, por meio de medidas judiciais e extrajudiciais”, indicando, como seu poder, “o livre ingresso a estabelecimentos policiais ou prisionais” e “acesso a quaisquer documentos relativos a atividades-fim da polícia.”

Em razão de um dos delegados de polícia, mais especialmente o da 19ª Delegacia Policial, haver declarado, através da imprensa, o arquivamento de determinadas notícias-crimes de menor potencial lesivo, cuja competência estaria a cargo do Juizado Especial Criminal, o Ministério Público, através de seu dirigente máximo, resolveu requisitar os documentos necessários para formar naturalmente a *opinio delictis* e ter condições de exercer sua função jurisdicional, na *persecutio* dos crimes de menor potencialidade ofensiva — arts. 69 e especialmente, 76 a 79 da Lei nº 9.099/95.

No entanto, respondeu S.S^a, o Delegado de Polícia: “A requisição esboçada, no ofício em tela, terá que aguardar para ser melhor apreciada, mesmo porque não compete ao Ministério Público intrometer-se em assuntos operacionais de exclusiva responsabilidade e interesse dessa Delegacia, Unidade da Polícia do Distrito Federal, instituição autônoma e independente, subordinada diretamente ao GDF”.

A Lei Complementar nº 75 defere expressamente ao Ministério Público a requisição das peças necessárias, a qualquer órgão público, para o exercício de suas funções.

Ora, mesmo se se colocasse em dúvida o alcance do chamado controle externo da atividade policial, não se poderia olvidar de que, antes mesmo da previsão legal deste controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, já era uma das atribuições precípua da instituição fiscalizar a execução da lei criminal, principalmente a fiscalização do inquérito policial, já que as peças de informação colhidas pela polícia se destinam precipuamente ao Ministério Público, que irá, com elas, formar a sua opinião sobre a propositura ou não da ação penal ou sobre as providências judiciais cabíveis, a seu cargo.

Não é desconhecido que essa atribuição do Ministério Público incide sobre a atividade policial e não sobre as funções exercidas pela polícia, porque o controle destas pertence ao GDF, ao qual se encontram hierarquicamente vinculados os órgãos da polícia local, mas as atividades por ela exercidas não, porque estas atividades são de ordem pública e devem ser controladas de perto pelo Órgão constitucionalmente incumbido, o Ministério Público, sob pena de se ter arquivamentos indevidos de notícias sobre crimes como no caso, mesmo que expressamente a lei o proíba. Estas incursões sobre essa questão precípua têm por objetivo demonstrar a presença do *fumus boni juris*, para que se conceda aquela liminar prevista no item II do artigo 7º da Lei nº 1.533, de

31-12-95, relativa ao mandado de segurança e onde, textualmente, confere ao Juiz o poder para suspender o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento.

Dessa forma, é a própria lei que indica a relevância dos fundamentos que serviram de base ao mandado de segurança do Ministério Público, com o objetivo único e exclusivo de ser garantido à instituição o desempenho, e o livre exercício de suas atividades constitucionais.

É certo não poder o Delegado de Polícia desconhecer que a desobediência à requisição, esboçada por um órgão público, para o normal desempenho constitucional de suas atribuições, constitui abuso de autoridade, e como tal, encontra-se prevista textualmente, como crime, no art. 3º, alínea *j*, da lei atinente, de nº 4.898/65, o fato aqui noticiado, qual seja, “atentar contra os direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional”, no caso, ao exercício das funções ministeriais.

Relativamente ao *periculum in mora*, é certo que a não-concessão da medida, liminarmente, traz a possibilidade de aquelas provas ou aqueles vestígios serem, de logo, afastados.

Assim, pedindo desculpas pelo alongamento deste veto, englobo nele as razões outras já colocadas nos votos dos Desembargadores João Mariosa e Estevam Maia, para cassar a decisão agravada e dar provimento ao agravo.

Peço vênia a V. Exa., Senhor Relator, apenas como segundo vogal, para sugerir a comunicação ao Exmo.º Senhor Secretário de Segurança Pública, porque tenho certeza, não deve ser do conhecimento de S. Exa. fatos como o presente que só vêm desabonar a instituição policial, porque constitui um atentado à própria soberania do Estado, já que impedir o desempenho normal de uma atividade pública é confessar que algo escuso se encontra por trás das portas daquela delegacia policial.

É como voto.

O Senhor Desembargador João Mariosa — Relator — Senhor Presidente, acolho a sugestão de V. Exa.

O Senhor Desembargador Estevam Maia — De acordo

Conhecido e provido à unanimidade.

JUIZO DE DIREITO DA QUARTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

PROCESSO Nº 51.359/96 — MANDADO DE SEGURANÇA

SENTENÇA

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar, impetrado pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra ato do Sr. Delegado-Titular da 19ª Delegacia de Polícia do Distrito Federal, objetivando, em síntese, ver garantido o exercício do controle externo da atividade policial, por meio do livre ingresso a estabelecimentos policiais ou prisionais e do acesso a quaisquer documentos pertinentes à atividade-fim policial.

Sustenta que a autoridade policial vem descumprindo o disposto nos arts, 129, VII da Constituição Federal de 1988, 3º e 9º, incisos I e II, da LC nº 75/93, tendo em vista a negativa de remessa de *notitias criminis* para a instauração de procedimento previsto no art. 69 da Lei nº 9.099/95 e de acesso às dependências da delegacia e documentos. Diz que tais medidas carecem de respaldo legal, sendo que a primeira importa num verdadeiro “arquivamento irregular” dos feitos. Assevera, outrossim, que o exercício do controle externo da atividade policial foi plenamente regulamentado pela LC nº 75/93 e que a Portaria nº 692/96 encontra respaldo na Lei Maior.

A petição inicial veio acompanhada com os documentos de fls. 11-20.

Indeferida a liminar às fls. 22-3. Da decisão foi interposto o recurso de agravo de instrumento, ao qual foi dado provimento pelo TJDF (fl. 61).

A autoridade impetrada prestou informações, onde sustentou a legalidade do ato atacado, ao argumento de que as ocorrências foram registradas antes do início da vigência da Lei nº 9.099/95. Disse ainda que em razão das limitações de ordem humana e material não foi possível atender às requisições ministeriais e que a alegação de que estaria havendo arquivamento irregular não restou suficientemente provada.

Informou que a decisão de não permitir inspeção na delegacia teve por base o Ofício nº 1010/96, da Corregedoria de Polícia Civil, que considerou ilegal a Portaria nº 692/96, do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal. Aduz que o Ministério Pú-

blico não tem competência para realizar inspeções, de acordo com a legislação de regência, mormente os arts. 9º e 10º da Lei Complementar nº 75/93. Por último, argumenta com a inexistência de uniformidade doutrinária quanto à expressão “controle externo da atividade policial”. Invoca o art. 57, II e 37, *caput*, da CF/88 e traz documentos (fls. 81-124).

Às fls. 129-49, o Distrito Federal ingressou no feito como litisconsorte passivo necessário (fls. 129-75), ratificando, em linhas gerais, as informações prestadas pelo Delegado-Titular da 19ª Delegacia de Polícia do Distrito Federal. Vieram documentos (fls. 150-95).

Foi acostado aos autos o termo referente à vistoria realizada na 19ª Delegacia de Polícia, em cumprimento à liminar concedida pela 4ª Turma Cível do TJDF (fls. 197-208).

O Ministério Público, em parecer da lavra do Dr. Alexandre Fernandes Gonçalves, Promotor de Justiça, opinou pela concessão da segurança.

II

A Constituição Federal de 1988 estabelece:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I — promover, privativamente a ação penal pública na forma da lei;

.....
VII — exercer o controle externo da atividade policial, na forma da Lei Complementar respectiva.”

Por outro lado, a Lei Complementar nº 75, de 20-5-93, confere expressamente ao Ministério Público a prerrogativa de “ingressar livremente em estabelecimentos policiais ou prisionais” e de ter “acesso a quaisquer documentos relativos a atividade-fim da polícia” (art. 9º). Autoriza ainda a requisição de informações e documentos (arts. 7º e 8º). A Lei nº 9.099/95 também é bastante data quanta h iniciativa do Ministério Público no que tange aos crimes de menor potencialidade lesiva (arts. 76 e 79). Ora, a simples interpretação literal desses dispositivos, permite concluir que a autoridade, indigitada como coatora exorbitou de suas atribuições legais, quando se negou a permitir

o acesso às informações relativas ao procedimento previsto na Lei dos Juizados. O Ministério Público, como instituição responsável pela preservação da ordem jurídica, pode e deve ter acesso aos referidos documentos, sem qualquer embaraço, máxima quando a instituição solicitada, deve ser por ele fiscalizada. Em que pese o esforço da autoridade impetrada, não há justificativa plausível e legal para a sua atuação.

Desta forma, a pretensão merece acolhida. Não há dúvida quanto à liquidez e certeza do direito alegado pelo impetrante.

Perfilho o entendimento preconizado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, quando decidiu o Agravo de Instrumento nº 7.440/96, interposto da decisão que negou a liminar nos presentes autos:

“Constitucional. Processual civil. Controle externo da polícia: Ministério Público. Mandado de segurança contra ato de Delegado de Polícia: Indeferimento de liminar. Agravo provido.

1. No exercício de sua atividade constitucional está previsto o Controle Externo da Polícia, art. 129, VII da CF.

2. O obstáculo a esta atividade por Delegado de Polícia constitui abuso, combatido com o mandado de segurança, CF, art. 5º, LXXI.

3. O Juiz que nega liminar em mandado de segurança sob o argumento de que a sua concessão esgotaria a prestação jurisdicional, antecipando os efeitos da tutela antecipada está legitimando o abuso de autoridade.

3.1. O mandado de segurança não pode ter limites que alguns arestos vêm emprestando a este instrumento de salvaguarda dos direitos do povo, do cidadão e de instituições.

3.2. O receio de intervir nas hipóteses previstas para a concessão de liminar em mandado de segurança ao invés de guardar a segurança da tutela arreda-a para uma decisão serôdia e inócua.

4. Nenhuma autoridade pode impedir a atuação de uma instituição sobre a outra somente porque entende que algumas de suas atribuições são ilegais. Para não praticar abuso, deve permitir o que é constitucional e inviabilizar o que entende ser abuso, respondendo pelos seus atos (fl. 229).

Em reforço à tese acima esposada — consoante lembrado pelo representante do Ministério Público (*custos legis*) —, vale mencionar as palavras de Hugo Nigro Mazzilli, quando sustenta que o controle deve ser exercido “sobre as *notitiae criminis* recebidas pela polícia, e que nem sempre na prática, são canalizadas para a instauração de in-

quéritos policiais; sobre apuração de crimes em que são envolvidos os próprios policiais; sobre os casos em que a polícia não demonstra interesse ou possibilidade de levar a bom termo as investigações; sobre as visitas às delegacias de polícia e sobre a fiscalização permanente da lavratura de boletins ou talões de ocorrências criminais, bem como sobre as aberturas e tramitação de ocorrências criminais; sobre o cumprimento das requisições ministeriais” (in Manual do Promotor de Justiça, 2ª ed., 1991, p. 12) (fls. 212-26).

IV

Diante do exposto, acolho o parecer ministerial e *concedo a segurança* para garantir o exercício do controle externo da atividade policial pelo impetrante, por meio do livre ingresso nas dependências da 19ª Delegacia de Polícia do Distrito Federal, inclusive com acesso a qualquer documento pertinente ao procedimento previsto na Lei nº 9.099/95. Declaro o processo extinto, com julgamento do mérito, a teor do disposto no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Sem honorários (Súmula 512 do STF).

Custas na forma da lei.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51).

P.R.I.

Brasília-DF, 7 de junho de 1999.

OMAR DANTAS LIMA
Juiz de Direito Substituto

Órgão: SEGUNDA TURMA CRIMINAL

Classe: HABEAS CORPUS

Nº Processo: 1999 00 2 003661-2

Impetrante: M. B. M.

Pacientes: EDISON LUIZ ZANATTO E OUTROS

Relator: DESOR JOAZIL M. GARDÉS

Relator designado: DESOR GETULIO PINHEIRO

Habeas Corpus. Coação praticada por Promotor de Justiça do Distrito Federal. Controle externo da atividade policial. Instauração de Procedimento Administrativo Investigatório pelo Ministério Público. Legitimidade.

1. Entre as funções institucionais do Ministério Público, previstas na Constituição Federal (art. 129), está a de exercer o controle externo da atividade policial. No exercício de suas atribuições, conferiu-lhe a Lei Complementar nº 75/93 a prerrogativa de realizar inspeções e diligências investigatórias, instaurar inquéritos e procedimentos, podendo notificar pessoas que devam depor a respeito dos fatos em apuração, requisitando a condução coercitiva das recalcitrantes (art. 8º, I, V e VII).

2. Os inquéritos e procedimentos a que se refere a Lei Complementar nº 75/93, não se restringem a matéria cível ou administrativa. Uma vez que a investigação criminal não é monopólio da polícia judiciária, pode o membro do Ministério Público proceder a diligências investigatórias para

formar sua convicção acerca da possibilidade de instaurar ação penal pública. Não teria sentido dirigir-se o Promotor de Justiça à autoridade policial para requisitar a apuração de fatos em tese típicos, atribuídos a seus subalternos, pois sabido que essa providência pode ser tomada por qualquer cidadão.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da *Segunda Turma Criminal* do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Joazil M. Gardés — Relator, Getulio Pinheiro — Vogal e Relator designado e Aparecida Fernandes, sob a presidência da Desembargadora Aparecida Fernandes, por maioria, em *denegar a ordem*, de acordo com a ata do julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília, 1º de dezembro de 1999.

Des^{ora} APARECIDA FERNANDES
Presidente

Des^{or} GETULIO PINHEIRO
Relator designado

RELATÓRIO

Senhores Desembargadores.

O doutor M.B.M., advogado inscrito na OAB-DF, apontando como autoridade coatora a Senhora Promotora de Justiça, do Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial, com apoio no que se dispõe no art. 5º, II, XXXV, LIII e LXVIII da Constituição Federal e arts. 647 e 648, VI do Código de Processo Penal, com pedido de liminar, impetrou Ordem de *Habeas Corpus* Preventivo em favor de E.L.Z. e outros Agentes Penitenciários, alegando que, em razão de suas convocações para serem submetidos a sessão de reconhecimento, no procedimento 27/99-9, “na qualidade de suspeitos de crime de abuso de autoridade”, constitui constrangimento ilegal por não ser aquele Órgão parte legítima para promover atos inerentes de Polícia Judiciária e que a questão está sendo investigada pela Corregedoria-Geral de Polícia da Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal. Juntaram a peça de fl. 13.

Deferi o pedido de liminar.

Nas informações, a autoridade apontada como coatora, diz que o fato investigado — tortura de seis detentos no CIR em razão da tentativa de fuga de um interno —, é de notória gravidade, sendo que não foi apurado por qualquer unidade da Polícia Civil; que a Portaria que criou o Núcleo de Controle da Polícia no âmbito do Ministério Público é legal, sendo desnecessário a sua publicação no órgão oficial por ser ela de natureza meramente administrativa; que o Ministério Público detém legitimidade para realizar a investigação criminal, diante da sua competência privativa para o exercício da ação penal pública, nela compreendidos a produção de provas e investigação de indícios que justificam a sua atuação na persecução criminal preliminar, sempre que a atuação da Polícia Judiciária possa revelar-se insuficiente na apuração da verdade real; que o Ministério Público não quer ser polícia, porém não pode ser mero espectador da atuação policial, daí por que, em situações como as anunciadas, pode e deve proceder as investigações do fato criminoso. Juntou as peças de fls. 38-55.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça, às fls. 58-62, opinando pela denegação da Ordem, com a cassação da liminar.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador Joazil M. Gardés — Relator: Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do *writ*.

A alma do *mandamus* reside na alegação dos Pacientes de que o Ministério Público não é parte legítima para promover atos inerentes de Polícia Judiciária, ao que a autoridade apontada como coatora se opõe, justificando a sua legitimidade para assim proceder, em razão da sua competência privativa para promover a ação penal pública, nela compreendidos a produção de provas e investigação de indícios que justificam a sua atuação na persecução criminal preliminar, sempre que a atuação da Polícia Judiciária possa revelar-se insuficiente na apuração da verdade real.

Diz mais: que o Controle Externo da Atividade Policial lhe está assegurado no art. 8º, VII da Lei Complementar nº 75, de 1993, *verbis*:

“Para o exercício de suas atribuições o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar”.

É certo que em julgamentos outros, versando sobre igual matéria, ocorreram decisões acolhendo a tese de que na Lei Complementar estatuiu a competência ao Ministério Público para exercer o Controle Externo da Atividade Policial e, conseqüentemente, legitimidade para investigar condutas criminosas, em tese, de policiais.

Data venia, assim não compreendo. Dizer que a Portaria que instituiu o Núcleo de Investigações e Controle Externo da Atividade Policial, e delimitou a sua atuação no âmbito do Ministério Público, prescinde de publicação, por ser de natureza meramente administrativa, é desdenhar o princípio que obriga a publicidade que confere eficácia aos atos administrativos, que regulam a estrutura e o funcionamento da Administração Pública, bem como os organismos criados para executar os serviços públicos, as relações entre a Administração e terceiros, que se exige no Direito Administrativo, daí por que a não publicação e a sua utilização, como forma de chamamento do policial, para que preste declarações em procedimento investigativo, é por tudo irregular e também constitui constrangimento ilegal.

Tenho que, a constituição do Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial como substituto da atividade de polícia judiciária, não se faz acorde com o que se dispõe no art. 129, VII da Constituição Federal, porquanto, neste dispositivo, ao prever o exercício do controle externo da atividade policial, estabelece a necessidade de que assim esteja previsto na Lei Complementar, e, a regra do art. 8º, VII nela contida, não informa essa competência, vez que, ao meu sentir, se refere apenas quanto ao controle dos atos administrativos.

Para mim, o controle externo, previsto na Constituição Federal, não estabelece permissão ao Ministério Público para substituir a Polícia Judiciária. Se o MP tem dúvidas, ou possui indícios de que agentes penitenciários praticaram atos que, em tese, constituem infrações penais, não é ele órgão próprio para efetuar o inquérito.

Se tem provas seguras, na qualidade de titular do direito de promover a ação penal pública, cabe-lhe formular a denúncia dos culpados. Ademais, o fato em questão já está sendo investigado pela Corregedoria-Geral de Polícia da Secretaria de Segurança Pública, sob o nº 12/99/CGP.

O órgão do Ministério Público não pode substituir a autoridade policial.

Nesse sentido, tenho como suporte do meu entendimento a decisão contida no RE nº 205.473-9 — Alagoas, Relator Ministro Carlos Velloso, que ao fundamentar o seu voto, fez consignar:

“... A uma, porque o Delegado da Receita Federal deu os motivos pelos quais não poderia atender ao requerido pelo Ministério Público. A duas, porque não compete ao Procurador da República, na forma do disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, assumir a direção das investigações, substituindo-se à autoridade policial, dado que, tirante a hipótese inscrita no inciso III do art. 129 da Constituição Federal, não lhe compete assumir a direção de investigações tendentes à apuração de infrações penais (CF, art. 144, §§ 1º e 4º)”.

Destarte, faz por merecer que se transcreva, nesta assentada, excerto do artigo “Investigação Criminal em Procedimento Administrativo”, produzido pela Doutora Delza Curvello Rocha, Subprocuradora-Geral da República e Membro do Conselho Superior do Ministério Público, publicado no caderno Direito & Justiça, de 26 de abril de 1999, no diário *Correio Braziliense*, *verbis*:

“... Do alinhavado, extrai-se que a investigação criminal iniciada pelo membro do Ministério Público, com realização, inclusive, de inquirição do investigado de diligências, em procedimento administrativo criminal desenvolvido no âmbito do *parquet*, *se constitui em prática írrita, procedimento alheio ao ordenamento jurídico vigente, desvio administrativo eivado de inconstitucionalidade, visto ser atribuição exclusiva de polícia o exercício das funções da polícia judiciária (art. 144, § 1º, IV, da Constituição Federal de 1988, observado na esfera estadual o princípio da simetria). ...”.*

Como se vê, à Polícia é que comporta apurar as infrações penais e exercer, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária. O mais, conforme afirmei, é luta de poder.

Cumpr-me anotar que o egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal editou a Súmula nº 10, estabelecendo no seu verbete:

“O controle externo da atividade policial é função institucional do Ministério Público, podendo este requerer informações e documentos em Delegacia de Polícia para instrução de procedimento administrativo, sendo ilegal a recusa em fornecê-lo.” (DJ, parte 3, 26-11-99, p. 3).

Ora, o que se vê, na referida súmula, é que não está inserido na competência do Ministério Público, o exercício do controle externo da atividade-fim policial, para que possa intimar policiais para instrumentalizar inquéritos em que apura ocorrência de possíveis infrações penais por estes praticadas.

Isto Posto, defiro a ordem impetrada, desobrigando os Pacientes de comparecerem ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial, órgão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, para serem submetidos a sessão de reconhecimento, no Procedimento Investigatório nº 27/99-9, ainda que venha a ser designada nova data.

É como voto.

O Senhor Desembargador Getúlio Pinheiro — Vogal: — Senhora Presidente, mantenho e entendo que espousei no julgamento do Habeas Corpus nº 1999 00 2 002706-2:

“(…) O impetrante alega, em síntese, que o Ministério Público não detém o poder de notificar cidadãos para que venham depor perante seus órgãos, ao passo que a autoridade coatora, ilustre Promotora de Justiça, sustenta que tanto a Constituição Federal como a Lei Complementar nº 75/93 atribuem-lhe o controle externo da atividade policial.

Considero irrelevante a falta de publicação da portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público, porque de natureza interna, baixada pelo seu Procurador-Geral como forma de distribuir tarefas para aperfeiçoamento dos serviços. Esse proceder não fere o princípio da unicidade e indivisibilidade do Ministério Público.

Dispõe a Constituição Federal:

‘Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I — ...

.....
VII — exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior’.

No cumprimento desse dispositivo constitucional veio a lume a Lei Complementar nº 75/93, que a respeito do tema dispõe:

‘Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público poderá, nos procedimentos de sua competência:

I — notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

.....
V — realizar inspeções e diligências investigatórias;

VI — ...

VII — expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar’.

Acerca do controle externo da atividade policial, contemplada pela Constituição Federal, afirma Pinto Ferreira que ‘Quando se tratar de procedimento administrativo em matéria cível, bastará a promoção do inquérito civil. Mas tal poder de solicitar informações e efetivar diligências não se restringe à esfera cível, porém ainda se destina a investigações criminais. Neste último caso, o MP deve e pode determinar a ins-

tauração do inquérito policial e a efetivação de diligências investigatórias, com o objetivo de formar sua convicção sobre a possibilidade e a necessidade da propositura da ação penal pública' (*Comentários à Constituição Brasileira*, vol. 5º, p. 147 — Saraiva, 1992). Acrescenta o autor citado que 'O legislador constituinte não buscou estabelecer hierarquia ou disciplina administrativa, pela submissão da autoridade policial aos agentes do MP. Quando o promotor de justiça, em sua área funcional, verificar a existência de faltas disciplinares, como ele tem atribuições de controle externo conferidas expressamente pela Constituição Federal, controle esse que é uma forma de correição sobre a polícia judiciária, deverá dirigir-se aos superiores do servidor policial faltoso (escrivão, carcereiro, investigador, delegado de polícia etc.), apontando as falhas e as providências cabíveis' (op. cit., págs. 147/148). Não teria sentido, entretanto, dirigir-se o Promotor de Justiça ao superior hierárquico do servidor para requerer a apuração de fatos cometidos pelos seus subalternos, sabido que essa providência pode ser tomada por qualquer cidadão. Por isso pondera Hugo Nigro Mazzilli que 'Em matéria criminal, as investigações diretas ministeriais constituem exceção ao princípio da apuração das infrações penais pela polícia judiciária; contudo, caso há em que se impõe a investigação direta pelo Ministério Público, e os exemplos mais comuns dizem respeito a crimes praticados por policiais e autoridades' (*Regime Jurídico do Ministério Público*, p. 400 — Saraiva, 3ª ed., 1996). Para tanto, afirma esse autor, poderá o órgão do Ministério Público investigar diretamente os fatos e 'não raro se valerá de notificações e requisições', (op. cit., p. 239).

A Dra. Yara Velozo Teixeira, ilustre Promotora de Justiça aponta da como autoridade coatora, em suas informações repeliu com esmero os argumentos do impetrante:

'(...) De início, parece evidente a atuação do Ministério Público, à luz da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 75/93, em se tratando de investigação no bojo de procedimentos administrativos instaurados em seu âmbito interno, não se restringe unicamente a conduzir investigações que se refiram a inquéritos civis: tal ressalva em momento algum é feita pelos dispositivos supramencionados. Incide à espécie o conhecido princípio de interpretação das normas jurídicas, consistente na vedação de o intérprete fazer distinção onde o texto legal não a fez (e nem foi sua intenção fazê-lo).

A possibilidade de o Ministério Público instaurar procedimentos administrativos de natureza criminal por Aloísio Firmo G. da Silva que, invocando inicialmente o doutrinador Nelson Néri Júnior, afirma:

“a expressão ‘investigação criminal’ alcança tanto o inquérito policial, como qualquer outro procedimento administrativo instaurado pela autoridade (por exemplo, inquérito administrativo no âmbito do Ministério Público para apuração de infração penal) a fim de averiguar a existência de fato típico caracterizado como crime ou contravenção penal” (grifei).

“Em idêntica freqüência, é o pensamento de Marcellus Polastri Lima, em recente obra intitulada ‘Ministério Público e Persecução Criminal’ (ed. Lumem Juris, 1997, p. 88-89), que, apoiado nos ensinamentos de Hugo Nigro Mazzilli, precisou a exata inteligência da norma em comento: ‘O inciso VI do art. 129 da Carta Magna veio solidificar esta posição, instrumentalizando o agir do Ministério Público, ao assegurar ao parquet a expedição de notificação e requisições de informações e documentos nos procedimentos de sua atribuição. Trata-se, à saciedade, de coleta direta de elementos de convicção pelo promotor para elaborar *opinio delicti* e, se o caso, oferecimento de denúncia, uma vez que, como já asseverado, não está o membro do Ministério Público adstrito às investigações da Polícia Judiciária, podendo colher provas em seu gabinete ou fora deste, para respaldar a instauração da ação penal. Portanto, recebendo o promotor notícia de prática delituosa terá o poder-dever de colher os elementos confirmatórios colhendo declarações e requisitando as provas necessárias para formar sua. Obviamente que tais elementos probatórios terão o mesmo tratamento daqueles colhidos inquisitorialmente pela polícia, devendo ser ratificados em juízo para embasar decreto condenatório’. (...)”

“Após a Constituição de 1988, tal entendimento resulta indubitável, como argumenta Hugo Nigro Mazzilli: ‘No inciso VI do art. 129, cuida-se de procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público — e aqui também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para a *opinio delicti*: se os procedimentos administrativos de que cuida este inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. III. Mas o poder de requisitar

informações e diligências não se exaure na esfera cível, atingindo também área destinada a investigações criminais' (grifamos).

Com relação à exegese do inciso VIII acima transcrito, cumpre anotar, ademais, que qualquer neófito na teoria do Direito Constitucional poderia aperceber-se que, quisesse o constituinte limitar a atuação ministerial, no campo investigatório, tão-somente às suas intervenções em sede de inquérito policial, teria, ao invés de utilizar a conjunção aditiva 'e', formulado expressão que condicionasse a requisição de diligências no momento da instauração ou no curso do inquérito. Assim, com inteira razão o Tribunal de Alçada Criminal do Rio Grande do Sul (HC nº 291071702, Rel. Vladimir Giacomuzzi, julg. 25-7-91, Julgados do TARS nº 79/129), ao afirmar que "a CF, ao conferir ao MP a faculdade de requisitar e de notificar, defere-lhe o poder de investigar, no qual aquelas funções se subsumem".

Cabe refutar, ainda, o descabido e tortuoso argumento de que a condução da investigação policial seria monopólio das Polícias Cíveis, estaduais e federal, já que a Constituição, em seu art. 144, na única alusão que faz a 'exclusividade' (inciso IV do § 1º), visa afastar a superposição de atribuições entre a Polícia Federal e as Polícias Rodoviária e Ferroviária, também vinculadas à União Federal, mas que têm funções de simples patrulhamento ostensivo das rodovias e ferrovias federais, respectivamente, bem como entre a Polícia Federal (propriamente dita) e as Polícias Cíveis dos Estados, impedindo que haja a invasão das respectivas esferas de atuação.

Corroborando essa linha de raciocínio, faz-se oportuno trazer à superfície recente decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, denegatória de liminar em ADIn interposta pela ADEPOL — Associação Nacional dos Delegados de Polícia —, em que era questionada a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.034/95 (Lei de Combate ao Crime Organizado), conferidor de poderes instrutórios ao juiz na fase investigatória, na qual prevaleceu o entendimento, vencido o Min. Sepúlveda Pertence, de que a investigação criminal não é monopólio da Polícia Judiciária (ADIn 1.517-UF, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. em 30-4-97, Informativo STF nº 69).

A questão é melhor compreendida quando da leitura de alguns fragmentos do corpo do voto do eminente Min. Relator, transcrito no Informativo STF nº 71, onde é sepultada liminarmente a pretensão das Polícias Cíveis de ter exclusividade na investigação de infrações penais: “(...) 16. Ainda quanto à concessão de poderes investigatórios, a própria Constituição Federal, no § 3º do art. 58, conferiu-os às Comissões Parlamentares de Inquérito, determinando que as suas conclusões serão encaminhadas diretamente ao Ministério Público para a promoção da responsabilidade civil ou criminal dos infratores. 17. Acrescenta-se ainda, que a Carta Magna, no art. 129, inciso III, inclui nas funções institucionais do Ministério Público, a de ‘promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’. 18. Diga-se o mesmo com relação à Lei de Falências que pelos seus arts. 103 e seguintes trata do inquérito judicial. 19. (...) 20. Assim sendo, tenho que a expressão ‘com exclusividade’, inserida na regra contida no inciso IV do § 1º do art. 144 da CF, deve ser interpretada no sentido de excluir das demais polícias elencadas nos incisos II a V do referido artigo, inclusive as de âmbito federal (rodoviária e ferroviária), a destinação de exercer as funções de polícia judiciária da União. 21. Ao cuidar das funções de polícia judiciária e investigações criminais atribuídas às Polícias Cíveis, o texto constitucional do § 4º do art. 144 não utiliza o termo “exclusividade”. 22. Constata-se, pois, que a Constituição não veda o deferimento por lei de funções criminais a outros entes do Poder Público, sejam agentes administrativos ou magistrados” (grifamos).

A conclusão inafastável que deflui da análise da decisão do Pretório Excelso é a de que, restando legitimada a atuação do juiz em sede investigatória de coleta de provas — a qual poder-se-ia objetar que comprometeria sua imparcialidade no ato de julgar (fundamento do voto vencido do Min. Sepúlveda Pertence) —, com muito mais razão dever-se-á admitir a atuação do Ministério Público, órgão detentor da titularidade privativa do exercício da ação penal pública, e, portanto, destinatário imediato de qualquer investigação criminal, cuja eventual intervenção pré-processual autônoma terá por escopo garantir a intangibilidade do acervo informativo a ser submetido ao conhecimento judicial.

Importa consignar, outrossim, por amor à completude da argumentação, que a esse resultado se chegaria, ainda que não se considerasse explícita a autorização constitucional para a condução de investigações criminais diretamente pelo órgão do Ministério Público. É que, como é sabido, constitui regra elementar da hermenêutica constitucional a adoção da chamada Teoria dos Poderes Implícitos, cunhada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *MacCulloch vs. Maryland* (cf. Pinto Ferreira, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 2, ed. Saraiva, 1990, p. 132) e de aplicação corrente no direito constitucional pátrio, segundo a qual quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-de-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários ao atingimento do seu desiderato, sob pena de ter frustrado o exercício do munus constitucional que lhe foi cometido.

Por conseguinte, se incumbe ao Ministério Público, privativamente, o exercício da ação penal de iniciativa pública, é forçoso concluir que estarão compreendidos entre seus poderes e prerrogativas institucionais o de produzir provas e investigar a ocorrência de indícios que justifiquem sua atuação na persecução penal preliminar, através, por exemplo, da instauração de procedimento administrativo (art. 129, VI, da Carta Política), sempre que a atuação da Polícia Judiciária possa revelar-se insuficiente à satisfação do interesse público consubstanciado na apuração da verdade real (v.g., falta de isenção para apurar determinada infração penal em razão do envolvimento de outros policiais, como aconteceu nos autos da ação penal trancada pelo HC nº 97.02.09315-5, onde, ao contrário do que se pode imaginar pelo teor da decisão, havia sido instaurado inquérito policial, que foi conduzido de forma flagrantemente favorável aos interesses do organismo policial, levando o Ministério Público Federal a engendrar novas diligências investigatórias em procedimento interno, que redundaram na formulação de acusação penal contra vários policiais federais).

Verifica-se, então, que a atuação investigatória autônoma do órgão do Ministério Público, por meio da instauração de procedimento interno, reveste-se da nota da excepcionalidade, somente sendo necessária quando a colheita de provas pela Polícia Judiciária, em regular inquérito policial, enseje a causação de um

prejuízo potencial ao interesse público de ver apurada, isenta e rigorosamente, as eventuais violações às leis penais.

Sobre o aspecto ora focado, de grande pertinência é a transcrição do escólio de Hugo Nigro Mazzilli ('Introdução ao Ministério Público', ed. Saraiva, 1997, p. 131) ao ressaltar as circunstâncias especiais em que é imperiosa a atuação investigatória do Ministério Público: "Em matéria criminal as investigações diretas ministeriais constituem exceção ao princípio da apuração das infrações penais pela polícia judiciária; contudo, casos há em que se impõe a investigação direta pelo Ministério Público, e os exemplos mais comuns dizem respeito a crimes praticados por policiais e autoridades. A iniciativa investigatória do Ministério Público é de todo necessária, sobretudo nas hipóteses em que a polícia tenha dificuldades ou desinteresse em conduzir as investigações — como ocorreu há anos em São Paulo, na apuração dos crimes do 'Esquadrão da Morte', quando houve corajosa e persistente atuação ministerial, com diligências diretas promovidas sob direção do Procurador da Justiça Hélio Bicudo. Hoje, tal iniciativa é consectário lógico do controle externo que a Constituição exigiu impusesse o Ministério Público sobre a atividade policial. Outro exemplo de iniciativa investigatória do Ministério Público na área penal ocorre quando não esteja a polícia em situação adequada para conduzir as investigações contra autoridades, dada sua condição de organismo subordinado ao Governo e à Administração. Não raro, estão envolvidos altos administradores nos crimes a serem investigados, podendo haver interesses subalternos de administradores na não-apuração dos delitos" (grifamos).

Esclareça-se, por relevante, que, também recentemente, a matéria em discussão foi acertadamente decidida pelo prestigioso Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento do HC nº 97.04.26750-9-PR (Rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, 1ª T., v.u., julg. em 24-6-97, DJU de 16-7-97), cuja ementa encontra-se vazada nos seguintes termos: 'Habeas corpus. denúncia oferecida com base em investigações procedidas pelo ministério público. liberação irregular das mercadorias descaminhadas. Corpo de delito. 1. O inquérito policial é, em regra, atribuição da autoridade policial. 2. O *parquet* pode investigar fatos, poder que se inclui no mais amplo de fiscalizar a correta execução da lei. 3.

Se o conjunto de elementos e informações colhidos são suficientes para consubstanciar o *fumus boni juris*, no que diz respeito à materialidade e autoria de crime, impõe-se o recebimento da denúncia. 4. Tal poder do órgão ministerial mais avulta quando os envolvidos na infração penal são autoridades policiais, submetidos ao controle externo do Ministério Público. 5. Se as mercadorias foram ilicitamente liberadas por outra autoridade policial, isso não aproveita aos infratores. Incidência do art. 167 do CPP. 6. Ordem de *Habeas Corpus* denegada, sendo cassada a liminar concedida' (grifamos).

No corpo do seu voto, o ilustre Juiz Relator realçou a legalidade da investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, nos moldes expostos no texto. Eis alguns fragmentos da irrepreensível decisão: 'Se o parquet é a instituição encarregada de zelar pela observação correta da Legislação existente no país, seu cumprimento adequado, a satisfação de sua finalidade, seguramente tem por fim investigar atividade criminosa que encontra obstáculo no órgão policial encarregado da ação repressiva. (...) Engessar a ação do Ministério Público, quanto à investigação de infrações penais cometidas por policiais, seria contrariar a tendência moderna de ampliar o poder estatal na repressão à criminalidade, em especial a organizada que, muitas vezes, se serve de policiais para facilitar a ação deletéria' (...) "Concluo, pois, que o poder de abrir inquérito policial a fim de investigar ações criminosas é, como regra, atribuição da autoridade policial. Excepcionalmente, então, poderá a investigação ser procedida pelo próprio Ministério Público, especialmente quando envolvidos policiais' (...) 'Por outro lado, o Procurador que faz as investigações não está impedido de oferecer a denúncia e acompanhar a ação penal. Nada impede que, ao fim do processo judicial venha, inclusive, a pedir a absolvição do denunciado. A missão do Ministério Público é perseguir a correta aplicação da lei. Para tanto, vale-se do Poder Judiciário que, exclusivamente, tem o poder de decidir a favor ou contra uma das partes. A parcialidade está no ato de julgar, nunca no ato de postular a adequada aplicação da lei''.

Em conclusão, entendemos que não pode a sociedade se ver privada da atuação do Ministério Público, mormente quando interesses corporativos se voltam contra a autonomia e indepen-

dência da Instituição, criadas como garantia do pleno exercício de suas funções e como proteção a direitos indisponíveis da coletividade.

O compromisso dos agentes da lei deve ser com a busca incessante da verdade real, para que condutas reprováveis sejam coibidas. A cobiça e demais sentimentos subalternos devem ser combatidos com tenacidade e abnegação. Calar o Ministério Público, negando-lhe necessários poderes de investigação, é negar o pacto social estabelecido na Constituição da República, sem consulta aos destinatários finais da atuação institucional, que é a própria sociedade.

Nesse passo, espera-se que o Poder Judiciário, atento aos anseios dessa mesma sociedade, que clama pelo fim da impunidade, em todos os níveis, não dê guarida a tamanho despropósito, sob pena de os integrantes do Ministério Público, de agentes políticos, transformarem-se em meros espectadores da atuação, nem sempre eficiente e isenta, da Polícia Judiciária’.

Rômulo de Andrade Moreira, em seu trabalho intitulado ‘Ministério Público e Poder Investigatório Criminal’ (Boletim IBCCRIM nº 62) traz outras lições, começando por citar Hely Lopes Meirelles:

“Não resta dúvida que, estando o Ministério Público regido por lei orgânica própria, detendo funções privativas constitucionalmente e possuindo seus agentes independência funcional, além de preencher os demais requisitos elencados pela doutrina, os seus membros são agentes políticos, e como tal exercem parcela de autoridade” concluindo:

“Portanto, indubitavelmente, exerce o MP parcela de autoridade e, administrativamente, pode proceder às investigações penais diretas na forma da legislação em vigor” (*op.cit.*, p. 85 e 87).

Mirabete não pensa diferente:

“Os atos de investigação destinados à elucidação dos crimes, entretanto, não são exclusivos da Polícia Judiciária, ressalvando expressamente à lei a atribuição concedida legalmente a outras autoridades administrativas (art. 4º do CPP). Não ficou estabelecido na Constituição, aliás, a exclusividade de investiga-

ção e de funções da Polícia Judiciária em relação às polícias civis estaduais. Tem o MP legitimidade para proceder investigações e diligências, conforme determinarem as leis orgânicas estaduais.” (Processo Penal, Atlas, 1997, p. 77), citando várias hipóteses em que outras autoridades administrativas, que não delegados de polícia, podem e devem proceder a investigações: Lei de Falências, arts. 103 e segs.; as já referidas CPI’s; Lei n^o 4.771/65, art. 33, b; art. 43 do Regimento do STF.

Espínola Filho, por sua vez, já advertia:

O inquérito não é atribuição exclusiva da autoridade policial, é ponto assente, muito comuns sendo os inquéritos administrativos.

O Código de Processo Penal, no art. 4^o, parágrafo único, ressalva, do modo mais claro, a pertinência desses inquéritos extra-policiais, acentuando que a competência dada no inquérito à Polícia Judiciária, exercida por autoridades policiais, não exclui a de autoridades administrativas, para promoverem inquéritos, quando a isso ‘legalmente autorizadas’ (cfr. CPP Anotado, Borsoi, 1960, p. 248)

Evidentemente que o Ministério Público não quer ser polícia, nem possui vocação para tanto. Ocorre, todavia, que não pode ser um mero espectador da atuação policial. Pode e deve, em situações como as noticiadas, proceder diretamente à investigação de fato criminoso. É estranho que, como quer o impetrante, somente a autoridade policial pode fazer perguntas às pessoas ligadas a um fato em apuração e o Ministério Público, que é quem vai ter de formalizar uma acusação, com responsabilidade, não possa ele mesmo fazê-las (...)” (fls. 36-44).

Este tribunal não tem sufragado a tese dos impetrantes, como se depreende das ementas dos seguintes julgados:

“*Habeas corpus*” — Impetração contra a instauração pelo núcleo de investigação criminal e controle externo da atividade policial de procedimento administrativo para investigação de condutas de policiais tidas, em tese, como criminosas — Legitimidade do ministério público para promoção de atos procedimentais investigatórios sem que com isto implique invasão de atribuições da polícia judiciária — Improcedência — Legalidade do ato acoimado de ilegal.

Denegação da ordem ao Ministério Público é reconhecida a competência constitucional para exercer o controle externo da polícia, possuindo, de conseqüência, legitimidade para proceder a investigação de condutas de policiais tidas, em tese, como criminosas, em sendo assim, não se afluam evidente ilegalidade ou abuso de poder na designação de atos procedimentais investigatórios promovidos pelo Ministério Público nem constrangimento no fato de a paciente comparecer à audiência para prestar esclarecimentos' (HBC nº 1999002001371-3 — Rel.: Des. Natanael Cactano — DJ de 30-6-99 — p. 63).

'*Habeas corpus*. Alegação de nulidade de procedimento investigatório do mp contra policiais civis — Portaria nº 799/96 — Desnecessidade de publicação — Ato administrativo — Inocorrência de constrangimento ilegal.

Impõe-se a rejeição da preliminar de nulidade do procedimento investigatório do Ministério Público contra policiais civis por falta de publicação da Portaria nº 799, de 21-11-96, que instituiu o Núcleo de Investigações e Controle Externo da Atividade Policial, responsável pelos inquéritos policiais, em razão da desnecessidade de publicação de atos administrativos, como a portaria em comento, que visam tão-somente estabelecer normas de natureza peculiar e complementar à legislação.

Não há falar em constrangimento ilegal na prática de atos de tal natureza, em função da competência atribuída ao Ministério Público para realizar investigação contra policiais, com vistas a coligir elementos para a instauração de ação penal.

Ordem denegada. Unânime' (HBC nº 1999 00 2 001323-5 — Rel.: Des. Otávio Augusto).

'*Habeas corpus*. Abuso de autoridade. Trancamento da ação penal. Procedimento investigatório realizado pelo MP. Justa causa. Impossibilidade.

Qualquer Promotor de Justiça, nas mais diferentes comarcas deste país, pode colher elementos de informação, que venham servir de base para oferecimento da denúncia, pouco importando o rótulo que se queira dar a essas peças, ou seja, Procedimento Investigatório Supletivo do Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público do Distrito Federal. No Ministério Público local, esse tra-

balho vem sendo feito por uma questão interna de divisão de atribuições, por Promotores especificamente designados para tal função. Não se viola qualquer disposição constitucional ou norma do Código de Processo Penal, nem há, *in casu*, invasão das funções da Polícia Judiciária. O *habeas corpus* não é meio hábil ao exame aprofundado de provas, notadamente provas testemunhais, que poderão ser exaustivamente avaliadas, com a observância do princípio do contraditório, no curso da ação penal, que deverá prosseguir se a denúncia oferecida encontra respaldo nos elementos de informação colhidos. Denegou-se a ordem. Unânime' (EMD no HBC nº 1998 00 2 000120 — Rel.: Des. Vaz de Mello — DJ de 10-9-98 — p. 50).

'Administrativo — Constitucional: *habeas corpus* — Controle externo da atividade policial — Ordem denegada.

Não há contradição alguma com o disposto no § 4º, do art. 144, da Constituição Federal, que trata da polícia e que diz o seguinte: 'Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbe, ressalvada a competência da União, sanções de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto os militares'. Não há contradição nenhuma dessa norma com a norma que regula o inciso VII, do art. 129, da Constituição Federal, que diz que compete ao Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial, na forma de lei complementar. A lei complementar que dá competência clara ao Ministério Público para exercer, com veemência, o controle externo da polícia. Ordem denegada' (HBC nº 1999 00 2 001255-5 — Rel.: Des. P.A. Rosa de Farias — DJ de 11-8-99 — p. 19).

Pelos fundamentos expostos, denego a ordem impetrada'.

É como voto.

A Senhora Desembargadora Aparecida Fernandes — Vogal.

Também mantenho os pontos de vista esposados em julgamentos anteriores, denegando a ordem, e transcrevo o voto lançado naquelas oportunidades:

“Visa o impetrante, por via do mandamus, o trancamento do procedimento investigatório instaurado por representante do Ministério Público, através do Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial, criado por meio de uma portaria, a qual não foi publicada no *Diário Oficial*, e que invade a esfera de atuação privativa da Polícia Judiciária. Tal procedimento, segundo o impetrante, vem acarre-

tando constrangimento aos pacientes, os quais são compelidos a prestar esclarecimentos perante um órgão cuja criação é ilegal.

Razão não socorre ao impetrante.

Segundo dispõe o art. 129, inciso VII, da Constituição Federal, ao Ministério Público foi atribuído o exercício do controle externo da atividade policial, o qual deveria ser regulamentado por lei complementar. Nossa Carta Magna data de 1988. Em 29 de maio de 1993, entrou em vigor a Lei Complementar nº 75, dispondo sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União.

A Lei Complementar 75/93, assim dispôs em seu art. 8º:

‘Para o exercício de suas atribuições o Ministério Público poderá nos procedimentos de sua competência:

V — realizar inspeções e diligências investigatórias;

VII — expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar’.

Confrontando o texto constitucional com a Lei Complementar nº 75/93, torna-se patente o poder de atuação Ministerial visando à apuração de fatos ligados a sua atuação funcional.

Hugo Nigro Mazzilli, em sua obra Introdução ao Ministério Público, ed. Saraiva, 1997, p. 131, aborda com maestria o tema, o qual passamos a transcrever:

‘A lei permite que o Ministério Público promova diligências para apuração de fatos ligados à sua atuação funcional.

Em matéria criminal, as investigações diretas ministeriais constituem exceção ao princípio da apuração das infrações penais pela polícia judiciária; contudo, casos há em que se impõe a investigação direta pelo Ministério Público, e os exemplos mais comuns dizem respeito a crimes praticados por policiais e autoridades.

A iniciativa investigatória do Ministério Público é de todo necessária, sobretudo nas hipóteses em que a polícia tenha dificuldade ou desinteresse em conduzir as investigações (...) Hoje, tal iniciativa é consectário lógico do controle externo que a Constituição exigiu impusesse o Ministério Público sobre a atividade da polícia’.

A par de tais considerações, verifico que a Portaria nº 799/96, que instituiu o Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial, tem repercussão estritamente interna corporis, já que as conseqüências jurídicas externas foram previamente traçadas e delimitadas pela Constituição Federal e pela Lei Complementar nº 75/93.

Em assim sendo, as atividades investigatórias desenvolvidas por esse Núcleo encontram respaldo legal, não se podendo cogitar de ilegalidade em sua regulamentação.

Conclui-se, assim, que a criação de um Núcleo de Investigação Criminal para controle externo da atividade policial não invade a esfera da Polícia Judiciária, ao contrário, é um procedimento excepcional, de cunho supletivo, 'somente sendo necessária quando a colheita de provas pela Polícia Judiciária, em regular inquérito policial, enseje a causação de um prejuízo potencial ao interesse público de ver apurada, isenta e rigorosamente, as eventuais violações às leis penais', conforme bem observado pela Dra. Marya Olímpia Ribeiro Pacheco, às fls. 33-34.

Analisada a competência do Ministério Público para a prática de tais atos investigatórios, cumpre discorrer sobre a ausência de publicação da referida Portaria.

Segundo Diógenes Gasparini, em sua obra *Direito Administrativo*, ed. Saraiva, 4ª edição, 1995, p. 78:

'São meros atos administrativos os que exteriorizam apenas um conhecimento, cujos efeitos decorrem diretamente da lei'.

Considerando que a portaria possui natureza meramente administrativa, estruturando internamente as atribuições de um órgão, cujos efeitos e limites decorrem diretamente da lei, não violando direitos dos administrados, a ausência de publicação não lhe subtrai a eficácia, uma vez que as atribuições conferidas ao MP decorrem da Constituição Federal e da Lei nº 75/93, e não da Portaria, que serviu como instrumento de exteriorização de suas atividades.

Por tais razões, denego a ordem impetrada" (HBC nº 1.333-2 e outros).

É como voto.

DECISÃO

Denegada a ordem. Maioria, vencido o E. Relator. Redigirá o acórdão o E. 1º Vogal.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

O *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, pelos órgãos infra-assinados, nos autos do processo de *Habeas Corpus* de nº 7.001/95, com fundamento na CR, art. 105, inc. III, al. *a e c*, e na Lei nº 8.038/90, arts. 26 e ss., vem interpor o presente *Recurso Especial*, por não se conformar, *data venia*, com o v. acórdão de fls. 903-917, o qual negou vigência ao CPP, arts. 41 e 43. Requer seja o presente recurso recebido e, após lhe ser dado o devido procedimento legal, admitido, com a subsequente remessa dos autos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, onde, espera, se proceda à reforma do v. acórdão impugnado, na conformidade das razões em anexo.

P.D.

Brasília-DF, 11 de agosto de 1996.

JOSÉ PIMENTEL NETO
Promotor de Justiça Adjunto
Assessor do Procurador-Geral de Justiça

ROMEU GONZAGA NEIVA
Vice Procurador-Geral de Justiça

- 1. A EXPOSIÇÃO
- 1.1. DO FATO
- 1.1.1. BREVE HISTÓRICO

F.R.T. e S.M.T. foram denunciados pelo Ministério Público perante a Primeira Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília (DF) como incurso, por treze (13) vezes, nas penas da Lei nº 8.137/90, art. 1º, inc. II c/c. o art. 11, na forma do CP, art. 71, *caput*. Isso por perpetrarem infração penal contra a ordem tributária do Distrito Federal. A peça acusatória foi recebida pela MM. autoridade judiciária processante, com designação de interrogatório e determinação de citação dos denunciados (cópia às fls. 832-834).

À vista disso, o advogado Antônio Dionísio Lopes ingressou com pedido de *habeas corpus* perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em favor dos denunciados, almejando, por diversos fundamentos, o trancamento da ação penal inaugurada (fls. 2-23).

O *writ* contou, no mérito, com manifestação contrária do Ministério Público (fls. 836-850).

1.1.2. A DECISÃO RECORRIDA

Ao julgar o pedido de ordem, a Corte local, por sua Primeira Turma Criminal, entendeu de concedê-lo, por sua d. maioria (fls. 903-917), em v. acórdão que restou assim ementado (fl. 903):

“Processo Penal: *habeas corpus* — Crime contra a Ordem Tributária — Sonegação — ICMS — Aproveitamento indevido de crédito — Ausência de justa causa para a instauração da ação penal — Ordem concedida por maioria para trancar a ação penal.

Do voto condutor, no que releva notar para os fins da causa se extrai (fls. 910-916):

“Diz o art. 41, do CPP, que a Denúncia deverá conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, além da qualificação completa do acusado, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

Tais requisitos são exigidos pela lei, porque a ação penal deve caminhar desde o seu início por via certa e segura, onde se possibilite ao acusado o entendimento pleno dos fatos que lhe são imputados, a fim de que possa exercer à plenitude o seu amplo e constitucional direito de defesa.

Ademais, a Denúncia deve conter os elementos mínimos que demonstrem com clareza os atos praticados pelo acusado que são considerados crimes, bem como a natureza jurídica do elemento subjetivo que envolve seu proceder, sem o que fica faltando à peça acusatória a necessária causa petendi a justificar a detonação da *persecutio criminis*.

Deve, pois, a peça acusatória desenvolver uma narrativa minudente dos atos praticados pelo acusado a justificar a sua *causa petendi*, a fim de não se turbar ou ao menos de leve prejudicar o *status dignitatis* do acusado.

(...)

Veja-se, pois, que os Tribunais adotam uma postura rígida acerca do tema, exigindo, em nome do princípio do *status libertatis* e do *status dignitatis*, erigidos em dogmas pela atual Constituição, a descrição atenta e cumprida das ações imputadas aos acusados em geral, a fim de que se lhe permita o exercício da ampla defesa e a observância estreita e esmerada do *due process of law*, ainda mais quando a imputação refere-se aos crimes coletivos ou aqueles praticados por um grande nº de pessoas, como no caso em comento.”

(...)

Não vejo, *data venia* da douta maioria aqui instalada, em face do princípio finalístico do direito penal, na ação desenvolvida pelo agente, a tipificação que está explicitada na lei. Ou nós colocamos um parâmetro de raciocínio e de interpretação ao disposto nesse inciso desse malfadado art. 1º, ou estaremos, todos nós, a partir do momento em que omitirmos, voluntariamente ou não, um dado em uma declaração de Imposto de Renda, ou declaração fiscal, cometendo um crime. Isto é responsabilidade objetiva do Direito Penal, o que é insuportável, a meu sentir, *data venia*.

Vejo e constato, feito como *soe* pelo eminente Desembargador Relator, que não se sustenta a denúncia. Isso, a meu ver, para um homem honesto, para um homem de bem, é insuportável. Ai está, sim, a ilegitimidade da ação porque crédito tributário é uma coisa, crime é outra, totalmente diversa. Os parâmetros são totalmente contrários um do outro. Sim, pode existir o indevido aproveitamento de um crédito que, se fosse doloso por parte do agente, não estaria lançado em seus livros, não estaria expressamente consignado em todas as suas notas. E esse ato de consignar, nas notas e nos livros, o aproveitamento daquilo que pareceu lícito ao agente no momento da lavratura do documento fiscal, isso está obviamente a retirar o elemento subjetivo do dolo da ação deste mesmo agente que informa o crime. Para isso fizemos uma reforma penal, para fazermos com que o elemento subjetivo do agente fosse analisado no tipo.

Nós não podemos, no Código vigente, aplicar a teoria normativa do delito. A teoria finalista veio para fazer o adiantamen-

to da prestação jurisdicional, e esse constrangimento que está se dando, que está se fazendo a esses comerciantes, que neste caso específico lançam, como se lícito fosse, um aproveitamento de crédito do ICMS previsto na legislação, que foi neste caso concreto, não entendido como indevido pelas autoridades tributárias, não vejo nesta ação um ilícito criminal, *data venia*. Pode ser um ilícito fiscal porque, segundo o entendimento do Fisco, isso é um aproveitamento indevido desse crédito de ICMS.”

1.2. DO DIREITO

Assim julgando, o Colegiado malferiu dispositivos da ordem jurídica infraconstitucional insertos no CPP, arts. 41 e 43, desafiando correção pela via do recurso especial.

2. O CABIMENTO DO RECURSO

A legitimidade recursal do Ministério Público exurge de suas funções institucionais. E o seu interesse em recorrer resta indubitável frente à obstacularização da ação penal por si intentada; bem assim, no descompasso entre a decisão e o parecer ministerial ofertado pelo órgão do *parquet* que atua perante o segundo grau.

Em outra frente, se insurge contra decisão concessiva de ordem de *habeas corpus*, cujo processo é da competência originária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, órgão jurisdicional de segundo grau, sendo que o pronunciamento do Colegiado não comporta nenhum outro recurso. Destarte, tal processo se qualifica como *causa decidida em única instância* pela Corte em questão.

O *parquet* foi cientificado da v. decisão recorrida aos 25-6-1996 (uma terça-feira), fluindo, daí, o prazo recursal, que se suspendeu, com o advento do recesso forense, por todo o mês de julho, retomando o seu curso aos 1º-8-1996 até o dia 8-8-1996 (um sábado). Este, por não ser dia de expediente forense, não se faz valer por termo final da quinzena que legitima o ingresso do recurso, de onde, o seu término se dará aos 10-8-1996 (uma segunda-feira), primeiro dia útil seguinte àquele em que se encerraria a fluência do prazo. Tempestiva, pois, a irrisignação.

O debate ora inaugurado cinge-se a matéria estritamente jurídica, expressamente examinada pela Col. Turma julgadora, e por esta erigida à conta de razão de decidir, que malfere lei federal.

Têm-se, pois, que a irrisignação merece ser conhecida, por mais rígido que se façam os juízos de prelibação e de admissibilidade.

3. AS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA

O v. acórdão recorrido, por seu voto condutor, seguido em suas razões pelo voto que fez valer, por maioria, a tese no primeiro esposada, assenta-se, conforme se vê, em dois (2) argumentos: **a)** considera, por primeiro, que a peça de denúncia não atende aos requisitos do CPP, art. 41; e, **b)** finda por assentar a inexistência de crime, concluindo pela ausência de justa causa a informar a ação penal inaugurada, cujo trancamento ordenou.

3.1. A NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO CPP, ARTS. 41 E 43

A rigor, as considerações feitas no d. voto condutor acerca dos requisitos formais da denúncia (CPP, art. 41) manifestam inteira impertinência para com a causa em apreço, sem embargo de, ainda que correto, não se prestara dar sustentação ao comando do v. acórdão recorrido. Pois, se inepta é a peça acusatória — e assim se diz a denúncia que não atende às disposições do CPP, art. 41 — é imperativo que assim se a declare, de molde a que não fique o órgão acusador impedido de promover a ação penal, uma vez que se extirpe a irregularidade nela apontada. Não sendo esse o caminho trilhado pela v. decisão recorrida (que determinou o trancamento da ação penal). No ponto, aliás, razão assiste ao d. voto vencido, quando bem faz anotar que (fl. 909):

“Não é inepta a denúncia, pois que *quantum satis* descreve a conduta tida como delituosa. Assim, responde com suficiência quanto à indagação de quem, como, quando, onde e por que teria se desenvolvido a prática tida como delituosa.”

Com efeito, dispõe o CPP, art. 41:

“Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

Atente-se para que a incidência da norma legal, quanto à denúncia qualificada inepta, se resolve em juízo negativo quanto à presença dos requisitos exigidos na norma legal — *i.e.*, será inepta a denúncia que: *não* expuser o fato criminoso com todas as suas circunstâncias (circunstâncias conhecidas, por óbvio); *não* qualificar o acusado, ou *não* prestar esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo; *não* indicar a classificação do crime; e, quando necessário, *não* apresentar o rol de testemunhas.

Ora, a peça que mereceu a pecha de inepta está assim vazada (fls. 832-834):

“O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, pelos Promotores de Justiça que esta subscrevem, em exercício na Primeira

Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Meio Ambiente, com fundamento nas inclusas peças de informações (AIPs nºs 962; 970; e 974/94), vem à presença de Vossa Excelência oferecer *denúncia* contra

F.R.T., brasileiro, separado judicialmente, advogado, nascido aos 10 de abril de 1958, filho de A.T. e de V.R.T., residente e domiciliado em Taguatinga (DF), portador da Cart. Ident. nº A., expedida pela SSP/DF e do CIC nº xxx;

S.M.T., brasileiro, casado, empresário, nascido aos 13 de outubro de 1955, filho de A.T. e de V. R. T., residente e domiciliado em Taguatinga (DF), portador da Cart. Ident. nº A, expedida pela SSP/DF e do CIC nº xxx, atribuindo-lhes a autoria dos fatos delituosos a seguir descritos:

Consta das peças de informações, em anexo, que no período compreendido entre os meses de junho de 1991 a julho de 1992, os denunciados, no exercício da gerência da “VR CP Ltda.”, estabelecida no SOF/SUL — Brasília (DF), com coincidência de designios, fraudaram por 13 (treze) vezes consecutivas a fiscalização tributária do Distrito Federal com a inserção de elementos inexatos na escrituração contábil-fiscal da citada empresa, especialmente em Notas Fiscais de Entrada (NFE), e no Livro de Apuração do ICMS (LRA), instituídos pela Lei Distrital nº 7, de 29 de dezembro de 1989;

A conduta dos denunciados teve por fim exclusivo a redução de tributo legalmente instituído pelo Distrito Federal, no caso ICMS, no valor original de Cr\$ 299.300.159,67 (duzentos e noventa e nove milhões, trezentos mil, cento e cinquenta e nove cruzeiros e sessenta e sete centavos), constituído de parcelas mensais, conforme se demonstra abaixo:

<i>Mês de Competência</i>	<i>Data de Vencimento</i>	<i>Valor Original do Imposto</i>
05/91	09-06-91	3.412.312,93
06/91	09-07-91	4.758.416,36
07/91	09-08-91	5.639.417,29
08/91	09-09-91	7.444.785,80
09/91	09-10-91	8.380.408,36
11/91	09-12-91	14.680.591,64
12/91	09-01-92	17.798.412,93
01/92	09-02-92	14.418.309,36

<i>Mês de Competência</i>	<i>Data de Vencimento</i>	<i>Valor Original do Imposto</i>
02/92	09-03-92	26.793.417,26
03/92	09-04-92	30.208.173,46
04/92	09-05-92	42.618.908,33
05/92	09-06-92	52.055.888,69
06/92	09-07-92	71.091.117,26
<i>Total do Tributo</i>	-	299.300.159,67

Em verdade, no citado período, os denunciados fraudaram a fiscalização tributária do Distrito Federal em consequência do aproveitamento indevido do crédito extemporâneo, relativo à diferença entre as alíquotas estadual e interestadual do ICMS, crédito este registrado nos livros fiscais, rendendo ensejo ao aproveitamento indevido de crédito fiscal.

Agiram os denunciados com vontade livre e conscientemente dirigida, eis que os lançamentos contábeis-fiscais levados a efeito são desprovidos de amparo legal e, além disso, a discussão sobre eventual repetição do indébito, ainda que legítima a pretensão, far-se-á tão-somente através da via processual adequada (judicial ou administrativa), daí os citados lançamentos restam inidôneos à constituição do crédito tributário reclamado. Por último, a própria Secretaria de Fazenda e Planejamento e o Distrito Federal, no dia 22 de outubro de 1990, respondeu negativamente à consulta formulada pela Associação Comercial do Distrito Federal, cujos associados pretendiam creditar-se do malsinado crédito tributário extemporâneo.

Julgados, procedentes os processos administrativos-fiscais, os débitos foram inscritos em Dívida Ativa, inexistindo pedidos de parcelamento ou pagamento, estando em curso as respectivas execuções fiscais.

Desta forma, os denunciados praticaram delito contra a ordem tributária do Distrito Federal, estando, por conseguinte, por 13 (treze) vezes, incurso nas penas do art. 1º, inciso II, c/c art. 11, todos da Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, e art. 71, *caput*, do Código Penal Brasileiro.

Ante o exposto, o Ministério Público requer seja recebida a presente denúncia e instaurado o processo-crime, citando-se os denunciados para todos os seus termos, até sentença condenatória. Pugna, outrossim, pela intimação das testemunhas abaixo arroladas, a fim de que depõem sobre o fato retrodescrito, na forma da lei.”

Percebe-se que a conduta criminosa vem minudentemente descrita em todas as suas circunstâncias, permitindo, em toda a sua extensão, o exercício da defesa pelos imputados autores do fato-crime. E, ainda que assim não fosse, não é de se exigir que a peça de acusação extrapole os limites da apuração levada a efeito nas peças de informação — mormente nas espécies delitivas em que a execução se dá longe das vistas de quem quer que não os autores do fato e, não raro, com a destruição de eventuais elementos que possam reconstituir o *iter* da prática delituosa.

Nem é de se ignorar que o *crime é um fato social*, porquanto se revela em um acontecimento no seio da comunidade e, por tal, tem a prova da sua existência informada pelos mesmos elementos que possibilitam a percepção de todo e qualquer fenômeno social, a modificação que causa no mundo exterior (é a sua materialidade) — esta vem demonstrada na peça de acusação pelo procedimento administrativo instaurado contra os denunciados —, contudo, a percepção da conduta dos agentes que provocaram esta alteração no mundo exterior (em seu particular modo de acontecer), depende, como em todo fato social, da circunstância fática em que se deu a conduta — *i.e.*, se perceptível, ou não, por elementos do corpo social, se a despeito de imputável a determinado autor por indícios, deixou vestígios capazes revelar o especial modo pelo qual se fez materializar.

Nos crimes societários, tais aqueles contra a ordem tributária, a conduta é perpetrada longe dos olhos de possíveis delatores e, não raro, tem suprimido, pela dissimulação, os elementos que eventualmente permitam a detalhada reconstituição do *iter criminis*. Nem por isso, fica tolhida a *persecutio*. Nem é por outra razão que esse E. STJ tem reiteradamente decidido na forma das ementas que, ilustrativamente, abaixo se transcreve:

“Penal e processual penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime de sonegação fiscal. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa pela atipicidade da conduta. Necessidade de inquérito policial. Improcedência. I — É característica do crime societário o fato de o ilícito resultar da vontade que cada um dos mandatários ou responsáveis pela pessoa jurídica cabia manifestar (RT 650.291). Nestes crimes, não é sempre que o Ministério Público dispõe, no limiar da ação penal, de elementos probatórios que lhe permitam discriminar a participação que cada sócio teve no delito societário. Nem por isso estará impedido de oferecer denúncia contra todos os responsáveis pela firma. Constitui condição impossível de ser exigida o pleno conhecimento das deliberações tomadas na privacidade dos órgãos de administração — RTJ 101.593. Assim, a denúncia atende ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal. II — A falta de justa causa, na vertente hipótese, exige exame aprofundado da prova, o que é desfeito na via estreita de *habeas corpus*. III — Para o oferecimento da denúncia não se torna indispensável o inquérito policial

— RTJ 76.741. IV — Recurso improvido” (RHC — 6ª Turma — Rel. Min. Pedro Acioli — RSTJ 65:157).

“Penal. Processual. Sonegação fiscal. Autoria coletiva. Denúncia. Individualização da conduta. Inépcia. Habeas corpus. Recurso. 1. Nos crimes societários ou de autoria coletiva não é imprescindível que a denúncia descreva a participação individual de cada acusado. 2. Descrevendo a denúncia-crime em tese, havendo, portanto, materialidade e autoria, não se fala em inépcia para trancar ação penal por falta de justa causa. 3. Recurso conhecido, mas improvido.” (RHC — 5ª turma — Rel. Min. Edson Vidigal — DJU de 6-2-1995, p. 1361).

“Recurso de *habeas corpus*. Fraude à fiscalização tributária. Lei nº 8.137, de 27-12-90.

“Demonstrado que a denúncia atendeu às especificações da lei processual e apontou, com acerto, violação aos arts. 1º, inciso II, e 2º, inciso I, c/c o art. 11 da Lei nº 8.137/90, denega-se a ordem, vez que a impugnação não pode ser desenvolvida na via eleita.

“Recurso improvido” (STJ, RHC nº 3.176-0/PB, Rel. Min. José Cândido, Sexta Turma, j. 29-3-1994, DJ de 30-5-1994, p. 13.515).

“Processual penal — Trancamento de ação penal — Alegação de ausência de justa causa.

“ Incabível o trancamento de ação penal por alegada ausência de justa causa, quando a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência de crime em tese, exigindo a conveniente apuração através do regular contraditório.

“Ordem denegada” (STJ, HC nº 2.561-0/SC, Rel. Min. Flaquer Scartezini, Quinta Turma, j. 2-5-1994, DJ de 30-5-1994, p. 13.492. — não sublinhada no original).

“RHC — Inépcia da denúncia — Falta de justa causa — Trancamento da ação penal — Incabimento via *habeas corpus*.

— Não há falar-se em inépcia da denúncia desde que esta contenha, quantum satis, os necessários esclarecimentos, de forma a possibilitar aos acusados conhecimento pleno do fato delituoso que lhe é imputado, permitindo-lhe defender-se amplamente e fornecendo ao julgador elementos para um juízo de valor.

— Desde que descreva o fato delituoso de maneira clara e demonstre a participação dos acusados, inexistente a afirmação de falta de

justa causa, que só ocorre quando a ausência de criminalidade resulte *ictu oculi* do próprio fato, independentemente de apreciação de provas capazes de se produzirem somente no decorrer da instrução criminal.

— O HC não é meio idôneo para a apreciação aprofundada de provas.

— Precedentes jurisprudenciais desta E. Corte — Recurso improvido. (RHC nº 4.364-4/SP (Reg. nº 95/0003214-7); Rel Min. Cid Fláquer Scartezini, *DJ* de 15-5-1995, p. 13.416-13.417)

Tal o primeiro, o segundo requisito do dispositivo legal em comento vem igualmente atendido, desde que a denúncia qualifica e individualiza os agentes delituosos. O mesmo se diga, quanto ao que pertine à classificação do crime e ao rol das testemunhas que se entendeu necessário ouvir para a apuração dos fatos narrados.

Isso sem prejuízo de que, conforme ilustram as ementas de julgado transcritas, se a denúncia descreve um fato-crime, em tese não se pode, a pretexto, abortá-la. Antes, impõe-se ao julgador que, cautelosamente, aguarde a promessa de prova que ela contém, deferindo e aguardando o resultado de eventuais perícias ou exames requeridos, ouvindo as testemunhas eventualmente arroladas para, ao final, confrontar a prova assim apurada com os demais elementos probatórios que tenham acompanhado a peça acusatória e, aí sim, com sólido juízo formado: decidir.

Ora, uma denúncia tal a que se fez transcrever não comporta a pecha de inepta e, se alguma omissão contivesse, sequer se faria passível de anulação, desde que poderia o órgão acusador supri-la até o advento da sentença buscada (CPP, art. 569). O que se tem por mais certo quando se vê que os casos dignos de ensejarem a rejeição da peça acusatória são *taxativamente* elencados no CPP, art. 43, *verbis*:

“Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I — o fato narrado evidentemente não constituir crime;

II — já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III — for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Parágrafo único. Nos casos do nº III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.”

Dispositivo que não se faz incidir sobre a causa em discussão e que, a despeito de não mencionado na r. decisão recorrida, foi flagrantemente contrariado em sua vigência. Desde que, ao se olvidar denúncia não insere em qualquer das suas hipóteses de

incidência atentou-se contra o seu texto. É o quanto permite se concluir a dicção dessa augusta Corte Superior ao avaliar caso análogo, *verbis*:

“ Processual penal. Denúncia. Rejeição.

A denúncia só pode ser rejeitada quando o fato descrito for atípico, estiver extinta a punibilidade, for manifesta a ilegitimidade da parte ou inexistir condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Contrariedade ao disposto no art. 43 do CPP, pois o magistrado de primeiro grau ultrapassou os limites da lei, eis que, ao invés de exercer um mero juízo de deliberação, entrou no exame dos indícios em que se embasou a denúncia, para refutá-los, um por um, com isso frustrando a persecução penal e impondo uma absolvição liminar, sem processo.

III — Recurso provido. (Recurso Especial nº 11.118 (9197950) — RJ, Rel. Min. Carlos Thibau, *DJ* de 16-10-1991, p. 14.489)

Legítimo, pois, concluir que, a pretexto de aplicar o CPP, art. 41, o v. acórdão recorrido negou vigência ao mencionado dispositivo legal e, por igual, ao CPP, art. 43, em descabida ofensa à lei federal, urgindo que se restabeleça o primado da ordem jurídica violada.

Quanto ao segundo fundamento arrolado no d. voto condutor, novamente se vai de encontro ao CPP, arts. 41 e 43. Ai se vê que a conduta narrada na denúncia foi tomada à conta de um indiferente penal, porquanto se viu ausente o elemento subjetivo do tipo — o dolo — ao se consignar, pela pena do eminente condutor do voto vencedor que (fl. 916):

“Vejo e constato, feito como *soe* pelo eminente Desembargador Relator, que não se sustenta a denúncia. Isso, a meu ver, para um homem honesto, para um homem de bem, é insuportável. Ai está, sim, a ilegitimidade da ação, porque crédito tributário é uma coisa, crime é outra, totalmente diversa. Os parâmetros são totalmente contrários um do outro. Sim, pode existir o indevido aproveitamento de um crédito que, se fosse doloso por parte do agente, não estaria lançado em seus livros, não estaria expressamente consignado em todas as suas notas. E esse ato de consignar, nas notas e nos livros, o aproveitamento daquilo que pareceu lícito ao agente no momento da lavratura do documento fiscal, isso está obviamente a retirar o elementos subjetivo do dolo da ação deste mesmo agente que informa o crime. Para isso fizemos uma reforma penal, para fazermos com que o elemento subjetivo do agente fosse analisado no tipo.

Nós não podemos, no Código vigente, aplicar a teoria normativa do delito. A teoria finalista veio para fazer o adiantamento da prestação jurisdicional, e esse constrangimento que está se dando, que está se fazendo a esses comerciantes, que neste caso específico, lançam, como se lícito fosse, um aproveitamento de crédito do ICMS previsto na legislação, que foi, neste caso concreto, não entendido como indevido pelas autoridades tributárias, não vejo nesta ação um ilícito criminal, *data venia*. Pode ser um ilícito fiscal porque, segundo o entendimento do fisco, isso é um aproveitamento indevido desse crédito de ICMS.

Peço *datissima vênia* aos eminentes Desembargadores, Relator e primeira vogal, mas constato que efetivamente, a meu sentir, há uma flagrante inexistência de justa causa por esta ação.

Por tais razões, *concedo* a presente ordem de *habeas corpus* a fim de *trancar a ação penal* movida contra os Pactes.”

De fato, não podemos aceitar a denominada culpa (*lato sensu*) objetiva em sede de fato-crime. Aliás, o instituto acha-se, de há muito, espancado da seara do direito penal. E mesmo a parte geral que norteava o direito pátrio até 1984 não a consagrava, a despeito, *data venia*, do que possa parecer ao eminente relator. A diferença é que, então, a questão se resolvia na sede da culpabilidade (que se erigia — e ainda hodiernamente para alguns — à conta de requisito do crime) e, hoje, a questão se resolve na tipicidade.

De toda sorte, o reconhecimento do dolo (tal entendida a intenção provada) só se faz possível com a produção probatória na pertinente ação penal. Da denúncia se exige a sua descrição (o que se atende *in casu*). E, é por isso que não se pode tolher o *dominus lictis* da ação penal a possibilidade de provar, *oportuno tempore*, na devida ação penal, a narrativa constante da denúncia, sob pena de se fazer tábula rasa do princípio da obrigatoriedade da ação penal, consagrando-se uma verdadeira absolvição liminar — sem processo.

Nem se olvide que a afirmação de inexistência do elemento subjetivo — o dolo — já no alvorecer da ação penal, sem qualquer produção probatória, se faz prematuro. Porquanto a questão há de ter o seu deslinde sob o imprescindível contraditório, à luz das regras processuais, desde que o exame do elemento subjetivo é *matéria de mérito*, a ser deslindada ao amparo de necessária instrução criminal.

De outro lado, não se pode presumir boa-fé (a espancar o elemento subjetivo do tipo) em quem tem o dever de conhecer as normas que regem o seu ofício. Mormente se a qualquer é vedado o desconhecimento da lei, como excludente da conduta criminosa, por mais deficiente que seja a sua formação educacional — o que, nem de longe, é o caso dos autos.

De toda sorte, a matéria tem gozado de conformação diversa nesse E. STJ, conforme dão conhecimento as ementas abaixo transcritas:

“Processual. Recurso de *habeas corpus*. Art. 105, inciso II, letra *a*, da *lex legum*. Trancamento da ação penal. *Sonegação fiscal*. *Fato típico*. Apuração do débito na esfera administrativa. Condição de procedibilidade. Inocorrência. *Fraude*. *Apuração*.

“I — Descrevendo a denúncia em tese, fato típico, não havendo dúvida quanto à participação dos denunciados, prossegue-se com a ação penal.

“II — O trancamento da ação penal, via *habeas corpus*, só é possível, excepcionalmente, nos casos de atipicidade dos fatos ou não-participação evidente dos denunciados.

“III — Consoante reiterada orientação pretoriana, não constitui condição de procedibilidade da ação penal por infração de sonegação fiscal a apuração do débito tributário na instância administrativa.

“IV — *A aferição da existência ou não de fraude adentra no merittum causae, o que só é possível no desenrolar da actio poenalis.*

“V — Recurso improvido.” (STJ, RHC nº 2.399-9/RS, rel. Min. Pedro Acioli, *apud* Luiz Fernando Vaggione (organizador), *Jurisprudência/doutrina sobre sonegação fiscal*, versão 29-6-94, São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo/Centro de Apoio Operacional Criminal da Capital, arquivo eletrônico, documento SF/57-65 — *sic*, com exceção do grifado).

“*Habeas corpus*. Trancamento de inquérito policial. Decreto-Lei nº 756/1969, arts. 17 e 18. *Sonegação fiscal*. Recursos liberados pela SUDAM. apuração dos fatos pela Polícia Federal. Não cabe obstar essa investigação, tão-só porque aforou a empresa de que os pacientes são sócios da ação anulatória de débito fiscal, com o depósito da importância para a garantia do juízo, tornando inviável, assim de logo, a execução fiscal (Lei nº 6.830/80, arts. 1º e 2º, Decreto-Lei nº 756, art. 17). A garantia do juízo resultante do depósito aludido não elide o ilícito criminal de sonegação fiscal. Questão relativa à boa-fé dos indiciados pende de provas e de seu exame. Código de Processo Penal, art. 93. *Habeas corpus* indeferido.” (Supremo Tribunal Federal, HC nº 68.902-7-DF, rel. Min. Néri Da Silveira, *in Lex/JSTF*, vol. 166, p. 323/338, *apud* Luiz Fernando Vaggione, *Jurisprudência/doutrina sobre sonegação fiscal*, arquivo citado, documento nº SF/01-10 — *sic*, com exceção do grifado.)

“Ação penal privada. Queixa. Descrição de fato que se ajusta ao tipo do art. 164 do Código Penal.

“A questão de saber se a ação foi dolosa ou não é matéria para a sentença de mérito.

“Recurso de *habeas corpus* improvido.” (STJ, RHC nº 3.920-5/SP, rel. Min. Assis Toledo, Quinta Turma, j. 5-10-1994, *DJ* de 24 de outubro de 1994, p. 28.768 — não grifado no original).

Destarte, por ser matéria afeita à produção probatória, em regular instrução criminal, a exigência de prova do elemento subjetivo para que se intente a ação penal extrapola, em muito, os elementos que a lei processual espera ver satisfeitos na denúncia, e que outros não são senão aqueles constantes do CPP, arts. 41 e 43. Mais, frontalmente violados os mencionados dispositivos legais, ofende-se, ainda, por via reflexa, o próprio direito material cuja tutela é requerida na denúncia.

4. O PEDIDO DE REFORMA

Assim demonstrado que se malferiu lei federal, espera o Ministério Público que se restabeleça, em sua inteireza, o primado da ordem jurídica infraconstitucional, cassando-se o v. acórdão recorrido, a fim de que se dê o devido prosseguimento à ação penal obstruída pela decisão atacada.

Brasília-DF, 11 de agosto de 1996.

JOSÉ PIMENTEL NETO
Promotor de Justiça Adjunto
Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça

APROVO.

ROMEU GONZAGA NEIVA
Vice-Procurador-Geral de Justiça

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 16.584/96

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Apelado: N. P. S.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no exercício de suas atribuições institucionais, vem, a tempo e modo, e com arrimo na CRFB, art. 105, inc. III, als. *a e c*, *c/c* a Lei nº 8.038/90, arts. 26 e ss., interpor o presente *recurso especial*, por não se conformar, *data venia*, com o v. acórdão de fls. 209-214, o qual negou vigência ao CPPB, art. 593, inc. III, al. *d*; e ao CPB, art. 22.

Requer, outrossim, seja o presente recurso recebido e, após lhe ser dado o devido procedimento legal, admitido, com a subsequente remessa dos autos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, onde, espera, se proceda à reforma do u. acórdão impugnado, na conformidade das razões em anexo aduzidas.

P.D.

Brasília-DF, 17 de dezembro de 1996.

JOSÉ PIMENTEL NETO
Promotor de Justiça — Assessor da PGJ

ROMEU GONZAGA NEIVA
Vice-Procurador-Geral de Justiça

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL **(Apelação Criminal de nº 16.584/96, TJDFT)**

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS.

Recorrido: N. P. S.

Origem: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL D TERRITÓRIOS — PRIMEIRA TURMA CRIMINAL. E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Col. Turma.

1. A EXPOSIÇÃO

1.1. DO FATO

O Recorrido, N.P.S., foi levado a julgamento pelo Tribunal do Júri da Circunscrição Judiciária Especial de Brasília (DF), por incursão nas penas do CPB, art. 121, § 2º, incs. I (vingança) e IV (dissimulação) — fls. 140-141.

Em decisão, o Conselho de Sentença houve por bem absolvê-lo, em aplicação do CPB, art. 22 (coação — *moral* — irresistível) — fls. 170-171.

Inconformado, apelou o Ministério Público em primeiro grau, com arrimo no CPPB, art. 593, inc. III, al. *d* (decisão *manifestamente* contrária à prova dos autos) — fls. 180-184 —, com adesão do Órgão que oficia perante o segundo grau — fls. 199-202.

A despeito disso, a Corte local, por sua Primeira Turma Criminal, à *maioria*, entendeu de rechaçar o apelo aviado — fls. 209-214 — em aresto que mereceu a ementa seguinte:

Penal: homicídio — Coação moral irresistível — Vítima que estupra esposa do acusado — Ofensas à sua dignidade — Das teses discutidas em plenário o júri optou pela que mais se adequou à prova — Recurso conhecido e improvido. Maioria.

A prova colhida na instrução indica que a vítima, após manter conjunção carnal mediante violência com a esposa do acusado, saiu a lhe ofender a honra e a dignidade, chamando-o publicamente de corno.

Das teses agitadas em plenário, o Conselho de Sentença optou pela que lhe pareceu melhor adequada às provas — Inexiste julgamento contrário às provas. Recurso conhecido e improvido. Maioria.

Mencionado acórdão foi embargado pelo Ministério Público, que pretendeu ver declaradas — e corrigidas — *omissões e contradições* que apontou — fls. 216-219. Dentre tais, anotou a circunstância de o *decisum* não apontar as provas em que se sustentou para negar o apelo intentado; bem assim, esclarecimentos quanto ao entendimento *exclusivamente* de que a vertente probatória, fundada, exclusivamente, na palavra do réu não se presta a esteio de decisão.

Os embargos foram rejeitados — fls. 224-227 — em julgado que mereceu a ementa seguinte:

Processo penal: embargos declaratórios. Omissões e contradição inexistentes — Efeitos infringentes — Não-conhecimento.

Todos os pontos salientados pelas partes em suas razões foram analisados pelo v. acórdão, de sorte que inexistente qualquer omissão ou contradição que mereça reparo em sede de embargos de declaração.

A tese agitada no recurso tem efeitos nitidamente infringentes e deve ser formulada no recurso cabível.

Recurso não-conhecido.

1.2. DO DIREITO

Assim julgando, o Colegiado *a quo* malferiu dispositivos da ordem jurídica infraconstitucional, insertos do CPPB, art. 593, inc. III, al. *c*, e CPB, art. 22, desfiando correção pela via do *recurso especial*.

2. O CABIMENTO DO RECURSO

A *legitimidade* recursal do Ministério Público exurge de suas funções institucionais. E, o seu *interesse* em recorrer resta indubitável frente à sucumbência que se lhe submeteu o Tribunal Popular, de resto confirmada em segundo grau de jurisdição; bem assim, no descompasso entre o v. acórdão recorrido e o parecer ministerial ofertado pelo Órgão do *parquet* que atua perante a Corte local.

Por outra via, se insurge contra decisão proferida em última instância, em processo da competência recursal do E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios — órgão jurisdicional de segundo grau. Sendo que o pronunciamento do Colegiado não comporta nenhum outro recurso. Destarte, o caso se qualifica à conta de *causa decidida em última instância* pela Corte em questão.

Mais. O *parquet* foi cientificado do v. acórdão recorrido aos 15-10-1996 (terça-feira) — fl. 215 — embargando-o de declaração aos 17-10-1996 (quinta-feira) — fls. 216-219. Recebidos e julgados os embargos declaratórios, nova ciência se deu ao Recorrente, aos 3-12-1996 (terça-feira) — fl. 228. *Tempestiva*, pois, a irresignação.

O debate ora inaugurado cinge-se a *matéria estritamente jurídica*, expressamente examinada pela Col. Turma julgadora, e por esta erigida à conta de razão de decidir. Sendo que tal decisão malferiu lei federal.

Tem-se, pois, que a irresignação merece ser conhecida, por presentes que se acham todos os requisitos necessários à sua admissibilidade.

3. AS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA

3.1. A NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO CPPB, ART. 593, INC. III, AL. D

Dispõe o CPPB, art. 593, inc. III, al. d:

“Art. 593. Caberá apelação, no prazo de cinco (5) dias:

III — das decisões do Tribunal do Júri,

quando:

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.”

Ao versar a prova contida nos autos, fixou-a o em. Des. Pedro Aurélio Rosa de Farias, nas declarações prestadas pelo Recorrido, descrevendo-a, *ipsis litteris* — fl. 212:

A prova colhida no curso da instrução criminal demonstra que a vítima havia estuprado a esposa do acusado, e que a partir daí vivia a ameaçá-la a manter novas conjunções carnavais, o que levou o casal à separação.

O acusado, encontrando-se com a vítima algum tempo depois, *acabou* por lhe desferir os tiros que *acabaram* por lhe causar a morte, isso após sua esposa ter-lhe falado que a vítima havia comentado que o mesmo era um “corno”.

(Sem destaques no original.)

Ora, desde que fixados os fatos, a vertente probatória (*rectius*: exculpatória) vencedora foi arrancada aos lábios do Recorrido — e já urdida em juízo — sem qualquer outra menção nos autos que não a sua conveniente estória (e ainda assim contraditória) — cf. fl. 28 — questiona-se se tal “prova” pode ser tomada à conta de versão digna de satisfazer ao CPPB, art. 593, inc. III, al. *d*, com o condão de fazer a decisão do Tribunal Popular, ao menos, não manifestamente contrária à prova dos autos.

A resposta a tal questionamento se afigura, francamente, negativa. No *thema decidendum*, Júlio Fabbrini Marabete¹ ensina ser lícito ao júri:

optar por uma das versões *verossímeis* dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão. *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.

(Com destaques do transcritor.)

Bem por isso, mas de modo ainda mais incisivo, já decidiu o E. TJPR² que:

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.

(Original sem destaques.)

Isso se compreende quando nos atemos em que *a versão do réu*, por ser a voz da-quele que recebe a inculpação penal, há que ser tomada com as reservas próprias à credibilidade que se pode atribuir a quem tem sob ameaça o seu *jus libertatis*. Daí se cuidar para invocar tal versão tão só nos casos em que se encontre *robustecida* por provas outras. Desde que é de pouca ou nenhuma crença que um fato ocorrido não tenha a sua verificação possível em mais de um elemento de prova da sua ocorrência (a versão do réu). Nem é por outra razão que, com percuciência, decidiu o E. STF³ que:

As confissões judiciais ou extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contidas, *desde que corroboradas por outros elementos* de prova, inclusive circunstanciais.

1 In, *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Atlas. 1994, p. 680 In RT 548:384, *apud op. cit.*, p. 680 ensina ser l

2 In RTJ 548-384, *apud op. cit.* p. 681. que:

3 In RTJ 88:371, *apud op. cit.* p. 250. que:

(Original sem destaques.)

Em derradeira análise, nesta primeira tese, é de se prevenir eventual evocação *do reexame de matéria fática*, nos moldes em que o veda a Súmula nº 7, STJ, *verbis*:

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Conquanto, ao fazer alusão à matéria fática, o Recorrente busca, tão-somente, demonstrar que *inexiste controvérsia na prova produzida* a legitimar a v. decisão recorrida, fazendo-a respaldar em uma das vertentes fáticas provadas nos autos que, precisamente por isso, deverá ter a sua cassação empreendida, nos termos do CPPB, art. 593, inc. III, al. *d*, porquanto este não encontrou, nos autos, os pressupostos fáticos de sua realização jurídica. É dizer: *o Recorrente, em sede de recurso especial, atém-se à valoração da prova (quaestio iuris), passando ao largo de qualquer revisão sua (quaestio facti)*.

Nesse norte, aliás, tem empreendido rumo o E. STF, ao decidir pelo modo adiante transcrito:

“Juri”. Homicídio doloso. Decisão dos jurados desclassificando o delito para homicídio culposo. Julgamento anulado pelo tribunal de justiça, com base no art. 593, III, letra *d*, do Código de Processo Penal. Recurso extraordinário. Alegação de negativa de vigência do art. 593, III, letra *d*, do Código de Processo Penal.

Na espécie, em princípio, *não se trata de reexaminar a matéria de fato ou do complexo probatório, mas, sim, de verificar se o julgamento da Corte de Apelação se comportou dentro dos limites, que lhe estão reservados pela Lei Processual Penal*, diante da soberania do júri, o que se propõe como *quaestio iuris*. Não-aplicação da Súmula 279, em face da norma processual invocada, cumpre, assim, ter presente a extensão da competência do Tribunal *a quo*, para anular a decisão dos jurados. Não cabe, em casos, tais no julgamento do recurso extraordinário, considerar se a prova abona a conclusão do acórdão, ou se seria preferível a solução do júri, ao desclassificar o delito para homicídio culposo. À vista dos fatos, assim como definidos no acórdão, e que importa, efetivamente, verificar se a decisão do júri pode ser tida, ou não, como manifestamente contrária à prova dos autos.

(STF — RE 106.715/RS, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 4-9-1994, p.18288. Sem grifos no original.)

Não frutifica, pois, o óbice erigido pela Súmula nº 7, STJ, no caso vertente. Neste, os fatos são certos, não se os discutindo, desde que, em verdade, a pretensão recursal busca, tão-somente, o pronunciamento da Corte que vela pela aplicação do direito

federal, acerca da interpretação que a Corte local emprestou ao CPPB, art. 593, inc. III, al. d. Interpretação que findou por negar vigência ao dispositivo mencionado.

3.2. A NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO CPB, ART. 22

Dispõe o CPB, art. 22:

Art. 22. Se o fato é cometido sob *coação irresistível* ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem. (Com destaques do transcritor.)

Cuida-se de norma de fixação de *causa de exclusão da tipicidade*, por franca ausência de conduta — entendida esta na sua qualificação jurídico-penal.

Escrevendo sobre o tema, Paulo José da Costa Jr.⁴ anota que:

A norma mostra-se de certo modo pleonástica. *Não há que falar em ação quando alguém é submetido a uma coação absoluta*. Faltando a ação é inconcebível a punição. *O coartado é um instrumento* nas mãos daquele que exerce a violência. *Quem obedece não é o espírito, mas o corpo, um corpo desfalecido, igual a um cadáver* (perinde ac cadaver). Só é punível quem coage, que será considerado autor imediato.

Distingue-se a coação irresistível da força maior. Nesta, embora anormal a motivação da vontade que compele à ação, esta não chega a ser eliminada.

• São *requisitos* da excludente de culpabilidade em foco: a *irresistibilidade* e a existência do coactor, do coacto e da vítima.

Coação irresistível é aquela insuperável, à qual não se pode resistir (cui resistere non potest). *É uma força da qual o coacto não consegue subtrair-se, nem enfrentar. Só lhe resta sucumbir, ante o inexorável*.

Àqueles que poderiam resistir, mas não o fizeram, a lei concedeu a atenuante descrita no art. 65, III, c. (Sem destaques no original.)

Sobre o assunto, fez anotar o il. Des. Pedro Aurélio Rosa de Farias, no voto condutor, que — fl. 213:

Para uma pessoa de formação humilde, a *acusação* de ser “corno” é séria e pode levar à coação moral irresistível, tal como ocorreu no caso em comento, onde a *ex-esposa do acusado, com o seu procedimento de*

4 **In**, *Direito penal objetivo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2. ed. 1991, p. 68. anota que:

instigá-lo, levou-o ao cometimento do crime, que está ao amparo da excludente do art. 22 do CPB.

(Consta do original tão-somente o último destaque.)

Já aí se vê franco equívoco ao se tentar amoldar a interpretação jurídica aos fatos. Com efeito, admitindo que o Recorrido foi *instigado* pela ex-esposa, o d. voto condutor acaba por reconhecer, em tal *instigação* a presença de *coação moral irresistível*. Ora, patente o equívoco, porquanto, os termos *instigação* e *coação*, além de não serem sinônimos, tampouco guardam relação de *antecedente a conseqüente*. De modo que, ou bem se tem um *fato instigado*, ou bem se tem um *fato coagido*.

Mais, ainda, presumir, em tempos hodiernos, que alcunhas tais a de *cornos*, e outras sem conta que ofendam e impunham aos cidadãos de séculos idos a satisfação da honra com a realização de *duelos*, possam agora legitimar *assassinatos*, sem chance de defesa qualquer (nem mesmo a igualdade em armas), é reconhecer um organismo social infenso às marcas do tempo, aferíveis na evolução das crenças, das formas de relacionamento interpessoal e dos *costumes*. Mormente quando se vê o tema banalizado na cultura e folclore populares.

Noutra seara, querer que a inegável carga negativa que o termo encerra — comumente traduzida em chistes e chacotas — possa se prestar a coarctar, de forma absoluta, a moral de cidadão qualquer, é avançar, a passos largos na direção do absurdo, onde já se antevê isento de responsabilidade penal todo aquele que por qualidade ou acidente qualquer se vir ridicularizado em qualquer fato ou ato social — e proibamos, com urgência, as piadas colonialistas e regionalistas. Convenhamos, em rasgo extremo de liberalidade, admita-se — *summa heresia* — a atenuante do CPB, art. 65, inc. III, al. c (influência de violenta emoção).

De notar, também, que a *coação moral irresistível* não se coaduna com a ausência de grave ameaça. Pressupõe, pois, a *presença de um coator e o emprego de grave ameaça contra alguém, com vistas a que este pratique ou deixe de praticar determinado ato*.⁵

Ora, é cediço que, *sem grave ameaça não há coação moral irresistível*⁶ e, convenhamos, designar alguém por nominativo qualquer, ainda que de cunho depreciativo, não configura *grave ameaça*, sendo certo que a decisão assim tomada nega vigência ao CPB, art. 22 e, por via reflexa ofende, mesmo, o direito à vida (CRFB, art. 5º, *caput*).

5 Nesse sentido: RT 557.303.

6 Cf. Paulo José da Costa Jr.. *op. cit. loc.* Cf. Celso Delmanto. Código penal comentado. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 38.

4. O PEDIDO DE REFORMA

Assim, demonstrado que se malferiu lei federal, espera o Ministério Público que se restabeleça, em sua inteireza, o primado da ordem jurídica infraconstitucional, cassando-se o v. acórdão impugnado e remetendo-se o Recorrido a novo júri, presentes que se acham todos os pressupostos legais necessários a tanto.

P.D.

Brasília-DF, 13 de dezembro de 1996.

TERCEIRA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL

EGRÉGIA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

RECURSO DE APELAÇÃO

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Apelados: DISTRITO FEDERAL, G. C. O. F. E OUTROS

Origem: 4ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Autos: 2.7392/93

Preclaro Desembargador-Relator,

Eminentes julgadores,

1. DO RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta contra a decisão terminativa lançada em processo de conhecimento em sede de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em desfavor de G.C.O.F. e outros e do Distrito Federal, versando sobre a “transposição” de cargo sem prévio concurso público.

Initio litis, concedeu-se medida liminar para afastar a eficácia e executoriedade de Leis Distritais que autorizavam o pagamento de vantagens pecuniárias decorrentes de transposições (fl. 116).

Interpuseram, os réus, sem êxito, agravo de instrumento, da decisão precária (autos nº 39.732/95, em apenso).

Citados regularmente (fls. 117-118), os réus ofertaram contestação municiadas de documentos (fls. 125-141 e 240-251).

Apresentada a réplica e pedida a citação antecipada da lide (fls. 253-265), foram os autos conclusos para a sentença (fl. 326).

A sentença, de cunho terminativo, sob a evocação dos conteúdos normativos embutidos no art. 267, inciso IV e VI, do Código de Processo Civil (CPC) deu cabo ao processo, sem verificar o mérito da controvérsia (fls. 327-339).

O magistrado sentenciante sustentou o *decisium* em evidência com os seguintes fundamentos: 1) a ação civil pública em relevo busca a declaração de inconstitucionalidade de lei local em tese e não *incidenter tantum*, empreendendo o controle concentrado, vez que o efeito da decisão seria *erga omnes*; 2) o órgão de execução que ajuizou a demanda não detém legitimidade e tampouco o juiz do primeiro grau de jurisdição possui competência para processar e julgar uma controvérsia com tais propósitos; 3) os pedidos de anulação dos atos administrativos são subsidiários.

Como sustentáculo maior de seus argumentos, transcreve artigo da lavra de Gilmar Ferreira Mendes e Arnold Wald, veiculado no encarte Direito e Justiça do periódico *Correio Braziliense*, de 7-4-1997.

Em seguida, o Ministério Público interpôs Embargos de Declaração, pré-questionando matérias federal e constitucional (fls. 341-343), que não foram providos pelo julgador monocrático (344).

Eis o relato do necessário.

2. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O recurso em apreciação satisfaz todos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, como se passa a demonstrar.

2.1. DA TEMPESTIVIDADE

A tempestividade se afigura evidente, vez que os embargos de declaração impe-trados interromperam o escoamento do prazo para a apelação, segundo a regra do art. 538 do Código de Processo Civil.

Da decisão dos embargos e vista ao Ministério Público reiniciou-se o fluxo temporal, em 25-11-98 (fls. 346 e 346, verso).

Consoante dispõe o art. 508 do CPC, o prazo para a apelação seria, como regra geral, de quinze dias. Sucede que o art. 188, do Código de Processo Civil outorga ao Ministério Público prazo em dobro para recorrer.

A exegese do citado dispositivo, em se tratando do Ministério Público como parte, é unânime na doutrina, pois a discussão e interpretação dissonante recaem sobre a

aplicação da mencionada norma do Ministério Público como *custos legis*, conforme se pode auferir da lição de Antônio Cláudio da Costa Machado :

A polêmica envolvendo a aplicabilidade ou inaplicabilidade dos prazos especiais para contestar ou recorrer a toda participação do Ministério Público no processo civil se vincula, como é óbvio, à redação do art. 188, que se refere à instituição como parte (“quando for parte a Fazenda Pública ou o Ministério Público”). A partir do entendimento mais ou menos generalizado, porém equivocado, de que *custos legis* não é parte, chegam certos autores à conclusão de que a lei quis discriminar, deixando fora do âmbito de sua incidência as hipóteses de intervenção do *Parquet* a título de fiscal de lei.

Logo, como esta apelação foi apresentada no dia 5-3-1999, a contar da ciência da decisão dos embargos de declaração, é tempestiva.

2.2. DA REGULARIDADE FORMAL E DO PREPARO

Atende, de igual forma, a apelação, às exigências arroladas no art. 514, do Código de Processo Civil.

No que se refere ao preparo, é este dispensado quando se tem como recorrente o Ministério Público, conforme regula o art. 511, parágrafo único, do CPC.

3. DOS REQUISITOS INTRÍNSECOS:

3.1. DO CABIMENTO E DA INEXISTÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO OU EXTINTIVO DO PODER DE RECORRER

A decisão hostilizada é, indiscutivelmente, passível de impugnação, a teor do art. 513, do CPC e, na espécie, ausente qualquer fato impeditivo ou extintivo da prerrogativa de se recorrer, como, v.g., a renúncia ou aceitação expressa ou tácita da sentença pelo *Parquet*.

3.2. DA LEGITIMIDADE

A pertinência subjetiva com relação ao Ministério Público, a seu turno, mostra-se igualmente patente, pois atende ao conteúdo do art. 499, *caput* e seu § 2º, do CPC.

O Ministério Público, no caso vertente, é a própria parte autora, sucumbente na sentença monocrática, logo, legítima para o recurso.

3.3. DO INTERESSE

A utilidade e a necessidade do recurso de apelação colacionado ostentam-se irrefragáveis, pois a pretensão do autor deduzida em juízo sequer recebeu a prestação jurisdicional no mérito, o qual fora lançado à margem do conteúdo da sentença guereada.

Como colorário, só a instância revisional poderá garantir a retomada regular do processo para que venha a receber uma sentença que encare o conflito subjetivo gerado pela ilegalidade dos atos administrativos impugnados, que estão a malferir a Constituição Federal, os princípios da Administração Pública e os direitos difusos da coletividade.

4. DO EFEITO SUSPENSIVO

Como prefacial do mérito do apelo, o Ministério Público requer se digne o ilustre Desembargador-relator, de conceder efeito suspensivo ao recurso em exame, com restabelecimento da medida liminar concedido *intitio litis*, na eventualidade do título “Dos efeitos da apelação”.

A título de fundamentação deste pedido, passa a integrar estas razões, o lastro fático-jurídico trazido à baila na petição de interposição, sob a égide do título “Dos efeitos da apelação”.

5. DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

De acordo com a referência ostentada na sentença ora recorrida, o processo teria sido extinto sem o julgamento do mérito, por falecer a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação. Ocorre, contudo, que o magistrado sentenciante, esquivando-se do que lhe obriga a Constituição Federal, em seu art. 93, inciso IX, não fundamentou devidamente o comando decisório contido na parte dispositiva do julgado, porquanto não explicitou quais as condições da ação e os pressupostos processuais ausentes (se todos ou alguns) e porquê. Como consequência, a sentença é eivada da insanável eiva da nulidade, como anuncia o próprio dispositivo constitucional mencionado, que *restou inaplicado e de vigência negada pelo nobre juiz sentenciante*.

Ainda que houvesse tentado respaldar a decisão, como lhe imprime a norma, degringolar-se-ia a estrutura da sentença, pois compareceram, na hipótese, todas as condições da ação e os respectivos pressupostos processuais, consoante se passa a demonstrar.

A — DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Os pressupostos processuais, que, segundo Eduardo J. Couture¹, seriam aqueles *cujá ausência obsta o andamento de uma ação e o nascimento do processo*, de acordo com a doutrina, seriam de duas ordens: de existência e de validade.

O primeiro grupo, pode ser, ainda subjetivo e objetivo, ao passo que o segundo refere-se à pessoa do julgador, das partes e à lide.

1. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DE EXISTÊNCIA

Para que o processo exista, mister se faz que haja partes e juiz (requisitos subjetivos) e a presença de lide (requisito objetivo). No caso em pauta, a satisfação de tais pressupostos transparece como a clareza solar, eis que as partes foram adequadamente apontadas, o juiz exerceu suas funções e o *conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida* se fez mostrar *ab initio* com a meticulosa narração dos fatos e do direito carreados na exordial.

2. PRESSUPOSTOS DE VALIDADE

2.1. QUANTO ÀS PARTES

a) Capacidade de ser parte

A capacidade de ser parte corresponde à existência civil ou jurídica, indiscutível em relação ao autor e réus da controvérsia epigrafada, pois a concepção do Ministério Público tem fulcro constitucional (arts. 127 e segs.) e infraconstitucional (Lei Complementar nº 75/93 e Lei nº 8.625/93). De igual maneira, o Distrito Federal (arts. 18 e 32, CF, dentre outros a Lei Orgânica do DF), ao passo que os demais réus detêm personalidade civil.

b) Capacidade de estar em juízo ou capacidade processual e capacidade postulatória

A capacidade processual que, na maioria das vezes, se identifica com a capacidade civil, nem sempre a ela corresponde, porque, apesar do conteúdo da norma do art. 7º do Código de Processo Civil², que se reporta à capacidade civil plena, o art. 8º da Lei 9.099/95, *v.g.*, permite que o maior de dezoito anos figure no pólo ativo de pretensão deduzida em juizados especiais cíveis, independentemente de assistência.

1 Fundamentos del derecho procesal civil. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma 1993, p. 105.

2 Em razão de tal circunstância, a doutrina remarca: *Apenas os absolutamente capazes possuem capacidade processual plena; os relativamente capazes possuem capacidade processual limitada e os absolutamente incapazes são destituídos de capacidade processual.* (José Eduardo Carreira Alvim. *Elementos de teoria geral do processo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 195)

In casu, a capacidade de estar em juízo, bem como a postulatória do Ministério Público se extrai da própria norma constitucional, que lhe incumbe, como uma das funções institucionais, a propositura de ações como esta em referência (art. 129, CF). Também o Código de Processo Civil em seu art. 81 lhe reforça a capacidade de estar em juízo.

O Distrito Federal, igualmente, tem assegurada sua capacidade processual no CPC, art. 12, inciso I e na sua Lei Orgânica, art. 111, inciso I, entre outros.

Já as demais partes-rés, por deterem capacidade civil plena, dispõem também de capacidade de estar em juízo.

2.2 QUANTO AO JUIZ

a) Competência

De acordo com o conteúdo do art. 4º da Lei nº 7.347/85, a competência funcional do juízo para processar e julgar a ação civil pública é o foro do local em que ocorrer o dano, que, na hipótese seria o foro do Distrito Federal. Como este ente político postula como réu na ação, inevitavelmente, a competência não poderia deixar de ser o de uma das Varas de Fazenda Pública do Distrito Federal. Por conseguinte, competente o juiz da causa para processá-la e julgá-la.

b) Imparcialidade

A imparcialidade do juiz corresponde à ausência de impedimento e de suspeição. No caso em evidência, não se constata a configuração de qualquer dos dois, na forma elencada nos arts. 134 e 135, do CPC.

2.3 QUANTO À LIDE

No que se refere à lide, os pressupostos de validade correspondem à não ocorrência de litispendência e coisa julgada, definidas no art. 301, § 3º, do CPC.

Embora a ação civil pública *sub examen* tenha sido desdobrada pelo número excessivo de réus, cada desdobramento como o processo em tela se refere, especificamente, aos réus assinalados na peça substantiva. Logo, não se há falar em litispendência e tampouco em coisa julgada.

Como se pode depreender da análise de cada um dos pressupostos processuais, todos eles assinalam sua presença no processo; razão pela qual despropositada se exhibe a decisão terminativa do juiz monocrático.

B — DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

As condições da ação, definidas pela doutrina pátria³ como *condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional*, e de acordo com Giuseppe Chiovenda,⁴ *as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável*, de acordo com o art. 267, inciso VI do CPC, seriam: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para a causa e interesse de agir.

1. INTERESSE DE AGIR

Para tratar do interesse de agir, necessariamente, impõe-se fazer uma incursão no terreno dos interesses difusos, das tutelas coletivas e sua sistemática, bem como dos direitos humanos.

1.1 INTERESSES DIFUSOS, DIREITOS HUMANOS E TUTELAS COLETIVAS

Espécie do gênero interesses metaindividuais, os interesses difusos acenam os seus clamores, sob o ponto de vista histórico, no século XIX, com a Revolução Industrial, que assistiu ao advento de uma sociedade de massa e de produção, sem sustentação nos pilares do individualismo preconizado pela Revolução Francesa.

A transindividualização de certos direitos, dada a importância de valores que comprometem a própria existência humana, como a preservação dos recursos naturais, levou-os à sua tutela jurídica.

O conceito legal de tais interesses resta delineado pelo art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 8.078/90. A *opinium doctorum*,⁵ por sua vez, define: *são interesses metaindividuais, que não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g. os consumidores). Caracterizam-se pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade*

3 Ada Pellegrini Grinover *et alii*. *Teoria geral do processo*. 7ª ed. amp. e atual. São Paulo: RT., 1990, p. 229.

4 Instituições de Direito Processual Civil, vol. I. trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, p. 89.

5 Rodolfo de Camargo Mancuso. *Interesses difusos — Conceito e legitimação para agir*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1998, p. 124-125.

do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço.

São interesses, então, que suplantam a ordem do individual e se espraiam por toda a malha social, pelo seu caráter e matiz genérico, indivisível, que pertencem à órbita de todos. Decorrem do senso de preservação de determinados bens jurídicos e valores modelados e consagrados pelo ser social, bem como da intensificação e complexidade das relações humanas; obrigando a renovação de concepções, a adequação das normas jurídicas e uma visão hermenêutica distinta das regras de conduta tradicionalmente adotadas pelos operadores do Direito.

Nas bem-lançadas palavras de Celso Ribeiro Bastos,⁶ *Os interesses difusos constituem, pois, decorrência da sociedade tecnológica de produção de consumo massificado, com a participação de empreendimentos públicos ou privados de avultadas proporções, dando lugar a uma mutação veloz e constante, em cujo bojo ocorrem lesões de um perfil, marcadas pelo grande número dos atingidos assim como pela sua indeterminação.*

Numa perspectiva dos Direitos Humanos, cuja Declaração Universal das Organizações das Nações Unidas, acaba de comemorar o cinquentenário, urge lembrar que, com o reconhecimento dos direitos sociais pelas Constituições de Weimar e a Constituição mexicana, inicia-se, sob o ponto de vista jurídico internacional a preocupação com a dimensão social do homem. As constituições alemã e italiana passaram a mirar o homem, não mais como *um individuo solidário e isolado, que decidia soberanamente o seu destino, mas sim “quella persona umana dotata di un proprio valore, ma legata da vincoli ed impegni alla comunità in cui vive”*, como registrou Trocker.⁷ Eis o afloramento dos direitos fundamentais de segunda geração, que prepararam o ambiente para a consagração dos direitos difusos.

Do Estado Liberal, alcança-se o Estado Social, em que se visa resguardar os direitos sociais, econômicos e culturais. Como predica Flávia Piovesan:⁸ *Inverte-se, desde logo, o objeto clássico da pretensão de omissão dos poderes públicos e transita-se para uma proibição de omissão. De fato, do direito de exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias, caminha-se ao direito a exigir que o Estado intervenha ativamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos.*

6 A tutela dos interesses difusos no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Processo*, 23:39.

7 *Apud*. Humberto Theodoro Júnior., in A tutela dos interesses coletivos (difusos) no Direito Brasileiro. *Revista Forense*, 318:43.

8 A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1988, in *Direito, cidadania e justiça — Ensaio sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. Coord. Beatriz di Giorgi *et alii*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 115.

No final deste século, na chamada era pós-moderna, passaram a integrar as legislações de diferentes Estados soberanos e ser discutidos entre os especialistas e a sociedade civil, os direitos fundamentais de terceira geração, que transcendem os lindes dos dois primeiros grupos que os antecederam e abarcam um universo tão vasto quanto à diversidade e complexidade das relações sociais, no mundo hodierno.

Cuidam-se dos interesses metaindividuais, gerados por conflitos de massa, pluri-subjetivos, v.g.: o direito a um meio ambiente equilibrado e sadio; os direitos do consumidor; o direito de preservação ao patrimônio público, social, cultural, artístico, turístico e paisagístico; a garantia da moralidade pública; dentre outros, como bem predica José Luiz Bolzan de Moraes⁹ (...) parece-nos indubitável a proximidade que se estabelece ao falar-se em interesses transindividuais, em especial, os difusos e em direitos humanos de terceira geração, particularmente — o que não significa ou impede a projeção do caráter destes sobre os de gerações anteriores, muitas vezes alterando-lhes substancialmente o conteúdo. Aqueles apontam para o espraio subjetivo dos interesses, enquanto estes objetivam em seus conteúdos o disciplinamento de temas próprios a este pertencimento universal. Há uma congruência efetiva entre ambos. Há uma difusidade que é imanente aos direitos fundamentais de terceira geração. O apontamento de tal atrelamento leva ao entendimento do caráter que é comum a ambos: a solidariedade. Ou seja: quando se fala em interesses difusos, tem-se caráter comunitário, assim como quando se pensa a temática dos direitos humanos sob o influxo dos de terceira geração, tem-se como ponto de apoio, também, este compartilhar de destinos, situações, interesses. Ora, assim, ambos trazem em seu conteúdo a inviabilidade da comunhão de destinos, o que, por sua vez, impõe a solidarização dos indivíduos naquilo que será inevitavelmente benefícios ou prejuízos para um e todos, para todos e para nenhum. O Direito e as ordens jurídicas estatais não restaram imunes. A ele — e a estas — é dado representar juridicamente tais aspirações.

Para instrumentalizar tais conquistas, conceberam-se as ações coletivas, que têm seu embrião na *actio populi* romana, embora alguns o vislumbre na Idade Média.¹⁰ Constitui-se em conspícuo arcabouço para a salvaguarda dos interesses difusos e coletivos, vindo a garantir o direito de acesso à Justiça, tão coartado a muitos, em razão das dificuldades de natureza econômica, institucional, humana, etc., que se lhe interrompem o caminho, vez que, como leciona Mauro Cappelletti e Bryan Garth,¹¹ *Embora o acesso à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetivida-*

9 Do direito social aos direitos transindividuais, o Estado e o direito na ordem contemporânea, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1996, p. 167.

10 Márcio Mafra Leal. Ações coletivas, história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 21 e segs.

11 Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988, p. 15.

de perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” — a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.

A viabilização da tutela de direitos coletivos e difusos por intermédio de ações coletivas e a adoção de legitimação de determinados entes para defendê-los, concretiza, em grande parte, o mencionado acesso, como se extrai das lapidadas palavras de Nicole L’Heureux:¹² *A ação coletiva foi considerada como uma medida de dimensão social de grande importância para melhorar o acesso aos remédios judiciais das pessoas comuns, que têm um problema comum. A ação coletiva proporciona um mecanismo que permite e que torna economicamente factível, pelas economias de escala, a reunião de vítimas que, de outra forma, não poderiam permitir-se individualmente contratar um advogado para defender sua causa perante a justiça. O poder de barganha dos membros da classe é assim fortalecido. Em segundo lugar, a medida pode ter efeito de reduzir o acúmulo de serviço nos tribunais que resultaria de uma grande quantidade de pequenos processos. Em terceiro lugar, a ação coletiva pode ter igualmente o efeito de prevenir a conduta ilegal similar, no futuro, por outros eventuais demandados que tiram proveito dos montantes ínfimos de cada demanda.*

Dentre as ações coletivas, a senhora e rainha delas, é a ação civil pública, que, no ordenamento jurídico brasileiro, tem lastro constitucional (art. 129, inciso III, CF) e é regida pelas Leis Federais nº 7.347/85 e nº 8.078/90, e que foi manejada pelo Ministério Público para, in casu, buscar resguardar o patrimônio público e social e a moralidade administrativa, vilipendiados pela ilegal, ilegítima e imoral transposição de cargos, sem prévio e obrigatório concurso público.

1.2 DO INTERESSE DE AGIR PROPRIAMENTE DITO

Feita essa ligeira e geral situação do âmbito do direito em que se inserem os bens jurídicos a proteger com a ação em relevo, incompassível negar-se a presença do interesse em agir pelo Ministério Público, uma vez que a necessidade e a utilidade da medida se fazem rogar às escâncaras.

Ora, embora a Administração Pública esteja obrigada a obedecer as normas legais, sobretudo as constitucionais, bem como os direitos e garantias delas decorrentes, fora ela própria quem promovera a írrita transposição de cargos, já sob a vigência da *norma normarum* que enuncia a inafastabilidade da regra de observância de concurso para a investidura em cargos e empregos públicos (art. 37, II, CF). Nem o ajuizamento

12 Revista de Direito do Consumidor, 05:10

da ação, como poderia ter acontecido, impulsionou o Distrito Federal a anular os atos ensejadores da tutela jurisdicional. Só esta poderá permitir o restabelecimento do *status quo ante bello*, com a preservação da moralidade administrativa, o resguardo do patrimônio público e social e o resgate da legalidade e da justiça social; porquanto os cargos ocupados não foram disponibilizados para acesso, mediante concurso, em igualdade de disputa por todos que preenchem os requisitos e necessitam daquela atividade laborativa.

Por conseguinte, a utilidade e a necessidade, que informam e compõem a noção de interesse de agir surdem incontrastáveis, máxime porque sem o ajuizamento da ação, dos cofres públicos persistiriam a verter importâncias pagas indevidamente a servidores que ilegítimamente ocupam determinado cargo público e imoralmente o exercem, dada a mácula de ingresso.

2. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*

A legitimação para a causa, que Liebman denominou de *Pertinência subjetiva da ação*,¹³ e se aplica tanto ao pólo passivo quanto ao ativo, também marca, indelevelmente, sua presença.

Em geral, a legitimidade se vincula à titularidade do direito discutido na pretensão deduzida em Juízo. É o que se qualifica como legitimidade ordinária. No que se refere aos réus, tal circunstância ressumbra do fato de que os beneficiados com a ilegalidade é que aparecem no pólo passivo e a Administração Pública, personalizada no Distrito Federal, foi quem a promoveu. Logo, não há como se sustentar sua ilegitimidade.

Quanto ao autor da ação coletiva, que é, presentemente, o Ministério Público, sua legitimação é aurida na própria Constituição Federal (art. 129, inciso III), bem como na legislação infraconstitucional (art. 5º, *caput* e § 1º, da Lei Federal nº 7.347/85 c/c o art. 5º, inciso III, alínea *b* e com o art. 6º, inciso VII, alínea *b* e inciso XIV, alínea *f*, ambos da Lei Complementar nº 75/93).

O que é controvertida na doutrina é a natureza jurídica dessa legitimação, se ordinária ou extraordinária (art. 6º, CPC). A primeira das posições é defendida por boa parte da doutrina e a considera extraordinária, contudo, juristas da qualidade de Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁴ defendem a legitimação ordinária, fazendo referência à sus-

13 *Apud*. Humberto Theodoro Júnior. Curso de Direito Processual Civil, vol. 1 - - *Teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. 11. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 56.

14 Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei nº 7.347/85 e legislação complementar). 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 92.

tentação do mesmo posicionamento por parte de José Afonso da Silva, *verbis*: *Quando examinamos, em outra sede, esta tormentosa questão, acabamos por abandonar a idéia de qualificar como extraordinária a legitimação prevista no art. 5º da Lei nº 7.347/85, aceitando que resulta melhor admiti-la como ordinária (aliás, anos atrás, já o fizera José Afonso da Silva com relação à legitimação na ação popular). Naquele ensejo escrevemos: Presentemente, os interesses difusos já passaram a ser acionáveis, visto que o legislador reconheceu sua existência e a possibilidade de os fazer valer em juízo. Com isso, cremos que não mais padece dúvida quanto à 'legitimidade', nem há porque considerar o tema sob a rubrica de legitimação extraordinária.*

De toda sorte, tal discussão doutrinária não estiola a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública de que se trata nesta oportunidade.

Essa impostergável legitimidade justifica-s, perfeitamente, por razões plausíveis, como lembra Kazuo Watanabe:¹⁵ *Nesse importante mister, tem relevante papel o Ministério Público, não somente em razão de sua função institucional (art. 129, III, da CF), o que faz supor melhor preparo de seus membros, como também em virtude da efetiva liderança que vem assumindo na prática no ajuizamento das ações coletivas.*

Édis Milaré, com evocação a Alcides de Mendonça Lima, adita: *Cremos, firmemente, que o Ministério Público, com os instrumentos de que o dotou a nova Constituição, vencerá o desafio, de maneira a justificar as candentes palavras de Alcides de Mendonça Lima, segundo as quais: “paulatinamente, o Ministério Público vem se tornando um agente ou um ‘representante’ processual de todos que sofrem lesões em seus direitos subjetivos, que são as partes substanciais da causa ou os interessados diretos na verdadeira aplicabilidade da lei. À medida que os interesses particulares se mesclam com os públicos, aí aparece a figura protetora do Ministério Público, pela confiança que inspira, pela imparcialidade e probidade de seus membros, em face do amparo que a Constituição e as leis lhe asseguram... Lutando por um ideal que, diretamente, não é seu, o Ministério Público como que realiza uma obra e uma cruzada de altruísmo, sem que se possa atribuir a seus membros nem mesmo a ambição, aliás justa, das recompensas financeiras dos advogados. Daí a importância de seu papel na vida jurídica e social de um povo, nos tempos modernos, como um guardião invisível e, quiçá, anônimo de cada um e da própria ordem nacional. Em última análise, cabe-lhe ‘promover’ o bem-estar, a segurança, a legalidade, a justiça na coletividade”.*

Por isso, negar legitimidade ao Ministério Público, como fez o magistrado sentenciante é *negar vigência e vulnerar* o art. 129, inciso III da Constituição Federal, bem como o art. 5º, *caput* e § 1º, da Lei Federal nº 7.347/85, o art. 5º, inciso III, alínea b

15 Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense, *in As garantias no cidadão na justiça*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p. 186.

e o art. 6º, inciso VII, alínea b e inciso XIV, alínea f, ambos da Lei Complementar nº 75/93.

3. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A aventada impossibilidade jurídica do pedido, único item que mereceu, por parte do magistrado sentenciante, exteriorização, ainda que deficiente, das razões de decidir (como ordena o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), segundo o julgador, consistiu na eventual inviabilidade de se exercer o controle incidental de constitucionalidade de norma distrital, em face da Carta Política, dados os efeitos *erga omnes* das sentenças coletivas.

A impossibilidade quer significar que o pedido articulado na inicial não encontra albergue no sistema jurídico vigente. Na hipótese analisada, os pedidos veiculados, ao revés, são arcabouçados pelo sistema jurídico brasileiro, como se passa a exibir.

Para se enfrentar o tema, mister se afigura a verificação sucinta do sistema de controle de constitucionalidade de leis agasalhado pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como a apreciação dos efeitos das decisões prolatadas em sede de ações civis públicas.

3.1 CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Todo controle de constitucionalidade parte do princípio da supremacia da Constituição em relação às demais normas. A indigitada superioridade deve se manifestar tanto materialmente como formalmente.

Conforme predica o Ministro Caio Mário Veloso:¹⁶ *A superioridade assim se explica: toda ordem jurídica tem seu fundamento de validade na Constituição, mesmo porque é ela a origem de toda a atividade formal. Sendo assim, a Constituição é, necessariamente, superior a essa ordem jurídica, constituindo a regra ou a lei fundamental. Noutras palavras, na linha da lição de G. Birdeau, a superioridade da Constituição decorre do fato de organizar e distribuir ela as competências. (...) Em termos jurídicos, entretanto, o que conta é supremacia formal da Constituição, que decorre da regra de rigidez constitucional : a Constituição se diz rígida quando ela é dotada de uma certa imutabilidade, só se podendo ser modificada por um processo especial, ou pelo poder constituinte instituído ou de revisão; enquanto as leis ordinárias e complementares são elaboradas pelo parlamento comum, as emendas constitucionais repre-*

16 Controle da constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988, in *Revista de Direito Público*, 92:44.

sentam obra de poder distinto, o poder constituinte instituído ou derivado, em que, de regra, se investe o parlamento comum.

A depender do órgão que exercerá o controle, divisa-se três sistemas, a saber: 1) o *político*, se entrega à atribuição de controlar a órgão de natureza política; 2) o *jurisdicional*, quando ao Poder Judicial fica afeta a tarefa de aferir o alinhamento da ordem infraconstitucional com a ordem constitucional; 3) o *misto*, constitui em uma mescla, em que determinadas matérias são submetidas ao exame de órgão político e outras a órgão jurisdicional.

O Brasil, desde a Carta de 1891, consagrou o sistema jurisdicional que comporta dois critérios: o concentrado e o difuso.

O primeiro deles, também chamado via de ação direta de inconstitucionalidade ou controle abstrato de normas, em que se ataca a lei ou ato normativo, sem se ater a um caso concreto e sim pelo mero conteúdo da norma alvejada, por sua impertinência formal ou material com a Constituição, redonda em um processo dito objetivo com efeitos vinculativos *erga omnes*, inclusive para o próprio órgão que decide. A legitimidade para o seu exercício é limitada e, em se tratando de tutela da Constituição Federal e de seus preceitos, pode ser impulsionado pelos que constam do rol de seu art. 103, com a ressalva de que não se admite, via ação, controle de norma municipal (ou distrital, que tenha esta natureza) em face de Constituição Federal. A competência pela guarda da Constituição, no controle abstrato, é do Supremo Tribunal Federal., *ex vi* do art.102, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal.

O segundo deles, e que é, particularmente, mais relevante para o desate da questão jurídica em debate, também chamado de controle via exceção, pode ser traduzido como aquele em que qualquer das partes, em qualquer demanda judicial, em sede de qualquer juízo, perante qualquer magistrado do país, poderá suscitar. Neste caso, a decisão não extrapolará os lindes das partes envolvidas na demanda e não vinculará, para as futuras decisões, sequer o magistrado sentenciante, valendo, exclusivamente, para o caso concreto julgado.

Segundo preleciona José Alfredo de Oliveira Baracho,¹⁷ *Ocorre uma solução "incidentalmente", a propósito de um processo e a título de defesa; exceção levantada por um dos litigantes. No decorrer de uma ação, uma das partes invoca a inconstitucionalidade da lei que se pretende aplicar-lhe. Ao contrário da via de ação, o controle por via de exceção não chega a uma "anulação" da lei reconhecida como inconstitucional, mas pela "não-aplicação" ao processo. A lei inconstitucional não desapareceu da ordem jurídica e poderá ser aplicada em outros casos; é a relatividade da coisa julgada.*

17 Processo constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 170.

Foi valendo-se justamente deste mecanismo que o Ministério Público fez uso do controle via exceção, que é amparado pelo ordenamento, aliás, dado a influência americana, inicialmente, na Carta de 1891, só havia tal espécie de controle.

Com efeito, negar a utilização dessa forma de abroquelamento da Constituição Federal, na ação civil pública, sem que haja vedação no sistema jurídico pátrio, é afastar a necessária guarda da Carta Magna e seus princípios.

3.2 EFEITOS DA SENTENÇA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Rompendo com o regime do Processo Civil liberal-individualista que preconiza os efeitos subjetivos da sentença somente entre as partes, salvo raríssimas exceções (art. 472, CPC), a primeira lei brasileira versando instrumentalmente sobre tutelas coletivas, a lei da ação popular (Lei nº 4.717/65), em seu art. 18, inovou prevendo efeito *erga omnes* da sentença, *secundum eventus litis*, no que foi seguida pelas que lhe sucederam, como a lei da ação civil pública (Lei nº 7.347/85, art. 16) e a de defesa do consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 103).

As dimensões do chamado efeito *erga omnes*, a despeito do que possa parecer, não vai irradiar sobre toda e qualquer pessoa, como brilhantemente demonstra Antônio Gigis:¹⁸

Diz erga omnes o CDC (art.103,I), para significar (prescrever) que a autoridade da coisa julgada material atinge toda a comunidade titular do direito lesado — e somente esta. Mas erga omnes não significa exatamente “contra todos”, como poderia parecer, porque é limitado à comunidade titular do direito superindividual violado, e, na eventualidade de procedência, aos titulares dos correspondentes direitos individuais homogêneos. Ainda que seja verdade que não se pode saber a priori quem exatamente pode ser considerado membro dessa “comunidade lesada”, também não é menos verdade que alguém que sequer potencialmente pudesse vir a ser atingido em sua esfera jurídica pelo ato lesivo não se poderia dizer, propriamente, atingido pela autoridade do julgado. Quando muito, em casos que tais, poder-se-ia dizer que este terceiro foi atingido pelo que Liebman chama de “eficácia natural da sentença” (grifou-se).

Como bem acentuado, apenas aqueles cuja realidade fática se colore com os tons impressos pelo pincel da sentença é que serão alcançados por ela.

18 Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 108

No caso em consideração, apenas o Distrito Federal e os servidores-réus serão alvejados pelo raio da *res judicata* e a declaração de inconstitucionalidade das normas locais bombardeadas não terão esfera de abrangência global, mesmo porque versam sobre situação local.

Ademais, com a alteração introduzida no art. 16 da Lei da ação civil pública pela Lei nº 9.494, de 10-7-1997, o efeito em tela passou a ter eficácia tão somente “nos limites da competência territorial do órgão prolator”.

Adita-se, outrossim, que os efeitos da sentença coletiva, com de qualquer outra (art. 469, CPC), restringem-se à sua parte dispositiva, como verbera Nelson Nery Júnior:

Somente a parte dispositiva da sentença, acolhendo ou rejeitando, total ou parcialmente, o pedido do autor é que é abrangida pela autoridade da coisa julgada (CPC, 467 e 468). A resolução de questão prejudicial, bem como os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, não são abrangidos pela coisa julgada (CPC, 469 e 470).¹⁹

Nesse diapasão cumpre ressaltar preciosa Jurisprudência:

“A coisa julgada incide apenas sobre o dispositivo propriamente dito da sentença, não sobre seus motivos ou sobre questão prejudicial — CPC, art. 469, I e III, salvante, no alusivo a esta segunda hipótese, se proposta ação declaratória incidental” (STJ — 4ª Turma, Resp. 444-RJ-Edcl., Rel. Min. Athos Carneiro, j. 19-3-1991, DJU de 22-4-1991, p. 4.788).

Não pode medrar, então, o tibio argumento de que ao pretender o controle incidental da constitucionalidade em ação civil pública, o Ministério Público busca, em realidade, pelo efeito *erga omnes*, as conseqüências de um controle abstrato, usurpando as atribuições do Procurador-Geral e malferindo a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

3.3 DA PERTINÊNCIA E AMPARO JURÍDICO DO PEDIDO

Na inaugural, o Ministério Público postulou, os seguintes pedidos principais:

e) declarar a nulidade do inteiro teor dos atos administrativos da lavra do Exmo. Sr. Governador do Distrito Federal que determinam o preenchimento dos cargos de Inspetor de Obras da Carreira de Fiscaliza-

¹⁹ Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 24.

ção e Inspeção mediante “transposição” dos Servidores Públicos em face dos quais foi proposta a presente ação (Decretos nº 13.818, de 5-3-1992, e nº 14.551, de 29-12-1992);

f) em consequência, determinar, em caráter definitivo ao Distrito Federal, que faça retornar a situação funcional dos Servidores Públicos em face dos quais foi proposta a presente ação ao *status quo ante*, deixando de reconhecer qualquer efeito decorrente de “transposições” ora inquinadas de nulidade;

Como um dos fundamentos e causa de pedir de ambos, pleiteou:

d) declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do art. 4º e seus parágrafos da Lei Distrital nº 228, de 9-1-1992, e do inteiro teor da Lei Distrital nº 343, de 29-10-1992;

Na esteira do raciocínio do memorável Ministro Alfredo Buzaid,²⁰ a declaração incidental de constitucionalidade é sempre prejudicial, *não (é) a questão principal debatida na causa; por isso o juiz não a decide principaliter, mas incidenter tantum, pois ela não figura como objeto do processo e dispositivo da sentença.*

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery,²¹ também remarcam: *O controle concreto é em cada caso levado ao Poder Judiciário, tendo a inconstitucionalidade da lei como causa de pedir, isto é, como fundamento do pedido, mas nunca o pedido em sentido estrito (...).*

Do magistério de Lúcio Bittencourt, a *contrario sensu*, obtêm-se a mesma lógica jurídica: *O que se infere daí é, precisamente, que os tribunais não admitem a ação que tenha por fim, apenas, declarar a inconstitucionalidade sem qualquer ligação com a hipótese concreta. Mas, desde que existe, ou possa existir, um litígio e para que sua decisão seja mister o exame da eficácia da lei, pouco importa a forma processual usada.*

A jurisprudência das Cortes de Justiça de todo o país, em consonância com a doutrina trazida à baila, tem reconhecido a viabilidade jurídica do controle incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública, como se infere dos pronunciamentos do próprios guardiães da Constituição Federal e da Ordem Federal, *verbis*:

“(...) O Supremo Tribunal Federal pelo seu Plenário, julgando as Reclamações 597-SP, Rel. p/ acórdão o Min. Néri da Silveira, 600-SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, decidiu que *a ação civil pública, em casos como este, que tem por objeto direitos individuais homogêneos,*

20 Código de Processo Civil e legislação extravagante em vigor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 122.

21 O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Atual. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968, p. 101.

não é substitutiva da ação direta de inconstitucionalidade, esta da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, mesmo porque a decisão proferida naquela ação civil pública não tem eficácia erga omnes, considerada esta eficácia no seu exato sentido. Por isso, as Reclamações 597-SP, 600-SP e 602-SP, acima indicadas, foram julgadas improcedentes” (plenário, 3-9-1997 — RCL 557-7 MG — DJU de 25-9-1997²² — grifo nosso).

“Reclamação. *Decisão que, em ação civil pública, condenou instituição bancária a complementar os rendimentos de caderneta de poupança de seus correntistas, com base em índice até então vigente, após afastar a aplicação da norma que o havia reduzido, por considerá-la incompatível com a Constituição. Alegada usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102, I, a, da CF.*

Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo. Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela Corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal” (RCL nº 602-6, SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão em 3-9-1997, em notas taquigráficas — grifou-se).

“Reclamação. 2. Ação civil pública contra instituição bancária, objetivando a condenação da ré ao pagamento da “diferença entre a inflação do mês de março de 1990, apurada pelo IBGE, e o índice aplicado para crédito na caderneta de poupança, com vencimento entre 14 a 30 de abril de 1990, mais juros de 0,5% ao mês, correção sobre o saldo, devendo o valor a ser pago a cada um fixar-se em liquidação de sentença”. 3. Ação julgada procedente em ambas as instâncias, havendo sido interpostos recursos especial e extraordinário. 4. Reclamação em que se sustenta que o acórdão da Corte reclamada, ao manter a sentença, estabeleceu “uma inconstitucionalidade no plano nacional, em relação a alguns aspectos da Lei nº 8.024/1990, que somente ao Supremo Tribunal Federal caberia decretar”. 5. Não se trata de hipótese suscetível de confronto com o precedente da Corte na Reclamação nº 434-1/SP, onde se fazia inequívoco que o objetivo da ação civil pública era declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.844/92, do Estado de São Paulo. 6. No caso concreto, diferentemente, a ação objetiva relação jurídica decor-

22 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Celso Bastos, (ed.) 1998, p. 383.

rente de contrato expressamente identificado, a qual estaria sendo alcançada por norma legal subsequente, cuja aplicação levaria a ferir direito subjetivo dos substituídos. 7. Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8.024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra *b*, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, *a*), quer na via difusa, *incidenter tantum*, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. 8. A eficácia *erga omnes* da decisão, na ação civil pública, *ut* art. 16 da Lei nº 7.347/97, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se, ademais, efeito suspensivo. 10. Em reclamação, onde sustentada a usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei nº 7347/85, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário. 11. Reclamação julgada improcedente, cassando-se a liminar.” (RCL nº 600-0, SP, Rel. Min. Néri da Silveira. Grifou-se.)

“O incabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, eis que as Leis Municipais nºs 25/77 e 272/85 são anteriores à Constituição do Estado, justifica, também, o uso da ação civil pública para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas. Recurso conhecido e provido para afastar a inadequação, no caso, da ação civil pública e determinar a baixa dos autos ao tribunal de origem para o julgamento do mérito da causa. Decisão unânime” (RESP 49272 — DJU 17-10-94).

“Processual — Ação civil pública — Cancelamento de taxa ilegal — Legitimidade do Ministério Público — Declaração incidente de inconstitucionalidade.

I — O Ministério Público está legitimado para o exercício da ação civil pública, no objetivo de proibir a cobrança de taxa ilegal.

II — É viável, em processo de ação civil pública, a declaração incidente de inconstitucionalidade” (RESP nº 109.013-MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 25-8-1997 — grifou-se).

Processual — Ação civil pública — Cancelamento de taxa ilegal — Legitimidade do Ministério Público — Declaração incidente de inconstitucionalidade

I — O Ministério Público está legitimado para o exercício de ação civil pública, no objetivo de proibir a cobrança de taxa ilegal.

II — É viável, em processo de ação civil pública, a declaração incidente de inconstitucionalidade. (REsp nº 109.103/MG; 1ª T., STJ; Rel. Min. Humberto Gomes De Barros, j. 17-6-1997)

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal já proferiu julgados com a mesma inteligência:

“Ação Civil Pública — Preocupação do Ministério Público com a distribuição de alvarás, pela Administração, para instalação de comércio, indústria e prestação de serviços em loteamentos irregulares, sem avaliação pelo RIMA — Liminar concedida obstaculizando novas autorizações — Tema de inconstitucionalidade da Lei local nº 697/94 como questão incidental — Agravo.

A ação civil pública, de preciosa valia, não se presta como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade de lei. Todavia, nada impede possa o juiz, incidenter tantum, sob a ótica da inconstitucionalidade, negar aplicação de qualquer lei.

Mantém-se a decisão liminar que proíbe a expedição de alvarás que permitem a particulares a instalação de comércio e do exercício de outras atividades em loteamentos irregulares, sem o relatório do impacto ambiental, sendo esta a pretensão principal deduzida na ação civil pública” (Agravo de Instrumento 4.893/94 — 2ª T. Cível/Des. Edson Alfredo Smaniotto — TJDFT — DJU de 20-9-1995 — grifou-se).

“Agravo Regimental. Suspensão de Medida liminar. Garantia do poder de polícia administrativa. Existência de autorizações de ocupação da área pública e vigência da Lei Distrital nº 754, de 30-8-1994. *A pretendida inconstitucionalidade da referida lei deverá ser apreciada na sentença que julgar o mérito da ação civil pública respectiva.* Recurso improvido” (Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 208/95, 2ª

T. Cível/Des. Edson Alfredo Smaniotto — TJDFT — DJU de 23-8-1995 — grifou-se).

Neste diapasão, outros Tribunais brasileiros têm também se manifestado, *in verbis*, como se deflui do julgado infra:

“Recurso de Apelação Cível. — Ação civil pública — Extinção da ação — Ilegitimidade do Ministério Público — Improriedade da ação civil pública — Recurso provido — Decisão cassada. *Não há que se falar em ilegitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública que tem por objetivo a proteção de interesses coletivos, uma vez que o art. 129, III, da Constituição Federal, Lei Complementar nº 75/93 e Lei nº 7.347/85, lhe conferem essa atribuição.*

Se a pretensão ministerial não é a declaração da inconstitucionalidade da lei em seu aspecto abstrato, não há que se falar em ação civil pública como substituto da ação direta de inconstitucionalidade” (Apelação Cível 16.661 — TJMT — DJ de 28-8-1995) — grifou-se).

6. DO PEDIDO

Rui, dessa forma, o alicerce que procurou dar o juiz sentenciante para sustentar a sua decisão. Presentes todos os pressupostos processuais e a integralidade das condições da ação, verifica-se que a decisão vicejada depõe contra a tutela de interesses e direitos difusos, cerceia a defesa dos Direitos Humanos e o acesso à Justiça, dá interpretação divergente à adotada pelos tribunais nacionais, inclusive o próprio Tribunal de Justiça local, além de negar vigência aos seguintes dispositivos: o art. 129, inciso III, e o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, bem como o art. 5º, *caput* e § 1º, da Lei Federal nº 7.347/85, o art.5º, inciso III, alínea *b*, e o art. 6º, inciso VII, alínea *b*, e inciso XIV, alínea *f*, ambos da Lei Complementar nº 75/93.

Por todos esses fundamentos, e por terem presentes todos os pressupostos processuais e condições da ação, requer, o Ministério Público, o conhecimento e provimento do recurso presente, para anular a decisão monocrática atacada, por incorrer em insuperável *error in procedendo*, a fim de que o nobre julgador do primeiro grau de jurisdição enfrente o mérito da controvérsia em decisão definitiva.

Brasília-DF, 5 de março de 1999.

ROBERTO CARLOS BATISTA
Promotor de Justiça

CORREGEDORIA-GERAL DO MPDFT
MAPA DA ESTATÍSTICA ANUAL DE 1999

I — MOVIMENTAÇÃO DE PROCESSOS E OUTROS PROCEDIMENTOS

Circunscrições	Processos Judiciais		Inquéritos Policiais		Totais de Feitos		ICP / PIP (*)	Outros Procedimentos	Atos Praticados
	Recebidos	Devolvidos	Recebidos	Devolvidos	Recebidos	Devolvidos			
Brasília	121104	120337	25972	25712	147076	146049	4241	1166	194516
Taguatinga	21270	21294	6624	6590	27894	27884	10	0	31731
Gama	11411	11364	5107	5109	16518	16473	6	0	22832
Ceilândia	20273	20153	12766	12701	33039	32854	23	0	38912
Sobradinho	7924	7905	2845	2853	10769	10758	3	0	12313
Planaltina	6514	6493	10617	10563	17131	17056	1	0	18850
Samambaia	12951	13061	5653	5646	18604	18707	0	0	23405
Brazlândia	4658	4665	2150	2147	6808	6812	3	0	8374
Paranoá	5889	5202	2866	2848	8755	8050	10	0	9338
TOTAL	211994	210474	74600	74169	286594	284643	4297	1166	360271

(*) — ICP / PIP — Inquéritos Cíveis Públicos / Procedimentos de Investigação Preliminar

II — ATOS PRATICADOS

Unidades	Ações Cíveis/ Penais	Arquivamentos	Audiências/ Sessões	Promoções em PJ, IP, IC, e PIP	Ciências /Baixas	Feitos Julgados	Recursos	Outras Promoções	TOTAL
Procuradoria Geral de Justiça — Assessoria Cível	0	0	0	691	703	0	11	9	1414
Procuradoria Geral de Justiça — Assessoria Criminal	11	1	0	258	141	0	5	0	416
Vice-Procuradoria Geral de Justiça	0	0	60	2962	119	0	218	0	3359
Procuradorias de Justiça — Matéria Cível	0	0	138	1724	1081	0	7	0	2950

Unidades	Ações Cíveis/ Penais	Arquivamentos	Audiências/ Sessões	Promoções em PJ, IP, IC, e PIP	Ciências /Baixas	Feitos Julgados	Recursos	Outras Promoções	TOTAL
Procuradorias de Justiça — Matéria Criminal	1	0	57	2541	1861	0	69	1	4530
Procuradorias de Justiça — Matérias Cível e Criminal	0	53	27	199	77	0	8	65	429
Conselho Superior	0	0	20	0	0	48	0	0	68
Câmaras de Coordenação e Revisão da Matéria Cível	0	274	21	24	0	552	2	1	874
Câmaras de Coordenação e Revisão da Matéria Criminal	0	50	16	24	0	529	2	27	648
Turma Recursal	0	0	33	40	50	0	3	0	126
Promotorias de Fundações e Entidades de Interesse Social	1	93	631	1537	6	0	1	640	2909
Promotorias de Defesa da Filiação, dos Idosos e Portadores de Deficiência	319	178	530	6571	1484	0	2	2505	11589
Promotorias da Infância e Juventude — Matéria Cível	8	39	0	2212	1137	0	27	2	3425
Promotorias da Infância e Juventude — Matéria Criminal	724	428	4605	8643	5057	0	72	1134	20663
Promotorias de Defesa do Meio Ambiente	19	119	1017	1513	258	0	26	1800	4752
Promotorias de Defesa da Ordem Urbanística	44	26	775	1121	997	0	22	1391	4376
Promotorias de Defesa do Consumidor	89	446	534	3843	851	0	160	1706	7629
Promotorias de Defesa da Saúde — PROSUS	7	6	182	356	13	0	12	488	1064
Promotorias de Defesa dos Usuários de Serviços de Saúde — PROVIDA	16	74	0	280	68	0	0	36	474
Núcleo de Investigação de Controle Externo da Atividade Policial	6	57	667	83	42	0	4	263	1122
Promotorias de Justiça — Matéria Cível	38	15	14819	47244	26539	0	120	646	89421
Promotorias de Justiça — Matéria Criminal	7796	13501	20228	55802	89001	0	1868	1075	189271
Promotorias de Justiça — Matérias Cível e Criminal	18	1360	920	2275	1438	0	1	7	6019
Promotorias de Justiça — Matéria Eleitoral	12	216	18	1276	1217	0	1	3	2743
TOTAL	9109	16936	45298	141219	132140	1129	2641	11799	360271

ESTATÍSTICA ANUAL DE 1999
Procuradoria-Geral de Justiça — Assessoria Cível

Promoções em PJ, IP, IC e PIP	691
Ciências / Baixas	703
Recursos	11

Outras Promoções	9
Processos Judiciais Recebidos	1412
Processos Judiciais Devolvidos	1398
Inquéritos Policiais Recebidos	1
Inquéritos Policiais Devolvidos	1
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	3
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA — ASSESSORIA CRIMINAL

Ações Cíveis / Penais	11
Arquivamentos	1
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	258
Ciências / Baixas	141
Recursos	5
Processos Judiciais Recebidos	337
Processos Judiciais Devolvidos	333
Inquéritos Policiais Recebidos	48
Inquéritos Policiais Devolvidos	44
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	3
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

CONSELHO SUPERIOR

Audiências / Sessões	20
Feitos Recebidos	44
Feitos Julgados	48

VICE-PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

Audiências / Sessões	60
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	2962
Ciências / Baixas	119
Recursos	218

Processos Judiciais Recebidos	3205
Processos Judiciais Devolvidos	3200
Inquéritos Policiais Recebidos	0
Inquéritos Policiais Devolvidos	0
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	0
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

PROCURADORIAS DE JUSTIÇA — MATÉRIA CÍVEL

Audiências/Sessões	60
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	2962
Ciências /Baixas	119
Recursos	218
Processos Judiciais Recebidos	3205
Processos Judiciais Devolvidos	3200
Inquéritos Policiais Recebidos	0
Inquéritos Policiais Devolvidos	0
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	0
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

PROCURADORIAS DE JUSTIÇA — MATÉRIA CRIMINAL

Audiências / Sessões	138
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	1724
Ciências / Baixas	1081
Recursos	7
Processos Judiciais Recebidos	2869
Processos Judiciais Devolvidos	2811
Inquéritos Policiais Recebidos	0
Inquéritos Policiais Devolvidos	0
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	0
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

PROCURADORIAS DE JUSTIÇA — MATÉRIA CRIMINAL

Ações Cíveis / Penais	1
Audiências / Sessões	57
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	2541
Ciências / Baixas	1861
Recursos	69
Outras Promoções	1
Processos Judiciais Recebidos	4499
Processos Judiciais Devolvidos	4463
Inquéritos Policiais Recebidos	0
Inquéritos Policiais Devolvidos	1
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	0
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

PROCURADORIAS DE JUSTIÇA — MATÉRIAS CÍVEL E
CRIMINAL PROCURADORIAS DOS DIREITOS DIFUSOS
COLETIVOS E HOMOGÊNEOS E PROCURADORIA
DISTRITAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO)

Arquivamentos	53
Audiências / Sessões	27
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	199
Ciências / Baixas	77
Recursos	8
Outras Promoções	65
Processos Judiciais Recebidos	269
Processos Judiciais Devolvidos	223
Inquéritos Policiais Recebidos	0
Inquéritos Policiais Devolvidos	0
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	9
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

CÂMARAS DE COORDENAÇÃO E REVISÃO — MATÉRIA CÍVEL

Audiências / Sessões	21
Enunciados, Recomendações e Atos Editados	1
Feitos Recebidos	637
Feitos Julgados	552

CÂMARAS DE COORDENAÇÃO E REVISÃO — MATÉRIA CRIMINAL

Audiências / Sessões	16
Enunciados, Súmulas, Recomendações e Atos Editados	21
Boletins Informativos Editados	6
Feitos Recebidos	529
Feitos Julgados	529

TURMA RECURSAL

Audiências / Sessões	33
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	40
Ciências / Baixas	50
Recursos	3
Processos Judiciais Recebidos	91
Processos Judiciais Devolvidos	92
Inquéritos Policiais Recebidos	1
Inquéritos Policiais Devolvidos	1
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	0
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

PROMOTORIAS DE FUNDAÇÕES E ENTIDADES DE INTERESSE SOCIAL

Ações Cíveis / Penais	1
Arquivamentos	93
Audiências / Sessões	631
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	1537
Ciências / Baixas	6
Recursos	1

Outras Promoções	640
Processos Judiciais Recebidos	36
Processos Judiciais Devolvidos	36
Inquéritos Policiais Recebidos	0
Inquéritos Policiais Devolvidos	0
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	301
Inquéritos Cíveis em Andamento	2

**PROMOTORIAS DE DEFESA DA FILIAÇÃO, DOS IDOSOS E
PORTADORES DE DEFICIÊNCIA**

Ações Cíveis / Penais	319
Arquivamentos	178
Audiências / Sessões	530
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	6571
Ciências / Baixas	1484
Recursos	2
Outras Promoções	2505
Processos Judiciais Recebidos	2761
Processos Judiciais Devolvidos	2480
Inquéritos Policiais Recebidos	0
Inquéritos Policiais Devolvidos	1
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	649
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

PROMOTORIAS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE — MATÉRIA CÍVEL

Ações Cíveis / Penais	8
Arquivamentos	39
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	2212
Ciências / Baixas	1137
Recursos	27
Outras Promoções	2
Processos Judiciais Recebidos	3226
Processos Judiciais Devolvidos	3219

Inquéritos Policiais Recebidos	0
Inquéritos Policiais Devolvidos	0
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	9
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

PROMOTORIAS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE — MATÉRIA CRIMINAL

Ações Cíveis / Penais	724
Arquivamentos	428
Audiências / Sessões	4605
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	8643
Ciências / Baixas	5057
Recursos	72
Outras Promoções	1134
Processos Judiciais Recebidos	16034
Processos Judiciais Devolvidos	16001
Inquéritos Policiais Recebidos	0
Inquéritos Policiais Devolvidos	0
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	0
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

PROMOTORIAS DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE
E PATRIMÔNIO PÚBLICO

Ações Cíveis / Penais	19
Arquivamentos	119
Audiências / Sessões	1017
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	1513
Ciências / Baixas	258
Recursos	26
Outras Promoções	1800
Processos Judiciais Recebidos	241
Processos Judiciais Devolvidos	226
Inquéritos Policiais Recebidos	278

Inquéritos Policiais Devolvidos	256
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	1374
Inquéritos Cíveis em Andamento	77

PROMOTORIAS DE DEFESA DA ORDEM URBANÍSTICA

Ações Cíveis / Penais	44
Arquivamentos	26
Audiências / Sessões	775
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	1121
Ciências / Baixas	997
Recursos	22
Outras Promoções	1391
Processos Judiciais Recebidos	496
Processos Judiciais Devolvidos	501
Inquéritos Policiais Recebidos	958
Inquéritos Policiais Devolvidos	960
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	576
Inquéritos Cíveis em Andamento	18

PROMOTORIAS DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ações Cíveis / Penais	89
Arquivamentos	446
Audiências / Sessões	534
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	3843
Ciências / Baixas	851
Recursos	160
Outras Promoções	1706
Processos Judiciais Recebidos	540
Processos Judiciais Devolvidos	518
Inquéritos Policiais Recebidos	909
Inquéritos Policiais Devolvidos	879
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	791
Inquéritos Cíveis em Andamento	125

PROMOTORIAS DE DEFESA DA SAÚDE — PROSUS

Ações Cíveis / Penais	7
Arquivamentos	6
Audiências / Sessões	182
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	356
Ciências / Baixas	13
Recursos	12
Outras Promoções	488
Processos Judiciais Recebidos	5
Processos Judiciais Devolvidos	3
Inquéritos Policiais Recebidos	9
Inquéritos Policiais Devolvidos	9
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	42
Inquéritos Cíveis em Andamento	2

PROMOTORIAS DE DEFESA DOS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS
DE SAÚDE — PROVIDA

Ações Cíveis / Penais	16
Arquivamentos	74
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	280
Ciências / Baixas	68
Outras Promoções	36
Processos Judiciais Recebidos	52
Processos Judiciais Devolvidos	51
Inquéritos Policiais Recebidos	142
Inquéritos Policiais Devolvidos	109
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	10
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

NÚCLEOS DE INVESTIGAÇÃO E CONTROLE DA ATIVIDADE POLICIAL

Ações Cíveis / Penais	38
Arquivamentos	15

Audiências / Sessões	14787
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	47244
Ciências / Baixas	26539
Recursos	120
Outras Promoções	646
Processos Judiciais Recebidos	73834
Processos Judiciais Devolvidos	73426
Inquéritos Policiais Recebidos	1460
Inquéritos Policiais Devolvidos	1460
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	2
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA — MATÉRIA CÍVEL

Ações Cíveis / Penais	7796
Arquivamentos	13501
Audiências / Sessões	20228
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	55802
Ciências / Baixas	89001
Recursos	1868
Outras Promoções	1075
Processos Judiciais Recebidos	94538
Processos Judiciais Devolvidos	93849
Inquéritos Policiais Recebidos	70505
Inquéritos Policiais Devolvidos	70175
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	248
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA — MATÉRIA CRIMINAL

Ações Cíveis / Penais	18
Arquivamentos	1360
Audiências / Sessões	920
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	2275

Ciências / Baixas	1438
Recursos	1
Outras Promoções	7
Processos Judiciais Recebidos	4792
Processos Judiciais Devolvidos	4955
Inquéritos Policiais Recebidos	66
Inquéritos Policiais Devolvidos	66
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	0
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA — MATÉRIAS CÍVEL E CRIMINAL

Ações Cíveis / Penais	12
Arquivamentos	216
Audiências / Sessões	18
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	1276
Ciências / Baixas	1217
Recursos	1
Outras Promoções	3
Processos Judiciais Recebidos	2703
Processos Judiciais Devolvidos	2633
Inquéritos Policiais Recebidos	174
Inquéritos Policiais Devolvidos	173
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	0
Inquéritos Cíveis em Andamento	0

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA — MATÉRIA ELEITORAL

Ações Cíveis / Penais	12
Arquivamentos	216
Audiências / Sessões	18
Promoções em PJ, IP, IC e PIP	1276
Ciências / Baixas	1217
Recursos	1

Outras Promoções	3
Processos Judiciais Recebidos	2703
Processos Judiciais Devolvidos	2633
Inquéritos Policiais Recebidos	174
Inquéritos Policiais Devolvidos	173
Procedimentos de Investigação Preliminar em Andamento	0
Inquéritos Cíveis em Andamento	0