



Boletim

IMPRESSO

PORTE PAGO
DR/GO
ISR 67 128/87



INFORMATIVO DA ASSOCIAÇÃO GOIANA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - GOIÂNIA, MAIO/JULHO/97 - ANO XV - Nº 103

“A coletividade reclama um Ministério Público institucionalmente independente, socialmente militante e juridicamente atuante”

MINISTRO CELSO DE MELLO, PRESIDENTE DO STF

EDITORIAL

Neste mês de agosto, quando a AGMP comemorará 30 anos de fundação, terão prosseguimento as discussões e votações acerca das reformas constitucionais. Conquanto as alterações já votadas não comprometam a autonomia do Ministério Público, são preocupantes as inovações aprovadas para todos os servidores, na reforma previdenciária, sobretudo aquelas relativas às futuras pensões e à integra-

lidade dos proventos, na oportunidade de sua concessão.

Também aguarda-se com apreensão os julgamentos, no plano estadual, das ações mandamentais coletivas propostas pela AGMP na defesa de seus associados, para que restem definitivamente suspensos os descontos questionados, dando fim aos prejuízos sofridos por todos.

Vigilante por um lado, nossa associação regozija-se, por outro, na tranquilidade do dever cumprido;

dever cumprido por toda uma classe que, vigorosa e operante, segue na tarefa de promoção de justiça com uníssono empenho, iluminado pela sabedoria dos que se agigantam ainda mais ao crescer o próximo em permanentemente compartilhar.

30 ANOS DE REALIZAÇÕES E LUTAS - Haveremos de comemorá-los juntos e sempre firmes, tanto no inconformismo necessário, quanto na disposição para os bons combates em prol da justiça.

5º Encontro dos Ministérios Públicos do Centro-Oeste

27 A 29 DE AGOSTO/97 - PALÁCIO POPULAR DA CULTURA CAMPO GRANDE - MS



Guaycuru, o índio cavaleiro, um dos primeiros habitantes do Pantanal. Guerreiro, representa a tenacidade e a força de um povo. O Sol, colorido, típico das tardes na região Centro-Oeste, representa a esperança. Assim é o Ministério Público

A AGMP estará organizando a viagem para os participantes do evento, em ônibus leito, com passeio em Ponta Porã nos dias 30 e 31. Maiores informações e inscrições na Sede da Associação. Participe!

Legitimidade para questionar aumento de mensalidade escolar

2

Legalidade do aborto terapêutico e humanitário

4

Infração Administrativa - ECA - Conselho Tutelar - Irregularidade de representação

6

Arrazoado em ação indenizatória

7

Razões do recurso em sentido estrito

8

Varas de Assistência Judiciária - Inconstitucionalidade

10



Legitimidade para questionar aumento de mensalidade escolar

Recurso especial Estado de Goiás
Base legal: Art. 105, III, "a" e "c", CF - Contrariedade aos arts. 1º, II, e 5º da Lei 7.347/85 e arts. 81 e 82, I, da Lei 8.078/90.
Recorrente: Ministério Público
Recorrida: Universidade Luterana do Brasil.

Colendo Tribunal,

I. Dos fatos e do direito:

1. O Ministério Público do Estado de Goiás, no exercício de sua função institucional (art. 127 e 129, III, CF), propôs Medida Cautelar preparatória de Ação Civil Pública, em desfavor da **Universidade Luterana do Brasil** objetivando anular aumento abusivo da mensalidade escolar, majorado unilateralmente pela escola, em desconformidade com a vigente Medida Provisória de nº 932/95.

2. Ao apreciar a inicial, o MM. Juiz de primeiro grau indeferiu-a, sob o argumento de ser o Ministério Público parte ilegítima para a propositura da medida em causa, julgando-o carecedor da ação.

4. Não se conformando, o Ministério Público apela para o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, enfatizando ser parte legítima ao teor das disposições constantes dos artigos 81 e 82, I, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), invocando ainda os artigos 127, 129, III, da Constituição Federal e art. 6º da Medida Provisória nº 932/95.

Na oportunidade, assevera estar o Ministério Público legitimado, para a defesa não só dos interesses difusos e coletivos, mas, também, dos interesses individuais homogêneos.

5. Ouvida a Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, o Eg. Tribunal desacolhe a sua manifestação para manter, por seus próprios fundamentos, a R. Sentença Monocrática.

Eis o teor da Ementa:

"EMENTA: Ação civil pública. Mensalidades escolares. Reajuste ilegal. Ilegitimidade do Ministério Público. "Não tem legitimidade o Ministério Público para a propositura de ação civil pública, que tem por

fim a defesa de direitos disponíveis ou de interesses genuinamente privados, como é o caso das mensalidades escolares, visto que os serviços assumidos pela escola particular servem para determinado grupo específico e não universal, que deles se utiliza mediante contrato e pagamento.

Apelo conhecido e improvido, à unanimidade de votos".

O V. Voto conclui-se contra legis, mantendo a R. Sentença vergastada. Vejamos:

"Estabelece a Constituição da República em seu artigo 127 que 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".

Mais adiante, a Lei Magna ao deferir as funções institucionais do parquet, dispõe que, no interesse à espécie, a este cabe "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (artigo 129, inciso III).

Em harmonia com tais preceitos é que devem ser interpretados os dispositivos da Lei nº 7.347/85, disciplinadora da ação civil pública, bem como os preceitos do denominado Código de Defesa do Consumidor que são aplicáveis, por força do artigo 27 da referida Lei nº 7.347, à proteção dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais.

A defesa, in casu, é de um grupo de alunos, de um determinado estabelecimento de ensino particular e não de interesses ou direitos coletivos que pudessem ser defendidos, pelo Parquet.

O Ministério Público, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbe-lhe "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis ex vi do disposto no artigo 1º, da Lei nº 8.625/93.

Cumprido observar que o caso examinado não se en-

quadra em nenhuma das hipóteses preconizadas nas normas integrantes do novo ordenamento jurídico.

O Dr. Promotor de Justiça, como bem sustenta na sua peça de inconformação, diz estar protegendo "interesse individual homogêneo", o qual no meu entender, afasta por completo, a sua legitimidade para propor ação civil pública.

"Ao teor dessas considerações, concluo que o Ministério Público não tem legitimidade para a propositura da medida cautelar inominada, preparatória para a ação civil pública, eis que, in casu, o direito tutelado não corresponde ao definido pelo art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, razão porque merece ser confirmada a sentença recorrida".

II. Do cabimento do recurso

1. É cabível o presente Recurso com base nas alíneas "a" e "c", do inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal, senão vejamos:

"Art. 105 - Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.
c) der a lei federal, interpretação diversa da que lhe haja dado outro tribunal".

2. Satisfeitos que se encontram os requisitos genéricos da tempestividade, legitimidade, interesse e adequação, e, ainda, os específicos de última instância e do pre-questionamento, resta demonstrar a contrariedade à lei federal e o dissídio jurisprudencial, o que faz, na forma seguinte:

a) Da contrariedade à Lei Federal.

1. A contrariedade aos artigos indicados é patente e frontal. Ela se registra no fato de ter o V. Acórdão negado legitimidade ao Ministério Público, enquanto os dispositivos legais expressamente o declaram legítimo. Vejamos:

"Art. 1º Regem-se pelas

disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

II - ao consumidor;"

"Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que..."

"Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesse ou direitos, difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - Interesses ou direitos coletivos assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

"Art. 82 - Para fins do art. 100, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - O Ministério Público;

...(Lei 8.78/90 - sublinhou-se) Segundo anotação de Juares de Oliveira a remissão ao artigo 100, parágrafo único, é errônea e quis referir-se ao artigo 81, parágrafo único, onde trata da defesa coletiva dos consumidores. Razão lhe assiste, eis que o parágrafo único do artigo 100 não tem pertinência com legitimidade, e o art. 92 do mesmo Código de Proteção e Defesa do Consumidor ratifica a competência do Ministério Público para a propositura da ação coletiva, quando dispõe:

"O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará

Boletim

ASSOCIAÇÃO
GOIANA DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Rua T-29, esq/ T-9 nº 1758 -
Setor Bueno - Cep: 74215-050 -
Fone: (062) 285-6660 - Fax:
(062) 251-1798 - Goiânia - Goiás

Presidente:

Drª Ivana Farina

1º Vice-presidente:

Dr. Benedito Torres Neto

2º Vice-presidente:

Dr. Pedro Tavares Filho

1º Secretário:

Dr. Aylton Flávio Vechi

2º Secretário:

Dr. Mozart Brum Silva

1ª Tesoureira:

Drª Marilda Helena Vasconcelos

2ª Tesoureira:

Drª Yara Alves Ferreira e Silva

Relações Públicas:

Drª Nilma Mª Neves Dias do Carmo

CONSELHEIROS TITULARES

Dr. Marinho Borges Carvalho

Dr. Reynaldo Edreira Martins

Dr. Alciomar Aguinaldo Leão

Conselheiros Suplentes

Dr. Altamir Rodrigues Vieira Júnior

Drª Ilona Maria Christian de Sá

Drª Carla Fleury de Souza

Diretórias Adjuntas

Diretoria do Sampa

Dr. João Lacerda Jubé

Diretoria Social

Drª. Anna Paula Alves David

Diretoria de Patrimônio:

Dr. Ário Augusto de Brito

Diretoria Cultural:

Dr. Rodolfo Pereira Lima Júnior

Diretoria de Assuntos

Institucionais:

Drª Myrthes de Almeida

Guerra Marques

Diretoria de Esportes:

Dr. Carlos Alexandre Marques

Diretoria de Turismo:

Drª Maria Thereza de Araújo Costa

INFORMATIVO DA
ASSOCIAÇÃO GOIANA
DO MINISTÉRIO
PÚBLICO

Ministério Público, o
defensor do povo e fiscal
da transparência
democrática

Nosso endereço na Internet:
agmp@persogo.com.br



o Ministério Público legitimado, para a defesa não só dos interesses difusos e coletivos, mas, também, dos interesses individuais homogêneos

RECURSO ESPECIAL

sempre, como fiscal da lei”.

E o Superior Tribunal de Justiça já manifestou a respeito. Eis a anotação constante do Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Theotônio Negrão, 26ª Edição - SARAIVA - pág. 821:

“Todavia, acórdão em RSTJ 54/280 sustenta que “o sistema consagrado na Lei n. 8.078/90 outorga legitimidade às pessoas jurídicas arroladas no art. 82 para o exercício da ação coletiva - não somente para a liquidação e execução da sentença dela resultante” (P. 283, 2ª col. “in fine”).”

2. O Acórdão recorrido contraria, também, o texto expresso da lei, quando, reconhecendo trata-se de defesa de direitos individuais homogêneos, nega a legitimidade do Ministério Público. Vejamos:

“O Dr. Promotor de Justiça, como bem sustentava em sua peça de inconformação, diz estar protegendo interesse individual homogêneo, o qual no meu entender, afasta, por completo, a sua legitimidade para propor ação civil pública.” (fls. 69 - sublinhou-se)

Data venia, tal decisão afronta textualmente o retrocitado art. 82, I, c/c art. 81 Parágrafo único, II e III, da Lei 8.078/90, eis que, ali, se permite a defesa coletiva tanto do direito coletivo como do individual homogêneo, em ação proposta pelo Ministério Público. Isto torna, inclusive, de some-nor importância definir o interesse em jogo, já que o coletivo, como individual homogêneo, podem ser defendidos por meio de ação em causa.

É despidendo consumir-se em longos e enfadonhos arrazoados, quando a Colenda Corte *ad quem*, de forma simples e concisa, já externou o seu entendimento. Entendimento esse que representa a interpretação autorizada do texto legal:

“Ementa

Ação civil Pública. Interesses coletivos. Legitimidade ativa. Ministério Público. Anuidade escolar.

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública, na defesa de interesses coletivos da comunidade de pais e alunos de estabelecimento escolar, visando a fixação da anuidade escolar.

Recurso conhecido e provido.” (REsp. 38.176-2 MG - DJU 18.09.95, pág. 29967).

Ou:

“Ementa

Ação Civil Pública. Ministério Público.

Legitimidade tem o Ministério Público para a ação civil pública em prol de interesses coletivos da comunidade de pais e alunos de estabelecimento de ensino.

Recurso Especial Atendido. Unânime” (REap. n.º 39.757 - 0/MG - Rel. Min. Fontes de Alencar - DJU de 24.04.95, pág. 10.406, 1ª coluna)

Estes dois V. Julgados fundamentam-se nos termos seguintes:

“O v. acórdão recorrido, ao reconhecer a ilegitimidade do autor negou vigência ao disposto no artigo 82, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, que atribuiu ao Ministério Público legitimidade para promover a defesa dos interesses e direitos dos consumidores em juízo, através de ação coletiva, sejam eles interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, assim como definidos no parágrafo único do art. 81.

Curioso é que o V. Acórdão recorrido, para contrariar conscientemente as disposições legais, invoca o teor dos artigos 127 e 129, III, da Constituição Federal. Temas esses invocados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, com sentido diametralmente oposto, para reafirmar a legitimidade do Ministério Público. Vejamos:

“No plano constitucional, a Lei Maior atribuiu ao Ministério Público “promover o inquérito e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio Público e social do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). Ainda prescreveu que a ordem econômica está fundada, entre outros, no princípio de defesa do consumidor (art. 170, inciso V), e que o ensino sendo livre à iniciativa privada, está condicionado ao cumprimento das normas gerais da educação nacional (artigo 209).”

Trata-se, no caso, de ação coletiva proposta para a defesa do interesse da comunidade de pais e alunos do Colégio Arnaldo, com o propósito de impedir o aumento das mensalidades escolares. O interesse defendido é coletivo, assim como definido no artigo 81, parágrafo único, inciso II, do CDC; “interesses transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Discorrendo sobre eles, e acentuando a diferença com os interesses difusos, escreveu Kasuo Watanabe: “Nas duas modalidades de interesses ou direitos coletivos, o traço que os diferencia dos interesses ou relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.” (“Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, p. 506)”. Na mesma linha deste precedente, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a ilegitimidade do Ministério Público Estadual, anulando as decisões proferidas nas instâncias ordinárias, para que outras sejam proferidas.”

O eminente Ministro Barros Monteiro, em votovista, ao acompanhar o V. voto, assim manifestou:

“Atento ao que reza a Lei 8.078, de 11.9.90, em seus arts. 81, inc. II, e 82, inc. I, não tenho dúvidas em acompanhar o pronunciamento de v. exa. É que o interesse da comunidade de pais e alunos, no que concerne ao eventual aumento abusivo das mensalidades escolares, é coletivo, tal como definido no art. 81, n.º II, do citado “Código de Proteção e Defesa do Consumidor”, in verbis:

II - interesse ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas

entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”

E, o Sapientíssimo Ministro Sálvio de Figueiredo:

“Conheço do recurso e lhe dou provimento para por ter por legitimado o Ministério Público para a ação civil pública no tema relacionado ao aumento de mensalidades escolares, na linha dos votos que já proferi anteriormente”.

No mesmo sentido, e também escorando-se em seu precedente, votou o Inclito Ministro Torreão Braz.

c) demonstração dos pontos de divergência entre os acórdãos:

Desnecessário maiores exercícios para demonstrar o dissídio jurisprudencial. Ele se sobressai clara e inofismavelmente das conclusões dos V. Acórdãos confrontados.

Enquanto o V. Aresto paradigma tem por legítimo o Ministério Público para a defesa coletiva dos interesses dos pais e alunos da escola particular, relativamente ao aumento abusivo de mensalidades, entendendo configurar interesse coletivo, o V. Acórdão recorrido, dá-o por ilegítimo, entendendo tratar-se de direito individual homogêneo.

Para satisfazer os analistas mais exigentes, transcreve parte dos Acórdãos:

“Na mesma linha deste precedente, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a ilegitimidade do Ministério Público Estadual, anulando as decisões proferidas nas Instâncias ordinárias, para que outras sejam proferidas.” (Paradigma)

“A defesa, in casu, é de um grupo de alunos, de um determinado estabelecimento de ensino particular e não de interesse ou direitos coletivos ou individuais homogêneos que pudessem ser defendidos pelo Parquet.” (Acórdão Recorrido)

d) Demonstração dos pontos de coincidência entre os casos julgados:

Igualmente, não há necessidade de demonstração de pontos de coincidência entre os casos julgados, posto que vê-trem-se de casos absolutamente idênticos.

Somente por amor à forma e ao atendimento dos requisitos processuais, para tanto, transcreve-se pequenos trechos dos respectivos relatórios:

“O Ministério Público de Minas Gerais ingressou com ação civil pública contra o Centro de Estudo Supletivo PROMOVE, objetivando impedir que o estabelecimento aumentasse indevidamente o valor de suas mensalidades escolares.

“O MM Juiz, ao proferir sentença julgou o autor carecedor de ação por ilegitimidade ativa “ad causam”, confirmada a decisão pela Eg. Sexta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

O Ministério Público Estadual manifesta recurso especial com fulcro no art. 82, inciso I, da Lei n.º 8.078/90, sustentando ser parte legítima para atuar na defesa coletiva dos alunos vinculados a estabelecimentos escolares por meio de ação civil pública.” (Acórdão Paradigma)

entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”

E, o Sapientíssimo Ministro Sálvio de Figueiredo:

“Conheço do recurso e lhe dou provimento para por ter por legitimado o Ministério Público para a ação civil pública no tema relacionado ao aumento de mensalidades escolares, na linha dos votos que já proferi anteriormente”.

No mesmo sentido, e também escorando-se em seu precedente, votou o Inclito Ministro Torreão Braz.

c) demonstração dos pontos de divergência entre os acórdãos:

Desnecessário maiores exercícios para demonstrar o dissídio jurisprudencial. Ele se sobressai clara e inofismavelmente das conclusões dos V. Acórdãos confrontados.

Enquanto o V. Aresto paradigma tem por legítimo o Ministério Público para a defesa coletiva dos interesses dos pais e alunos da escola particular, relativamente ao aumento abusivo de mensalidades, entendendo configurar interesse coletivo, o V. Acórdão recorrido, dá-o por ilegítimo, entendendo tratar-se de direito individual homogêneo.

Para satisfazer os analistas mais exigentes, transcreve parte dos Acórdãos:

“Na mesma linha deste precedente, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a ilegitimidade do Ministério Público Estadual, anulando as decisões proferidas nas Instâncias ordinárias, para que outras sejam proferidas.” (Paradigma)

“A defesa, in casu, é de um grupo de alunos, de um determinado estabelecimento de ensino particular e não de interesse ou direitos coletivos ou individuais homogêneos que pudessem ser defendidos pelo Parquet.” (Acórdão Recorrido)

d) Demonstração dos pontos de coincidência entre os casos julgados:

Igualmente, não há necessidade de demonstração de pontos de coincidência entre os casos julgados, posto que vê-trem-se de casos absolutamente idênticos.

Somente por amor à forma e ao atendimento dos requisitos processuais, para tanto, transcreve-se pequenos trechos dos respectivos relatórios:

“O Ministério Público de Minas Gerais ingressou com ação civil pública contra o Centro de Estudo Supletivo PROMOVE, objetivando impedir que o estabelecimento aumentasse indevidamente o valor de suas mensalidades escolares.

“O MM Juiz, ao proferir sentença julgou o autor carecedor de ação por ilegitimidade ativa “ad causam”, confirmada a decisão pela Eg. Sexta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

O Ministério Público Estadual manifesta recurso especial com fulcro no art. 82, inciso I, da Lei n.º 8.078/90, sustentando ser parte legítima para atuar na defesa coletiva dos alunos vinculados a estabelecimentos escolares por meio de ação civil pública.” (Acórdão Paradigma)

“O Ministério Público, através do ilustre Dr. Promotor de Justiça, com atuação na Comarca de Itumbiara, propôs a presente ação cautelar inominada preparatória para a ação civil pública, em desfavor da Universidade Luterana do Brasil, objetivando a suspensão da cobrança da mensalidade escolar ilegalmente reajustada por essa Casa de Ensino Superior, com vencimento em 31.03.95.

“O douto dirigente processual, usando da faculdade que lhe confere os artigos 295, inciso II, e 267, inciso VI, do Estatuto Processual Civil, “indeferiu a presente ação cautelar inominada”, por ser o Ministério Público parte ilegítima para propô-la e julgou-o carecedor do direito à ação (f. 25 usque 31). “(V. Acórdão Recorrido)”

Vê-se tratarem de casos absolutamente idênticos. A única diferença entre um e outro registra-se no fato irrelevante de que, no presente, propôs-se ação cautelar preparatória, enquanto que, no paradigma, foi proposta diretamente a ação civil pública. Tal circunstância não importa, eis que a legitimidade para a ação preparatória cautelar há que ser reconhecida àquele que a tem para a ação principal.

III Das razões do pedido de reforma

1. Demonstrado ser cabível o Recurso Especial, eis que, entre outros, está presente o requisito relativo à contrariedade à lei federal, por esse mesmo motivo deve o V. Acórdão ser reformado para restabelecer a ordem legal.

2. De outro lado, comprovado que está o Dissídio Pretoriano, cumpre à Elevada Corte acolher o recurso e firmar a sua orientação quanto à interpretação legal que deve ser dada aos dispositivos invocados.

VI. Do pedido

Pelo exposto, requer o Ministério Público do Estado de Goiás ao Eminente Ministro e à Colenda Turma, a quem couber o recebimento e o conhecimento do presente Recurso e de quem invoca melhores suplementos, que o admita, dele conheça e lhe dê provimento, para reformar o V. Acórdão recorrido e restabelecer a ordem legal, determinando que julguem o mérito da ação *subjudice*.

Nestes termos,

Pede Deferimento.

Goiânia (GO), 09 de outubro de 1995.

MARIA DO CARMO DOMINGOS TAUFICK
Procuradora de Justiça

DECISÃO:

Resp 100311/GO (960042219-2) - Relator:

Min. César Asfor Rocha
Recte: Ministério Público do Estado de Goiás
Recdo: Universidade Luterana do Brasil - ULBRA
A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso de deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Relator.
(pub. DJU, de 07/05/97)



Legitimidade tem o Ministério Público para a ação civil pública em prol de interesses coletivos da comunidade de pais e alunos de estabelecimento de ensino

Legalidade do aborto terapêutico e humanitário

Processo: 14792241.
Natureza: Representação.
Requerentes: Regional Centro-Oeste CNBB e outros.
Objeto: Lei Municipal 7.488/95.

I - Relatório

Trata-se de petição formulada pela Regional Centro-Oeste CNBB e outros com a finalidade de requerer "a promoção, com pedido liminar, perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE para a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal, do Município de Goiânia".

A Lei Municipal objeto do requerimento é a Lei 7.488, de 19 de outubro de 1995, que dispõe o seguinte:

Art. 1º. A mulher vítima de estupro ou risco de vida por gravidez de alto risco, ficam garantidos assistência à saúde, psicológica e amparo jurídico, e o direito de interromper a gravidez, em cumprimento ao artigo 128, do Código Penal Brasileiro, em unidades hospitalares do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo Único - A assistência à saúde da mulher, psicológica e amparo jurídico, e o direito de interrupção da gravidez será gratuita.

Art. 2º. Para usufruir dos benefícios estabelecidos nesta lei, a mulher vítima do estupro deverá apresentar junto as unidades hospitalares do SUS, a cópia do registro de ocorrência policial e autorização por escrito firmada pela própria gestante ou representante legal nos casos de incapacidade.

Art. 3º. A mulher com risco de vida por gravidez de alto risco, deverá apresentar à unidade de saúde e atendimento, diagnóstico, por escrito, do médico responsável pela paciente.

Art. 4º. Será assegurado a capacitação multiprofissional no atendimento à paciente, além de equipamentos que deem segurança e bom atendimento previstos no art. 1º.

Parágrafo único - A capacitação multiprofissional a que se refere o referido artigo será de atendimento exclusivo aos casos de interrupção da gravidez.

Art. 5º. O Poder Executivo fica autorizado a realizar convênios para implantação dos serviços de atendimento a que se refere a presente lei.

Parágrafo Único - Os convênios a serem realizados pelo Poder Executivo, de que trata o caput deste artigo, serão firmados exclusivamente com o Sistema Único de Saúde - SUS.

Alegam os requerentes:

1. A ação direta de inconstitucionalidade é o meio adequado para a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal, sendo o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás competente para o processo e julgamento.

2. A lei municipal 7.488 afronta o art. 5º, caput, da Constituição Federal.

3. Não existe a figura do aborto legal. O art. 128 do Código Penal tão somente não pune o aborto em duas situações, porém, não dispõe que não seja crime a figura típica.

4. Nas situações previstas, para que não haja pena, deve o fato ser reconhecido por sentença judicial, e não na forma simplista do art. 2º da malsinada lei, que exige tão somente o registro de ocorrência policial.

II Preliminar

II.1. Impossibilidade de propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Prendem os requerentes que o Ministério Público do Estado de Goiás proponha ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal perante o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás em virtude de afronta à Constituição Federal.

Dispõe a Constituição Federal:



Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

A Constituição Estadual preceitua:

...

Art. 46. Compete privativamente ao Tribunal de Justiça:

VIII - processar e julgar originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face desta Constituição e os pedidos de medida cautelar na mesma.

Art. 60. A ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face desta Constituição, pode ser proposta... pelo Procurador-Geral de Justiça

...

Pelo exposto percebe-se claramente que:

a) não possui o Procurador-Geral de Justiça atribuição para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal;

b) da mesma forma não tem o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás competência para processar e julgar a precitada ação, sob pena de usurpação da competência do STF.

Outrossim, possível, em tese, a ação direta se houvesse em nossa Constituição Estadual norma afrontada pela lei municipal.

Entretanto, a própria Constituição Estadual dispõe expressamente sobre o atendimento combatido pelos requerentes.

Art. 153. Ao sistema unificado e descentralizado de saúde compete, além de outras atribuições;

XIV - garantir à mulher vítima de estupro, ou em risco de vida por gravidez de alto risco, assistência médica e psicológica e o direito de interromper a gravidez, na forma da lei, e atendimento por órgãos do sistema.

Não há desta forma inconstitucionalidade da lei municipal quando em confronto com a Constituição Estadual, impedindo de plano, repita-se, a providência solicitada pelos requerentes.

III - Mérito

III.1 Natureza da norma prevista no artigo 128 do Código Penal:

Não obstante convencido do posicionamento anterior, o que conceitualmente evitaria a análise do mérito da questão, constitucionalidade ou não da lei municipal, são necessárias pela natureza do presente parecer algumas considerações, de conteúdo estritamente jurídico, sobre o núcleo do requerimento.

Como é cediço, a legislação pátria incrimina o aborto (utilizaremos o termo aborto indistintamente, mesmo quando relacionado ao ato de abortar - abortamento), conforme artigos 124, 125, 126 e 127, Código Penal.

Historicamente, vê-se que épocas se passaram e diversos foram os posicionamentos quanto ao aborto, ora não punindo (antigo Oriente e Grécia) ora equiparando ao homicídio, com consequente cominação da pena de morte (França, em determinada época).

O direito pátrio, por sua vez, sempre incriminou o aborto - Código Criminal do Império e Código Penal de 1890.

O código atual mantém a tipificação do fato como crime, prevendo, entretanto, ao lado de normas incriminadoras específicas, tipos permissivos constantes no artigo 128.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Denominam respectivamente aborto terapêutico ou necessário e aborto sentimental ou humanitário.

No primeiro caso, aborto terapêutico, são requisitos para sua configuração:

a) que a vida da gestante, e não apenas sua saúde, corra perigo;

b) que não haja outro meio de salvá-la.

No segundo caso, aborto sentimental que, diga-se, foi motivo de grandes discussões por ocasião da Primeira Grande Guerra, quando mulheres de países ocupados foram vítimas de violência sexual por parte dos homens das tropas invasoras, encontramos os seguintes requisitos:

a) gravidez resultante de estupro com violência real ou presumida (lembre-se que a maioria dos juristas entende possível nos casos de atentado violento ao pudor e, com menor aceitação, se resultante a gravidez da prática de qualquer fato tipificado como crime contra os costumes).

b) prévio consentimento da gestante ou de seu representante legal.

Inicialmente, em vista do requerimento originador deste parecer, obri-

gatório avaliarmos algumas questões de natureza doutrinária.

A primeira delas refere-se ao possível cometimento de crime por gestante e médico que se encontrem nas situações descritas no artigo em estudo, ou seja, se há prática de fato típico e antijurídico.

Neste ponto, admitimos que uma leitura desavisada da terminologia constante no artigo - não se pune o aborto - poderia levar a uma errônea conclusão de se tratar de causa de exclusão de culpabilidade ou extinta da punibilidade, o que, indelevelmente, levaria a acreditar na existência de fato típico e antijurídico - crime, conforme teoria finalista da ação.

Entretanto, o estudo da matéria indica tratar-se de tipos que excluem a ilicitude.

No aborto terapêutico temos caso particular de estado de necessidade que se não fosse expresso poderia beneficiar a gestante e o próprio médico pela norma geral do artigo 24 do Código Penal.

No aborto sentimental vários autores - entre eles Magalhães Noronha - igualmente entendem configurada - como caso particular - a mesma exclutiva, seguindo ensinamento de Manzini, citado por Alberto Silva Franco.

"Como bem nota MANZINI, VII/536, seria inumano constranger uma mulher que já sofreu o dano da violência carnal, a suportar também o da gravidez, mesmo porque a ordem jurídica não pode se opor à remoção das consequências imediatas e iminentes de um crime. Entende o grande penalista que o aborto pode ser em tal caso justificado pelo estado de necessidade, reconhecendo o perigo de grave dano à pessoa, em faces das consequências morais, familiares e sociais do parto".

Sendo ou não estado de necessidade, da inicial discussão sobre a terminologia utilizada pelo código sobressaiu posição inquestionável tomada pelo legislador, e que deve prevalecer, no sentido de não configurar crime a conduta de considerar a norma do art. 128.

Magalhães Noronha explica de forma interessante o assunto.

"Segundo cremos, não é das mais felizes a redação do art. 128. Se o fundamento do inciso I é o estado de necessidade, e o do II, ainda o mesmo estado, conforme alguns, ou a prática de um fato lícito, não nos parece que na técnica do Código se devia dizer 'Não se pune...' Dita frase pode levar à conclusão de que se trata de dirimente

ou de escusa absolutória, o que seria insustentável. Em tal hipótese, a enfermeira que auxiliasse o médico, no aborto, seria punida. Nos incisos do art. 128, o que desaparece é a ilicitude ou a antijuridicidade do fato, e, consequentemente, devia dizer-se: 'Não há crime'.

O preclaro JOSÉ FREDERICO MARQUES contesta nossa ponderação, emprestando-nos ilação que não tiramos. O que dissemos é que, considerando sua técnica, a lei, com a expressão 'Não se pune...' pode levar à conclusão de se tratar de dirimente: não dissemos leva. Mais de uma vez, entretanto, escrevemos que se trata de exclusão de ilicitude".

Tal entendimento encontra ressonância entre os juristas pátrios.

Nelson Hungria, membro da Comissão revisora do Código Penal de 1940, explica:

"A questão do aborto terapêutico foi resolvida pelo nosso legislador penal com critérios de política criminal, e não com princípios da religião católica. Trata-se de um caso especialmente destacado de estado de necessidade. A riscar-se o art. 128 do Código Penal, ter-se-iam de riscar, também, os arts. 19, nº I, 20 e 146§ 3º, I. Ainda que não tivesse sido explicitamente declarada a licitude penal do aborto terapêutico, nenhum juiz deixaria de incluí-lo na casuística do necessitas caret legem. Tem-se discutido se o aborto necessário é um caso de estado de necessidade ou legítima defesa. Por esta última solução inclinava-se MARCHAND, impugnando o reconhecimento do estado de necessidade, pela prevalência do valor social do nascituro sobre a mãe (...). Ora, sobre ser discutível este ponto de vista de maior valia social do nascituro, o conceito de estado de necessidade, na sua evolução, despreendeu-se do critério de preferência pelo mal menor. Por outro lado, não se pode falar em legítima defesa onde não há uma agressão injusta. Atualmente, os códigos em geral autorizam o aborto necessário, quer como um caso especial de estado de necessidade, quer como um corolário da regra geral sobre essa discriminatória.

Outra modalidade de aborto legal é da mulher engravidada em razão do estupro. Costuma-se chamá-lo aborto sentimental: nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida



Se à gestante com recursos econômicos é possível o acesso seguro aos hospitais privados para a prática do aborto em conformidade com a lei penal, resta ao Poder Público sair da inércia e igualmente possibilitar que o mesmo caminho seguro possa ser seguido pela gestante carente nos casos idênticos direito à igualdade.

PARECER

da. Segundo BINDING, seria profundamente iníqua e terrível exigência do direito, de que a mulher suporte o fruto de sua involuntária desonra”.

Os ilustres Professores Mirabete e Damásio de Jesus igualmente afirmam:

“Prevê o artigo 128 casos de aborto legal, quando ocorrem circunstâncias que tornam lícita a prática do fato. (...) São causas excluídas da criminalidade, embora a redação do dispositivo pareça indicar causas de ausência de culpabilidade ou punibilidade”.

“A disposição não contém causa de exclusão da culpabilidade, nem escusas absolutórias ou causas extintivas da punibilidade. Os dois incisos contêm causas de exclusão da antijuridicidade. Note-se que o CP diz que ‘não se pune o aborto’. Fato impunível em matéria penal, é fato lícito. Assim, na hipótese de incidência de um dos casos do art. 128, não há crime por exclusão da ilicitude”.

A própria Exposição de Motivos do Código Penal afirma que “mantém o projeto a incriminação do aborto, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o aborto necessário, ou em caso de preñez resultante de estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social individual, o que o legislador penal não pode deixar de atender.

Corolário do acima constante, à primeira indagação respondemos de forma negativa: NÃO PRATICAM CRIME GESTANTE E MÉDICO QUE SE ENCONTREM NAS HIPÓTESES DO ARTIGO 128 DO CÓDIGO PENAL.

III.2. OS REQUISITOS LEGAIS E A AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Para correta análise da matéria em comento é necessário observar a natureza dos tipos permissivos - excluídos de ilicitude - e a previsão expressa dos requisitos que os configuram.

Com tais dados, simples será verificar que, salvo previsão expressa em contrário, inexistente no Código Penal em vigor, não será exigível tal autorização para a prática da excluído-juridicamente entendemos dispensável inclusive a necessidade de cópia do registro de ocorrência policial prevista no art. 2º da Lei Municipal 7. 488/95, embora, saliente-se, compreendemos tal exigência que, por sua natureza, não impedirá que se alcance a finalidade da norma legal.

Socorremo-nos do brilhante ensinamento, por certo o melhor sobre a matéria, dos Professores Geraldo Batista de Siqueira, Mirthes de Almeida Guerra Marques e Jorge Gabriel Moisés:

Ocorre exclusão de ilicitude, exclusão especial, quando o aborto é praticado por médico e não há outro meio de salvar a vida da gestante. É o chamado aborto terapêutico ou necessário, cujos limites confirmam com a necessidade de salvar a vida da gestante.

Já o aborto por indicação ética, o conhecido aborto sentimental ou humanitário, têm a exclusão da ilicitude condicionada ao requisito do consentimento prévio da gestante ou de seu representante legal, quando a mesma for incapaz de consentir.

O aborto necessário, provocado por médico para salvar a vida da gestante, à míngua de outro recurso, não suscita, na doutrina nem na jurisprudência, qualquer indagação a respeito da necessidade de consentimento ou autorização de alguém para sua realização. A problemática suscitada por esse requisito prévio, necessário ou não ao aperfeiçoamento do tipo permissivo, surge, apenas, a partir do aborto realizado para interrupção da gravidez, resultante de estupro.

O médico que atende a mulher, quando a gravidez é resultante de Estupro, Atentado Violento ao Pudor, Posse Sexual Mediante Fraude (os dois últimos tipos de aplicação da analogia) pratica comportamen-

to típico, mas conforme o direito, quando provoca o aborto com o consentimento da gestante ou de seu representante legal.

A autorização judicial, cuja exigência a imprensa nacional tem emprestado tanto destaque nos mais variados recantos do país, é figura absolutamente alheia, estranha aos requisitos da tipicidade especial, insculpidos na moldura da norma descrita no art. 128, I e II, CP.

A vítima do crime de estupro, quando capaz, ou o seu representante legal, na hipótese contrária, postula a referida autorização judicial, o Magistrado ouve o Ministério Público, decidindo a seguir, pela autorização ou negativa da realização do aborto requerido.

Não procede, por absoluta ausência de respaldo legal, a prática forense referida. O Ministério Público, por seu Promotor de Justiça, instado a manifestar-se, deve recusar-se a fazê-lo, aproveitando, porém, a oportunidade para impugnar a competência do Juiz, dada a incompatibilidade de atuação jurisdicional do Estado. Desejo é, ao representante do Parquet, manifestou-se pela procedência ou improcedência da pretensão, por tratar-se de matéria fora da seara da jurisdição penal, em virtude de expressa disposição legal.

... O equívoco assinalado, responsável por tantas incertezas, vem possivelmente da opinião do saudoso NELSON HUNGRIA, em seus célebres comentários ao Código Penal, que afirma ser conveniente que fossem consultados o juiz e o representante do Ministério Público cuja aprovação não deveria ser recusada, desde que houvesse indícios suficientes para a prisão preventiva do acusado.

PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR limita-se, no tema, a acolher a orientação do mestre.

... A matéria concernente à necessidade ou possibilidade de autorização judicial, como condição de licitude do aborto humanitário, expressa-se através de uma redação no texto legal, que a maioria dos autores não a abordam, por inteira desnecessidade. Chega-se quase a justificar o brocado: in claris non fit interpretatio - JAMES TUBENCHLAK, na obra citada, é o mais enfático: ‘Não exige a lei, no aborto necessário, prévia comunicação ao Poder Público ou autorização judicial’. Quanto ao aborto sentimental, idem.

Dentre os autores que cuidaram, em suas obras, da autorização judicial, para negar-lhe procedência destaca-se MIRABETE pela explicitação com que encarou a matéria.

... Encerrando o tópico, a conclusão pela inexistência de autorização judicial decorre do texto explícito, indicando como pressuposto do aborto legal, apenas o consentimento da gestante ou de seu representante legal.

É questão de tipicidade, expressa com a necessária nitidez racional. A tipicidade da licitude excepcional prescinde de qualquer ato que não seja o consentimento da gestante ou de seu representante legal”.

(1A - CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM BELOM-PA TESE APROVADA.)

Possuem, entre outros, idêntico posicionamento os Professores Álvaro Mayrink da Costa e Hélio Gomes:

“O consentimento da gestante pode ser escrito ou verbal, embora para melhor segurança, o médico deva tomá-lo por escrito. Não há ne-

cessidade de autorização judicial para a prática do aborto sentimental. Aliás, observa-se que se a gestante vítima de estupro ou atentado violento ao pudor requerer, nos autos da ação penal proposta pelo órgão do Ministério Público contra o sujeito ativo do crime, aguardará tanto tempo que invalizará, sob perigo grave à sua vida, a interrupção da gravidez (estratégia utilizada pelos promotores e magistrados agilhoados a posições religiosas e retrógradas)”

“Na prática do aborto moral surgirão dificuldades. Como pôr em prática a medida? Poderá o médico provocar o aborto em face unicamente das alegações da mulher grávida? Das informações de terceiros? Deverá o médico aguardar o pronunciamento do judiciário ou que poderá acarretar o transcurso dos primeiros meses de gestação, período em que a intervenção é mais fácil?



Bastará o exame pericial atestador do crime? O que é evidente é que, tendo a lei autorizado a provocação do aborto não quererá tornar a medida inoperante, por só vir a autorizá-la tarde demais. Impõe-se uma solução”.

Cumpra ainda salientar que por absoluta falta de previsão, a eventual e impertinente decisão judicial autorizada do aborto não teria qualquer eficácia descriminalizante - assim como não tem o registro de ocorrência policial.

Em consequência, abstraímos o seguinte: a) a lei federal não exige decisão judicial para a prática do aborto subseqüente a estupro; b) a lei municipal ao prever a prescindibilidade da mencionada não fere qualquer comando legal superior;

c) nos casos em que se comprove a falsidade da alegação de estupro, mesmo registrado em ocorrência policial, incorrerão os seus autores, desde que cientes da falsidade, nas figuras típicas previstas para o crime de aborto, a depender de cada caso, o mesmo ocorrendo se provada a inexistência de risco à vida da gestante.

III. 3. DA COMPATIBILIDADE DA LEI MUNICIPAL COM O CÓDIGO PENAL E DESTES COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Analisando o requerimento, vislumbra-se que em nenhum momento se argumentou no sentido de não ter sido o artigo 128 recepcionado pela Constituição Federal - lembre-se que a norma legal anterior à Constituição Federal não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

A bem da verdade os requerentes se mostram irresignados, sob a ótica jurídica, com a lei municipal regulamentadora do atendimento à mulher nos casos em que se autoriza o aborto, admitindo, por ligação, a recepção do artigo 128, conforme se verifica na petição motivadora do presente parecer, fls.02.

“Por outro lado, não existe no Direito Brasileiro a figura do aborto legal. Não existe e nunca existiu. A figura do Art. 128 do Código Penal tão somente não se pune o aborto em

duas situações, porém, não dispõe que não seja crime a figura típica do aborto. Apenas não pune, naquelas situações, mas nunca deixa, tipicamente, de constituir crime, a figura do aborto. Depois, em tais situações, isto é, para que não haja pena, deve-se ter reconhecidas por sentença judicial, e não na forma simplista do art. 2º, da malsinada lei, que exige, tão somente, o registro de ocorrência policial. Um absurdo!”

Ora, se se discute a natureza do tipo permissivo e a necessidade de sentença judicial, claro é que o problema conforme colocado refere-se a possibilidade de atendimento pelo Poder Público à gestante e o procedimento para tal medida e não, efetivamente, sobre a recepção do art. 128 em vista da nova ordem constitucional.

Entretanto, entendemos, que melhor será a análise específica com o fim de evitar posterior questionamento sobre possível ponto omissivo neste parecer.

Dispõe o art. 5º, caput, da Constituição Federal:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade,...

Os artigos 124, 125, 126 e 127 encontram-se no Título I (Dos Crimes Contra a Pessoa). Capítulo I (Dos Crimes Contra a Vida), Código Penal.

Explica Damásio Evangelista de Jesus:

No CP brasileiro, o crime de aborto é classificado no Título “Dos Crimes Contra a Pessoa” e no capítulo “Dos Crimes Contra a Vida”. Assim, o objetivo da tutela penal é a vida do feto. Não se cuida de vida independente, mas o produto da concepção VIVE, o que é suficiente para ser protegido.

Diante do DC, o feto não é pessoa, mas SPES PERSONAE, de acordo com a doutrina natalista. É considerado expectativa de ente humano, possuindo expectativa de direito. Entretanto, para efeitos penais é considerado pessoa. Tutela-se, então, a vida da pessoa humana.

No auto-aborto só há uma tutela penal: o direito à vida, cujo titular é o feto. No aborto provocado por terceiro há duas objetividades jurídicas. A imediata incide sobre o direito à vida, cujo titular é o produto da concepção. A mediata incide sobre o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante”.

Embora importante para situarmos o tema, o bem jurídico protegido não é elemento único para averiguarmos a possibilidade da existência de tipos permissivos pertinentes ao aborto, uma vez que por si só não resolve a questão.

Faz-se necessário averiguarmos se a inviolabilidade do direito à vida, nos termos constantes da Constituição Federal, impõe a não recepção da norma esculpida no artigo 128. Ensina José Afonso da Silva.

(Quanto ao aborto) É outro tema controverso que a Constituição não enfrentou diretamente. Houve três tendências no seio da Constituinte. Uma queria assegurar o direito à vida, desde a concepção, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo que a vida intra-uterina, inseparável do corpo que a recebesse ou a concebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vetando nem admitindo o aborto. Mas esta não saiu inteiramente vencedora, porque a Constituição parece inadmitir o abortamento. Tudo vai depender

da decisão sobre quando começa a vida. A nós, nos parece que, no feito, já existe vida humana. No fundo, a questão será decidida pela legislação ordinária, especialmente a penal, a que cabe definir a criminalização e a descriminalização do aborto. E, por certo, há casos que a interrupção da gravidez tem inteira justificativa, como a necessidade de salvamento da vida da mãe, o de gravidez, decorrente de cópula forçada e outros que a ciência médica aconselhar. (grifos nossos)

Nota-se, portanto, que os tipos incriminadores e os permissivos relacionados ao aborto expressam o posicionamento do legislador sobre a matéria, razão pela qual perfeitamente possível a existência da norma constante no art. 128.

A bem da verdade, temos que uma interpretação errônea do dispositivo constitucional impossibilitaria inclusive o reconhecimento de qualquer excluído de ilicitude se desde ato originasse a morte de um ser humano.

A inviolabilidade do direito à vida deve ser entendida dentro de um sistema legal que prevê normas de comportamento e garante a licitude da conduta que se encontra em conformidade com a ordem jurídica vigente.

Matar alguém é fato típico previsto no artigo 121 do Código Penal. Objetividade jurídica: a proteção da vida humana.

Matar alguém agindo em legítima defesa não é crime. Alguém poderia argumentar que a possibilidade de agir em legítima defesa viola o princípio constitucional da inviolabilidade do direito à vida? Certo que não.

Assim, a norma permissiva do artigo 128 se insere harmonicamente no sistema legal ao prever um comportamento considerado expressamente lícito a partir de opção tomada pelo legislador pátrio.

Conclui-se que a norma penal não incriminadora em comento foi recepcionada pela Constituição Federal.

Seguindo, cumpre analisar se há compatibilidade entre a assistência prevista na Lei Municipal e os tipos permissivos constantes do Código Penal.

Observa-se inicialmente que a lei municipal em nenhum momento previu a possibilidade de atendimento pelo sistema único de saúde à gestante que não se encontra em qualquer das condições do artigo 128 do estatuto repressivo.

Da mesma forma, a necessidade de autorização judicial é matéria estranha aos tipos permissivos.

Por outro lado, a decisão do legislador em regulamentar o atendimento pelo Poder Público independe inclusive da natureza doutrinária dos tipos permissivos, cabendo ao Estado - que não é causalista ou finalista - assegurar à gestante uma opção possível pela legislação sem que corra o risco de produzir maior dano por carência econômica - a saúde é direito do cidadão e dever do Estado, conforme a Constituição Federal.

Se à gestante com recursos econômicos é possível o acesso seguro aos hospitais privados para a prática do aborto em conformidade com a lei penal, resta ao Poder Público sair da inércia e igualmente possibilitar que o mesmo caminho seguro possa ser seguido pela gestante carente nos casos idênticos direito à igualdade.

Em vista do exposto, somos pelo indeferimento da pretensão dos requerentes em virtude (a) da impossibilidade de propositura pelo Procurador-Geral de Justiça de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal face a Constituição Federal e (b) da conformidade da lei municipal 7. 488 com a norma penal ordinária e consequente ausência de confronto com o artigo 5º, caput, da Lei Maior.

Goiânia, 14 de abril de 1.997.

ABRÃO AMISY NETO
Promotor de Justiça



“A lei federal não exige decisão judicial para a prática do aborto subseqüente a estupro”

Infração Administrativa - ECA - Conselho Tutelar - Irregularidade de representação

DIVINO M. DE MELO
AMORIM

O legislador menorista, na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, erigiu à condição de infrações administrativas as condutas descritas nos artigos 245 a 258, do referido diploma legal especial, cominando, relativamente à sua infringência, multa administrativa, diferenciada da multa fiscal e da multa criminal. Tem-se, pois, que o agente uma vez incorrendo na prática de conduta considerada infração administrativa, ficará sujeito à condenação ao pagamento de uma multa na modalidade de pena pecuniária.

A doutrina leciona que tal multa, por advir do Direito Administrativo, é de cunho objetivo, independentemente de dolo ou culpa do agente. O diploma menorista contemplou o procedimento para apuração das infrações administrativas nos artigos 194 a 197, da Lei nº 8.069/90. Legitimados foram, ad causam, o Ministério Público, o Conselho Tutelar ou qualquer serventuário efetivo ou voluntário credenciado pelo respectivo juízo da Infância e Juventude, ex vi do art. 194, *cpud*, do ECA.

Para a movimentação do Poder Judiciário, *in casu*, os legitimados deverão interpor a denominada *representação*, ou instá-lo via do auto de infração lavrado por quem de Direito (art. 194, §§1º e 2º, ECA).

A discussão a que se propõe este singelo artigo é acerca da representação por advogado do Conselho Tutelar ou de serventuário efetivo ou do voluntário credenciado para formular, em Juízo, a representação e atuar, no feito, na qualidade de parte. Superficialmente, poder-se-ia vislumbrar que o legislador teria erigido o procedimento para imposição de multa administrativa, pela prática de infração administrativa, quando iniciado por auto de infração, em verdadeiro contencioso administrativo, pelo fato de ter admitido que o autuado fosse intimado pelo Conselheiro ou outro serventuário para em dez dias efetuar sua defesa (art. 195, I, ECA). A permissão dada ao Conselheiro ou congêneres dá a impressão de que o autuado poderia fazer sua defesa perante o próprio Conselho Tutelar, o que é uma falácia, pois àquele Órgão não compete analisar tais defesas, não estando, entre suas atribuições, conhecer e julgar peça defensiva.

Por outro turno, tem se que, afastada a hipótese do contencioso administrativo, a leitura da legislação indica que o legitima-



do - Conselho tutelar/serventuário - poderia representar perante a autoridade judiciária para a instauração do procedimento contra o autuado, contando-se o prazo de defesa do mesmo da data de intimação constante do auto de infração, caso tenha havido intimação.

Entretanto, indagar-se-á o Conselho Tutelar, mesmo via de seu Presidente, poderia representar, em Juízo, sem advogado habilitado e, posteriormente, na qualidade de autor, manifestar-se nos autos, na conformidade da legislação processual civil aplicada à espécie por determinação do art. 152, do ECA. Analisando-se os princípios norteadores do estatuto menorista, tendo-se em vista a busca incessante de fórmulas descomplicadas para o resguardo dos interesses e direitos das crianças e adolescentes, tem-se que o legislador, ao que tudo indica, preferiu optar pela possibilidade do Conselho Tutelar atuar, perante a autoridade judiciária, de forma direta, podendo representar no caso em comento, para que o fato, administrativamente ilícito, fosse logo apurado e, comprovadas as responsabilidades, os culpados sofressem as sanções da lei.

Evitar-se-ia, com tal possibilidade, o descrédito do Judiciário e do próprio Conselho Tutelar, bem como o crescimento da impunidade tão odiosa em nossa sociedade. Desse modo, permitiu-se ao Conselho Tutelar, bem como ao serventuário efetivo ou voluntário credenciados, pelo Juízo da I.J., que representassem perante o Juízo competente para o fim colimado em lei, não fazendo, a legislação, menção à obrigatoriedade de tal representação ser firmada por advogado habilitado. Tal questão, em nossas lides forenses, é relevante,

tendo em vista que a maior parte dos Conselhos Tutelares não tem plenas condições de funcionamento, quanto mais contar com profissional habilitado para tal mister.

O próprio legislador, no que se refere ao agente da infração administrativa, exige que qualquer pessoa que tenha interesse na solução da lide relacionada com questão afeta à criança e adolescente, poderá intervir no procedimento, através de advogados, ex vi do art. 206, do ECA. A própria doutrina, ao analisar a defesa do agente da infração, no procedimento em comento, afirma que sobre a **“...formalização da peça de defesa, é importante deixar asentado que a mesma deverá ser necessariamente subscrita por advogado, como determinado pelo art. 206 da Lei 8.069/90...”** (Munir Cury e outros, in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Malheiros Editores, 1992, p. 566).

De qualquer sorte, tal questão parece ser esclarecida, com cristalina face, pela imposição constitucional presente no art. 133, da Carta Magna pátria e na legislação pertinente infra-constitucional. Tem-se, então, que o próprio legislador menorista, talvez atento para a impossibilidade da manifestação daqueles legitimados, sem assistência de advogado, os excluiu de manifestação, na qualidade de parte, na audiência de instrução e julgamento respectiva.

A legislação prevê que, uma vez colhida a prova oral, manifestar-se à sucessivamente, o Parquet e o procurador do Requerido (art. 197, parágrafo único, Lei 8.069/90), não se fazendo menção aos demais legitimados, caso fossem os autores da representação pefalada. O pró-

prio Estatuto menorista determina a aplicação aos procedimentos regulados pelo mesmo, subsidiariamente, das normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

A falta de representação, através de advogado habilitado, constitui-se em ausência de um pressuposto processual fatal, o da representação da parte, impossibilitando que o legitimado resida em Juízo, acarretando, inclusive, a extinção do feito, sem julgamento do mérito, ex vi do art. 269, inciso IV, do diploma processual civil.

Parece-nos, contudo, que uma vez que o Conselho Tutelar ou o serventuário ou voluntário [p.ex. comissário de menores], represente à autoridade judiciária competente, sem estar representado por advogado habilitado, o Juiz deverá receber tal peça como comunicação do fato infracional e, ex officio, determinar a instauração do procedimento, o qual será regulado pelo rito preconizado no estatuto menorista, não sendo possível àqueles legitimados se manifestarem nos autos, a não ser na condição de informantes do Juízo, na colheita de prova, sob pena de nulidade dos atos praticados.

A presente assertiva, alvo certamente de inúmeras críticas, poderá levar, numa análise superficial, à indagação de que se aqueles legitimados, não podem atuar diretamente no feito como parte, também não poderiam, inclusive, ofertar a representação em comento, por falta de representação.

Concessa maxima venia, dos discordantes, vislumbra-se que tal raciocínio, à luz da legislação processual civil, estaria completamente acertado. Ocorre, como dito linhas antes, o legislador menorista, tendo em vista a rele-

vância dos interesses e direitos tutelados, optou por uma atenuação do formalismo processual, inclusive permitindo ao Juiz (art. 153, ECA), não havendo procedimento previsto no ECA correspondente à medida judicial a ser adotada, o poder de investigar os fatos e tomar as providências necessárias, ex officio, pelo que os douts ensinam que isto **“...bem revela que o Estatuto perfilhou a tendência doutrinária que procura conferir ao juiz, cada vez mais, um papel mais ativo no processo...”** (Munir Cury e outros, in *ob. cit.*, p 455).

Tal questão, contudo, é de alta indagação e, certamente, merecedora de profundas análises, sendo que o presente artigo não tem pretensão de esgotá-la. Consoante análise prática do dia-a-dia forense, estando o membro do Ministério Público, na maior parte das vezes, envolvido com Conselhos Tutelares - isto nas Comarcas que realmente existem tais órgãos em funcionamento - sem nenhuma estrutura e, muito menos, com assistência de advogado habilitado, o bom senso indica que deve haver orientação aos membros daquele e, inclusive para Comissários da Infância e Juventude, no sentido de que procedam as autuações na forma da lei, reformulando-se os autos de infração, com fórmulas já expressas, **retirando destes a certidão de intimação do infrator para que, em dez dias, apresente ou não sua defesa.**

Retira-se, tal certidão, a fim de que não haja necessidade plena do Conselho fazer a respectiva representação perante a autoridade judiciária e, também para que não haja confusão quanto ao prazo de defesa e, em Juízo, sejam apresentadas eventuais alegações de nulidade de tal intimação. Uma vez feita a autuação, por quem de direito, sem haver a intimação pefalada, o Conselheiro ou servidor/voluntário deve, imediatamente, remeter a primeira via do mesmo, com relato resumido, via ofício, à respectiva Promotoria de Justiça (art. 136, IV, ECA) para que o Promotor de Justiça proceda na força dos arts. 194 e ss., do ECA., evitando-se toda a discussão sobre a representação legitimada, buscando-se, pois a apuração dos fatos e, uma vez, comprovados, obtendo-se a punição exemplar dos infratores, tudo para o resguardo dos interesses e direitos das crianças e dos adolescentes de nossa nação!

Divino Marcos de Melo Amorim é da Promotoria de Justiça de Silvéria



A discussão a que se propõe este singelo artigo é acerca da representação por advogado do Conselho Tutelar ou de serventuário efetivo ou do voluntário credenciado para formular, em Juízo, a representação e atuar, no feito, na qualidade de parte

Arrazoado em ação indenizatória

Acidente do trabalho - culpa do empregador - Responsabilidade objetiva - Indenização devida pelo direito comum

VILANIR DE A.
CAMAPUM JR

A vítima lesionou-se em razão de acidente do trabalho, defendido pela lei como aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa..., provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (art. 19, da Lei 8.213/91).

A empresa que explora serviços e atividades perigosas, fruindo lucros e proveitos que acarretam riscos e perigos diversos deve responder, objetivamente, pelos danos decorrentes da falta de cautela, de manutenção, de cuidados, de precauções acima das elementares visando a segurança dos empregados e de terceiros.

Preleciona ORLANDO SOARES, em sua obra Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro, Editora Forense, 1ª edição, 1.996, págs. 346/348, que "a responsabilidade civil do empregador pode emergir de diversas medidas administrativas, ordens de serviço ou de atos ilícitos, por ele praticados, quer na esfera interna da empresa, quer na externa. (...)

Por outro lado, em nenhum caso o empregador poderá justificar a inobservância dos preceitos de prevenção de acidentes e higiene do trabalho, com a recusa do empregado em aos mesmos sujeitar-se." (veja-se, a propósito, o art. 157 da CLT eo art. 79, S 2º do Dec-Lei nº 7.036, de 10/11/1.994.

E conclui o insigne jurista: "Nesse contexto, o empregador é obrigado a proporcionar a seus empregados a máxima segurança e higiene aos seus empregados, protegen-



do-os, especialmente, contra as imprudências que possam resultar do exercício habitual da profissão (art. 77, da citada lei)"

Conforme o relato dos fatos, o equipamento de proteção utilizado pela empresa não era o adequado o trabalhador sofreu desvio para uma função que não estava devidamente preparado.

A propósito, o mestre ORLANDO SOARES, na mesma obra e páginas citadas: "Ora, nessa ordem de idéias, constitui grave violação dos preceitos em apreço a designação de empregado, para a execução de serviço, que envolve sério risco e para o qual o trabalhador não esteja habituado, ensejando a obrigação de reparação civil, em

favor da vítima do acidente, ou, em caso de morte, o ajuizamento da ação por seus herdeiros".

Dessa forma, a espécie pode encontrar deslinde com a chamada teoria do fato da coisa, que abriga a doutrina da guarda da coisa, aqui com o enfoque específico da coisa perigosa.

Nesse contexto, a chapa de vidro plano, sujeita que está da partir-se, via pancada ou pelo simples carregamento, é coisa altamente perigosa ao seu transportador manual, já que seus estilhaços podem, como de fato aconteceu no presente caso, causar grave lesão ao trabalhador.

Exsurge, portanto, inafastável o dever do empregador de indenizar a vítima perante o direito comum e in-

dependentemente da incidência cumulativa das indenizações acidentárias ou previdenciárias, por força do que dispõe o art. 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:..... XXVIII seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando ocorrer em dolo ou culpa. (grifo nosso)

No que diz respeito à questão probatória da culpa do empregador, em caso de acidentes de trabalho este ônus não é exigido do acidentado. Veja-se, neste sentido, a uniformização da jurisprudência do Egrégio Tribunal da Justiça de São Paulo:

"Tudo aquilo que diz respeito a acidente do trabalho", dentro do normal risco da atividade laborativa é regido pela Lei de Acidentes, pois, dispensa o lesado de demonstrar, na via ordinária, a culpa do empregador".

A teoria do risco, em matéria de infortúnica, foi acolhida em benefício do trabalhador e não do empregador. Objetivou trancar outra via para não impor, àquele que a lei considera mais fraco, a obrigação de provar. Esse raciocínio não pode levar à afirmação de que, em nenhuma hipótese, o lesado terá outra via que não a acidentária.

Tudo o que ocorrer dentro do risco normal do trabalho é matéria puramente acidentária. Aquilo que extravasa o simples risco profissional, cai no domínio da Responsabilidade Civil". (TJSP, Incidente da Uniformização de Jurisprudência, AP. 38.705-1, São Paulo, Turma Especial da 1ª Seção Civil, J. 19.10.84, Rel. Des. Alves Braga).

Não é preciso esforço de raciocínio para concluir que o fato discutido nos autos ocorreu em razão do "risco normal do trabalho" de quem exerce função de transportador de chapa de vidros planos, além da falta de precaução da empresa, é claro.

O memorável PONTES DE MIRANDA esclarece que "há dever de evitar perigos sempre que a falta de atividade para que a danosidade se afaste seria transgressão de direito de outrem.

O responsável deixa que o dano ocorra, pois, se tivesse intervenido, o dano não existiria.

A causa está naquilo que estabelece a periculosidade, mas não teria havido o resultado maléfico se o que devia praticar o ato excludente do risco, ou omitir algum ato, para que o dano não se desse, tivesse cumprido o seu dever.

Quem cria ou mantém em tráfego, movimento, ou irradiação, ou escoamento, algo que seja fonte de perigos, tem o dever de segurança do tráfego, ou o dever de evitar pancadas, golpes, contaminações, inundações" (Tratado de Direito Privado, Vol.II, págs. 209 e 210).

Por fim, vale reforçar que a teoria da responsabilidade objetiva, em caso de acidente do trabalho, encontra fundamento no fato de que não seria razoável exigir-se produção probatória do empregado, parte mais fraca e, de consequência, deixando isento de responsabilidade aquele que auferir lucros e benefícios com a atividade produtiva, ou seja, o dono do negócio. Daí, a sabedoria da teoria do risco do empreendimento.

Vilanir de A. Camapum JR. É Promotor de Justiça de Defesa das vítimas, na Capital.



Em nenhum caso o empregador poderá justificar a inobservância dos preceitos de prevenção de acidentes e higiene do trabalho, com a recusa do empregado em aos mesmos sujeitar-se

Indagação

JOSÉ SÓCRATES
GOMES PINTO

Teria sido a decisão da Fazenda Santa Rosa um "Didaquê" (ensino) ou "Guerigma" (proclamação), expressões interpretativas do "Sermão do Monte", como versão com abrangência e profundidade para amparar as aspirações conflitantes, como estudo e reflexão doutrinária para os espíritos sedentos de Justiça?

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, na igualdade e na justiça,

declara no Título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", a garantia do direito de propriedade e que a propriedade atenderá a sua função social. Quando se questionam esses direitos em nosso País, em que um ex-chefe de Estado detém 4.300 alqueires de terras e os sem-terra, sem-vida e sem-túmulo, em que há quem não tenha onde cair morto, como se situam esses direitos e garantias individuais e coletivos?

No conflito entre o interesse egoístico de dominação e o interesse social, calcado nos valores elencados por Cossio, como valores fundamentais à humanidade, valores utópicos fundamentais que inspiraram os grandes movimentos revolucionários da história universal, no cristianismo, no renascimento, no iluminismo e no

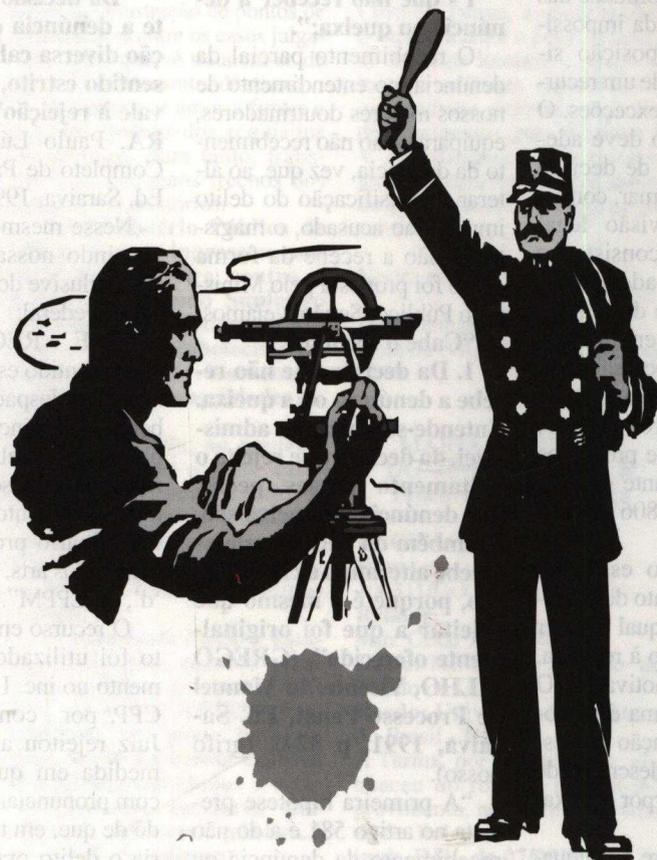
socialismo, quais sejam: ordem, bem-estar, paz, segurança, cooperação, solidariedade e justiça, quais os direitos prevalentes, em face da teleologia da norma jurídica, em que o julgador levará em primeira linha de consideração os fins sociais a que a lie se dirige e as exigências do bem comum?

Surgiram laudos conflitantes e, com isso, a dúvida. Como interpretar o princípio universal do "in dubio pro reo"?

Onde ficam os ensinamentos de Anibal Bruno, o filósofo do Direito Penal:

"É como um todo que se apresenta o sistema jurídico de um país, formado de normas que se interam, que se completam e não podem contradizer-se entre si"?

José Sócrates Gomes Pinto é ex-Professor de Direito Penal da UFG e ex-Procurador-Geral de Justiça.



Razões do recurso em sentido estrito

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara

A decisão recorrida merece ser reformada por este Colendo Colegiado, tendo-se em vista que, decidindo pelo recebimento da denúncia em relação à acusada Marla Marques Cunha com classificação diversa daquela apresentada pelo Ministério Público, o douto magistrado deixou de lado a legislação, a doutrina e a jurisprudência que regulam a matéria, abraçando uma premissa que não corresponde à realidade.

Preliminarmente

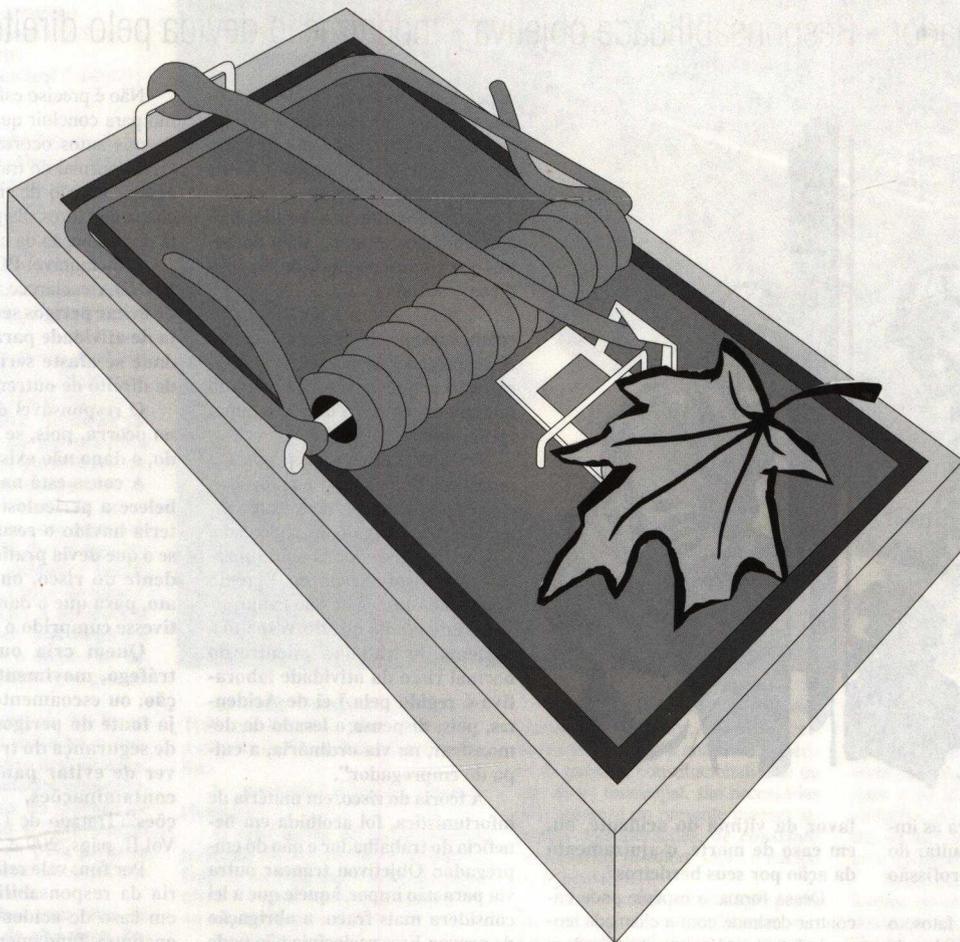
Da presença dos pressupostos recursais:

A viabilidade do recurso está condicionada a acolhida de determinados pressupostos, ditos subjetivos e objetivos. Os primeiros são concernentes à legitimação, decorrente do prejuízo ou gravame sofrido pela parte vencida, o que lhe torna sucumbente, e sua inconformidade com a decisão prolatada lhe torna legitimada impetrar o recurso visando resguardar o direito tolhido.

Quanto aos pressupostos objetivos, a recorribilidade da sentença, depende da tempestividade do recurso, de sua singularidade, adequação, preparo, motivação e forma. A tempestividade resulta da interposição do recurso dentro do prazo estipulado em lei, *in casu*, em 05 dias após o conhecimento da decisão. A singularidade decorre do princípio da unirecorribilidade das decisões, ou seja, da impossibilidade de interposição simultânea de mais de um recurso, ressalvadas as exceções. O recurso interposto deve adequar-se à espécie de decisão que se busca reformar, correspondendo à previsão legal existente, o que consiste no pressuposto de adequação. Com o pagamento das despesas processuais, em tempo, decorrentes do processamento do recurso interposto, atendido está o preparo exigido, quando tratar-se de processos instaurados mediante queixa, nos termos do art. 806 § 2º, do C.P.P.

Outro requisito essencial para o conhecimento do recurso é a razão pela qual se quer submeter a decisão à reforma, que consiste na motivação. O atendimento à forma é preconizado pela legislação processual, que traça a descrição de como se deve interpor o reexame da decisão.

No que se refere à adequa-



ção, inicialmente cabe esclarecer o porquê de ser o recurso em sentido estrito o correto para se buscar o recebimento integral da denúncia, nos termos em que foi apresentada pelo Ministério Público.

Estabelece o art. 581, inc. I do Código de Processo Penal que:

“Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: I - que não receber a denúncia ou queixa;”

O recebimento parcial da denúncia, no entendimento de nossos maiores doutrinadores, equipara-se ao não recebimento da denúncia, vez que, ao alterar a classificação do delito imposto ao acusado, o magistrado não a recebe da forma como foi proposta pelo Ministério Público. Senão, vejamos:

“Cabe o recurso:

1. Da decisão que não recebe a denúncia ou a queixa. Entende-se, também admissível, da decisão que rejeita o aditamento dessas peças, que denúncia ou queixa são, e também da decisão que as recebe alterando a classificação, porque é o mesmo que rejeitar a que foi originalmente oferecida”. (GREGO FILHO, Vicente; in *Manuel de Processo Penal*, Ed. Saraiva, 1991, p 324). (grifo nosso).

“A primeira hipótese prevista no artigo 581 é a do não recebimento da denúncia ou

da queixa...**Equivale à rejeição da inicial a decisão que só admite com capitulação diversa, pois nessa hipótese a denúncia ou queixa não recebida tal qual foi apresentada, sendo cabível o recurso em sentido estrito”.** (MIRABETE, Júlio Fabrini, in *Código de Processo Penal Interpretado*, Ed. Atlas, 1995, p. 657). (grifo nosso).

“Da decisão que só admite a denúncia com capitulação diversa cabe recurso em sentido estrito, porque equivale à rejeição”. (NOGUEIRA, Paulo Lúcio; in *Curso Completo de Processo Penal*, Ed. Saraiva, 1992, p. 346).

Nesse mesmo sentido vem seguindo nossa jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal:

“STF - RECURSO CRIME - Sentido estrito - Interposição do despacho que, recebendo a denúncia, altera a capitulação do delito a que ele se refere - Hipótese de crime militar - cabimento - Recurso extraordinário provido - Inteligência dos arts. 437, ‘a’ e 516, ‘d’, do CPPM”. (RT 602/451).

O recurso em sentido estrito foi utilizado, com fundamento no inc. I do art. 581 do CPP, por considerar que o Juiz rejeitou a denúncia, na medida em que a fulminou com pronunciamento no sentido de que, em tese, configuraria o delito praticado pela ré

tipo penal diverso daquele descrito pelo Ministério Público, operando verdadeira desclassificação *in limine*, recebendo-a em termos diversos da adequação típica em que foi formulada.

Pelo que se observa quanto à análise da interposição do Recurso em Sentido Estrito, é perfeita a adequação aos pressupostos aqui mencionados, excetuando-se, é claro, o preparo. Assim, cabe ser o mesmo conhecido pelos augustos julgadores desse juízo *ad quem*.

Os fatos

No dia 19 de março do corrente ano, por volta das 15:30 horas, na residência da denunciada Marla Marques Cunha, localizada na Rua 11, nº 311, ap. 801, Setor Oeste, nesta Capital, foi a mesma presa em flagrante delito por guardar uma porção de **Cannabis Sativa, Lineu**, bem como vários cigarros semi-combustos da mesma substância, e por haver semeado em um vaso de cerâmica um pé de maconha, totalizando 6,0 g. (seis gramas), em estado bruto.

Consta que, em cumprimento a um mandado de busca e apreensão expedido por este Juízo, agentes lotados na D.E.C.T.E. dirigiram-se até a casa da denunciada e lá procederam busca em todas as suas dependências, tendo sido encontrados uma porção de maconha prensada e mais alguns

cigarros semi-combustos da erva. Na varanda do apartamento foi também encontrado um pé de maconha, semeado num vaso de cerâmica, próximo a uma churrasqueira. Ao ser presa, Marla afirmou ser usuária de maconha, de cocaína e crack e que toda a droga apreendida destinava-se ao seu próprio consumo. Esclareceu que morou em São Paulo-SP por algum tempo, onde, inclusive apreendeu a fabricar crack para seu consumo, vez que é totalmente dependente de tais drogas. Afirmou, ainda, que havia adquirido a maconha apreendida, três semanas antes, de um indivíduo chamado Paulo César Rosa, mais conhecido como “Paulão”, pagando por 110g. (cento e dez gramas) a importância de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

O Processo

Segundo consta dos autos de inquérito policial, foi a denunciada presa em flagrante por guardar certa quantidade de substância vegetal entorpecente vulgarmente conhecida como maconha.

As substâncias apreendidas, em exame preliminar, apresentavam características botânicas-formais para caracterização do vegetal CANNABIS SATIVA, lineu, conhecido vulgarmente como maconha, conforme se observa do laudo de fls. 13.

Segundo se apurou, toda a substância com ela apreendida destinava-se ao seu próprio consumo. O pé de maconha encontrado em sua residência não se destinava ao comércio, ao contrário, a própria denunciada esclareceu não haver semeado aquela erva, mas que ela nasceu sozinha. Disse que alguma semente deve ter caído no vaso enquanto ela preparava um cigarro e que ao ver que aquele arbusto era de maconha resolveu deixar crescer para ver como era.

Percebe-se, por seu depoimento e dos próprios policiais que procederam a sua prisão, que em momento algum tinha ela a intenção de semear ou cultivar maconha para comercializá-la, ao contrário, tinha como o seu uso, vez que se considera dependente de drogas, sendo usuária até mesmo de crack.

Além do mais, conforme se observa do relatório da autoridade policial, a denunciada colaborou com as investigações e com a prisão do verdadeiro traficante que lhe vendeu a droga. O delegado, inclusive, opinou pela desclassi-



A nova definição do delito, no caso sub judice, como foi feita, no despacho de recebimento da denúncia, constitui-se uma subversão da ordem processual e afigurou-se em cerceamento para o dono da ação penal

RECURSO

ficação da conduta da denunciada pela descrita no art. 16 da Lei nº 6.368/76.

Tanto a doutrina como a jurisprudência têm entendido que o fato de possuir pé de maconha para uso próprio não configura o delito descrito no art. 12 § 1º, inc. II da Lei nº 6.368/76, mas sim o do art. 16 da Lei antitóxicos:

“Não existindo norma que preveja a sementeira, cultivo ou colheita, para uso próprio, de plantas destinadas à preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, admite-se a aplicação da analogia *in bonam partem* para enquadrar a conduta no art. 16 da Lei 6.368/76, e não no art. 12, que tem o fim de tráfico. Tal solução permite não conduzir à impunidade, realizando o propósito de defesa social que marca a Lei Antitóxicos e evitando a equiparação punitiva de fatos de indole substancialmente diversa, propiciando a realização de uma justiça perfeita”. (TJSP - AC 62.737-3 - Rel. Silva Leme - RT 635/353).

“Tratando-se de um único arbusto de maconha e admitindo-se tenha sido plantado para uso do próprio acusado, acertada será a capitulação do crime no art. 16, e não no art. 12 § 1º, inc. II, da Lei 6.368/76. Tal solução mais se harmoniza com o espírito da lei, que pretende distinguir o traficante do usuário eventual”. (TJRJ - AC - Rel. Raphael Cirigliano Filho - RT 554/417).

Portanto, por entender que havia indícios de autoria e provas da materialidade de prática do delito descrito no art. 16 da Lei nº 6.368/76, foi a indiciada denunciada, pelo Ministério Público, como incurso nas penas daquele dispositivo penal.

Seguindo este entendimento, a acusada, por intermédio de defensor habilitado nos autos, ingressou com pedido de desclassificação do art. 12 § 1º, inc. II da Lei nº 6.368/76 para o art. 16 do mesmo diploma legal, solicitando fosse fixada fiança para que pudesse responder o processo em liberdade, conforme lhe assegura a lei.

Analisando tal pedido, o magistrado em decisão prolatada às fls. 21 dos autos em apenso, assim se manifestou:

“Visto etc.

Marla Marques Cunha, presa em flagrante delito por infração à Lei de Tóxicos, requer a desclassificação do crime para o art. 16 e a concessão de fiança, para solta defender-se.

A Escrivania informou que a ora requerente foi denunciada por infração ao art. 16 da Lei nº 6.368/76.

O delito que lhe é imputado, portanto, é afiançável, vez que a pena aplicada é de detenção (art. 16, lei nº 6.368/76; art. 323, I, C.P.P).

Incorrer, por outro lado, as exceções impeditivas da concessão do benefício.

Isto posto:

Tendo em vista a situação financeira da requerente, que é razoável, arbitro-lhe a fiança no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais).

Tome o Cartório as providências de mister.

P.R.I

Prestada a fiança pela requerente, dê-se vista ao M. Público.

Goiânia, 25 de março de 1997.

(Huygens Bandeira de Melo) Juiz de Direito”. (grifo nossos)

Posteriormente, ao receber a denúncia e sem qualquer razão, indo inclusive contra sua decisão proferida anteriormente, decidiu, em confronto com todos os ditames legais, por “retificar” a classificação dada pelo Ministério Público na denúncia.

Do Direito

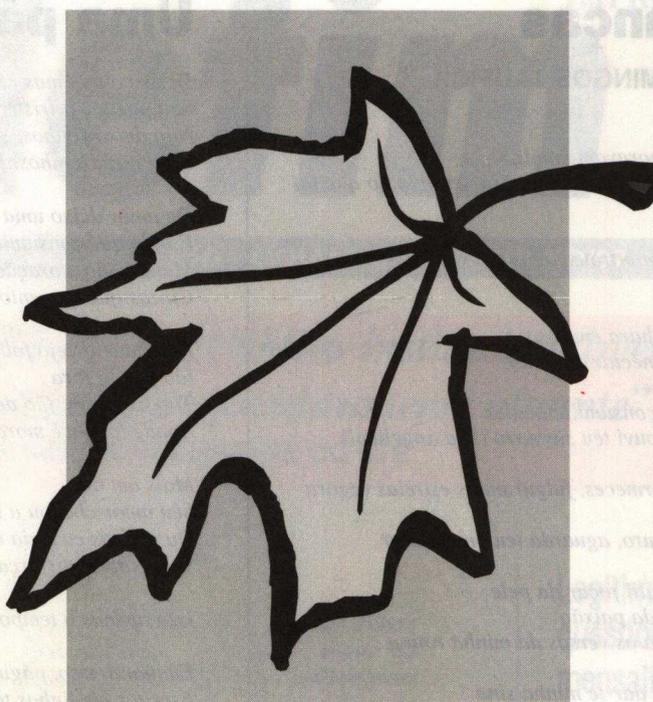
Assim, se manifestou o magistrado:

“ 2. Recebo a denúncia, mas, quanto a Marla Marques Cunha, *retifico* a classificação legal dada pelo Ministério Público, para o art. 12 § 1º, inciso II, da Lei nº 6.368/76, pois este é o dispositivo que corresponde, em tese, ao fato descrito na denúncia, a ela atribuída”. (fls. 46, grifo nosso).

A decisão de mm. juiz que recebeu a denúncia com relação a acusada Marla Marques Cunha, com classificação diversa daquela apresentada pelo Ministério Público apresenta-se equivocada. Isto porque não compete à autoridade judicial alterar a denúncia, quando do seu recebimento, vez que o momento oportuno para a análise, pelo magistrado, da classificação é o previsto nos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal. O dono da ação penal é o Ministério Público e é atribuição sua fixar a classificação do delito em que incorreu o réu. O MM. Juiz extrapolou suas funções e precipitou-se ao proferir tal decisão.

O art. 41 do Código do Processo Penal estabelece como requisitos da denúncia:

a) a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias;



b) a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo;

c) a classificação do crime;

d) o rol de testemunhas.

Neste caso, presentes estão na denúncia as condições da ação e de procedibilidade, portanto, foi atentado o aspecto formal, sendo apresentados todos os requisitos, inclusive a classificação do crime. A denúncia é a peça pela qual se dá início à ação penal, motivo pelo qual compete exclusivamente ao Ministério Público, como *dominus litis* a sua elaboração (art. 129, inc. I da Constituição Federal). O juiz somente pode deixar de receber a denúncia se ela não preencher estes requisitos, já que será inepta. Pode, ainda, rejeitá-la quando apresentar qualquer das falhas no art. 43 do Código de Processo Penal. Entretanto, não pode e recebê-la “retificá-la”.

A “retificação” operada pelo magistrado, ao receber a denúncia, configura uma verdadeira *emendatio libelli*, o que não é aceitável na fase de instrução. A nova definição jurídica do fato é uma decorrência do convencimento do juiz no curso do processo, não podendo ser dada no mesmo momento em que recebe a denúncia.

Se o que não corresponde ao fato é o fundamento jurídico do pedido, a solução é uma só: a rejeição da denúncia. Não podia o Juiz, ao seu alvedrio, afastar esse fundamento que tipificou o fato e dar-lhe outro, pois nesse momento estaria ele usurpando a função do *dominus litis*.

A nova definição do delito, no caso *sub iudice*, como foi feita, no despacho de recebimento da denúncia, constitui-se uma subversão da ordem processual e afigurou-se em

cerceamento para o dono da ação penal.

Ora Excelências, pacífico é o entendimento de que a classificação do crime, ou a definição jurídica dos fatos, cabe ao Ministério Público como titular da ação penal, quando se trata de crime de ação pública, como se afigura no presente caso.

Claro, portanto, que o despacho do juiz, alterando a classificação do crime dada na denúncia, não foi apenas inoportuno, foi ilegal, visto que praticou ato que é estranho à sua competência, e, alterando a classificação, dando mesmo outra, rejeitou em parte a denúncia.

A esse respeito, assim se manifestou o Min. Cordeiro Guerra do Supremo Tribunal Federal, em brilhante voto proferido no julgamento do R.E. 104.478-1, publicado no DJU de 04/10/85:

“Não cabe ao juiz, ao receber a denúncia, desclassificar o crime nela descrito. O despacho que altera a classificação constante na denúncia, rejeita-a nesta parte... Recurso extraordinário conhecido e provido”.

E esse vem sendo o entendimento dos nossos tribunais em todos seus julgamentos sobre este tema:

“Denúncia - Desclassificação do crime no ato de recebimento - Inadmissibilidade.

Não cabe ao juiz, ao receber a denúncia, desclassificar o crime nela descrito, para declarar-se incompetente. O poder de dar nova definição jurídica do delito advém da prova, tal como deflui os arts. 383 e 384 do CPP”. (TRF, HC 4. 759 PI, publicado no DJU de 27/10/80).

“Não tem poderes o juiz para, no despacho de recebimento da denúncia, considerar inconstitucional o decreto-lei em que se fundou e dar no-

va definição jurídica ao fato. Só o *dominus litis* tem poderes para alterar a classificação do delito ao oferecer a denúncia. **Habeas Corpus denegado**”. (STF, HC 64. 966-1, rel. Min. Carlos Madeira, publicado no DJU de 12/06/87).

E mais:

“Denúncia - Apreciação pelo juiz quando de seu recebimento, com redistribuição do feito - Inadmissibilidade - Momento inadequado para o juiz dar ao fato definição jurídica diversa da que consta na inicial - Possibilidade de reconhecimento de nova definição somente na sentença - Aplicação dos arts. 383 e 384 do CPP”. (TJSP - CJ 10.200-0 - Rel. Marino Falcão, J. em 24/08/89).

Através dos presentes julgados se pode observar que descabe ao magistrado, na oportunidade do recebimento da denúncia, discutir a capitulação do delito. Esta é uma atribuição exclusiva do Ministério Público, titular da ação penal pública. O momento processual adequado para que o juiz possa dar ao fato definição jurídica diversa da que consta da denúncia, ou reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato é o da sentença. Ao fazê-lo antes, precipita-se o juiz, prejudgando um fato que deveria ser decidido somente após a apresentação de todas as provas em juízo, tornando-se desta forma suspeito, nos termos dos arts. 96 e segts. do Código de Processo Penal.

Ante estas considerações, e outras que esta Colenda Câmara, refúgio da Justiça, aduzir, o Ministério Público espera seja o presente recurso conhecido, vez que próprio e tempestivo, dando-lhe provimento, reformando a decisão exarada pelo douto magistrado em exercício perante este juízo, a fim de que seja a denúncia recebida da forma como foi apresentada, sendo, inclusive, decretada sua suspensão diante do prejulgamento por ele feito. Requer, outrossim, tendo em vista a primariedade e os bons antecedentes apresentados pela acusada e, por preencher os requisitos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, seja determinado a designação de audiência para apresentação de proposta de suspensão condicional do processo à ré, por ser medida de inteira JUSTIÇA.

Goiânia, 19 de maio de 1997.

ANNA PAULA ALVES DAVID
Promotora de Justiça
em Goiânia - Goiás



A nova definição jurídica do fato é uma decorrência do convencimento do juiz no curso do processo, não podendo ser dada no mesmo momento em que recebe a denúncia

Lembranças

ROBERTO DOMINGOS TAUFICK

*Eu era feliz
As coisas simples moravam comigo
Mas sei que, intimamente, havia a expectativa do que fatalmente viria*

*O agridoce sentimento trouxe teus olhos verdes
Verdes...*

*Teu corpo desabrochava em rosa
Teus lábios eram o néctar do amor*

*Bebi do teu cálice, consumi teu calor
Senti tua essência, ouvi teu sussurro (lira angelical)*

Quando, então, adormeces, fulguram as estrelas (agora cintilantes)

Meu céu, agora escuro, aguarda teu amanhecer

*Desperto ao mais sutil roçar da pele
Alimento-me da ávida paixão*

Tua voz, poesia, cria os versos da minha rotina

*Pudera eu, criança, dar-te minha sina
Minha sina dar-te-ia*

*Pois minh'alma, tu bem sabes,
Já não é minha*

Roberto Domingos Taufick, 17 anos, é filho da Procuradora de Justiça Maria do Carmo Domingos Taufick e estudante de Direito na USP.

Uma página em aberto

*Despeço-me, mas não como quem chora
Sou poeta e a tristeza minha aurora
Não deixo sonhos, sequer saudades
Levo meus sonhos, levo suas saudades*

*De amor deixo uma carta
E tudo que consumiu
Minha vida, coração que se partiu
Cinzas que ao vento se partem*

*Pela janela vejo folhas que caem com a tempestade
tão frio lá fora
Tão frio aqui, tão dentro de mim
Aonde foi você morar?*

*Mais um dia...
Seu amor chegou a mim tão rápido quanto nosso primeiro olhar
Ou apenas eu teria olhado
Você, talvez disfarçado?*

Isso apenas o tempo dirá...

*Enquanto isso, páginas de nossas vidas são consumidas
Escritas em linhas tortuosas
Apagadas
Ou, quem sabe um dia, seremos parte do mesmo livro...*

*Despeço-me, mas não como quem chora
Sou poeta e a tristeza minha aurora
Não deixo sonhos, sequer saudades
Apenas uma página em aberto*

AGENDA

I CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL E JUIZADOS ESPECIAIS

Florianópolis 27 a 29 de agosto de 1997.

II JORNADAS BRASILEIRAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Brasília 11 a 15 de agosto 1997.

1º CONGRESSO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS NO AMAZONAS

Dia: 20 e 22 de Agosto/97 no Centro de Convenções do Tropical Hotel

SEMINÁRIO DE FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO

25/26 de setembro - Belo Horizonte/MG

SEMINÁRIO NACIONAL DE FUNDAÇÕES

27/28/29 de novembro - Belo Horizonte/MG.

(RE)PENSANDO O PROCESSO

21, 22 e 23 de agosto/97
Vitória-ES

Varas de Assistência judiciária - inconstitucionalidade

HAROLDO CAETANO DA SILVA

"O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilou aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa" (José Afonso da Silva, in Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 9ª edição, pág. 193).

A Constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput).

Diferentemente das constituições anteriores, que consagravam o princípio da igualdade meramente no seu sentido formal (igualdade perante a lei), o novo

texto constitucional fortalece-o (sem distinção de qualquer natureza), inclusive com a previsão de normas outras, que buscam a garantia da isonomia pela outorga de direitos individuais e sociais substanciais.

Assim, vedada qualquer forma de discriminação, evidente também a proibição de tratamento diferenciado por parte do Poder Judiciário aos que, por precária condição econômico-financeira, carecem de

assistência jurídica gratuita.

Em Goiânia, a prestação jurisdicional aos necessitados, em relação à matéria cível (em matéria criminal não há juízo especializado pela condição econômica da parte), excluída a competência dos Juizados Especiais Cíveis, é realizada por duas Varas de Assistência Judiciária.

Seria privilégio receber atendimento em separado por ser pobre?! Certamente que não. Se perante as demais varas cíveis,

especializadas ou não, o cidadão que dispõe de recursos para custear despesas processuais recebe o atendimento por cerca de 25 juízes, perante a Assistência o cidadão carente recebe a prestação jurisdicional por apenas 4 magistrados.

Resultado: acúmulo de processos, deficiência no atendimento ao público, morosidade, distribuição inadequada de justiça através de mutirões...

Ora, além de corrigir a situação de verdadeiro apartheid dentro do Fórum de Goiânia, a distribuição dos feitos que correm pela justiça gratuita para todos os demais juízes cíveis garantiria também uma prestação jurisdicional com maior qualidade, rapidez e, principalmente, de respeito ao cidadão menos favorecido.

É certo que a reunião de pobres e ricos, dividindo o mesmo espaço na sala de espera das audiências ou aguardando a emissão de um documento pela escritura, não trará desconforto entre uns e outros, tampouco problemas ou interrupções no andamento normal das atividades. Pelo contrário, o tratamento igualitário terá por consequência a isonomia ordenada pela Constituição, que já no seu preâmbulo prega o comprometimento com a busca da igualdade e da justiça como valores de uma sociedade frater-

na, pluralista e sem preconceitos. Não admite a Lei Maior a divisão do povo brasileiro em cidadãos de 1ª e 2ª categorias: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Assim como determina a Constituição a igualdade sem distinção de sexo e de orientação sexual, de origem, cor e raça, de idade, de trabalho, de credo religioso, de convicções filosóficas ou políticas, determina também a Carta Magna, ao não admitir distinção de qualquer natureza, a igualdade sem distinção da condição econômica e, prevendo que não haverá juízo ao tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII), estabeleça a igualdade perante o juiz.

Esta última - o princípio da igualdade da Justiça, consistente na condenação de Juízo ou tribunais de exceção - "decorre da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissolúvelmente ligada à democracia" (Obra citada, pág. 199). E, excetuados os casos de foro especial taxativamente estabelecidos na Constituição, será inconstitucional a previsão de outros.

Inconstitucionais, pois, as varas de assistência judiciária da Capital goiana.

Haroldo Caetano da Silva é

Promotor de Justiça e Coordenador das Promotorias de Justiça de Goiânia



O tratamento igualitário terá por consequência a isonomia ordenada pela Constituição, que já no seu preâmbulo prega o comprometimento com a busca da igualdade e da justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos