

PROCURADORES DA REPÚBLICA

ANO 1 - Nº 5 - SETEMBRO 98

TELESORTEIOS 0900

*Providências assumidas
pelo Ministério Público
Federal*

TRIBUTÁRIO:

*LIVROS TÉCNICOS ACOMPANHADOS
DE CD-ROM*

TESE:

*"ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
NA IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS
PÚBLICAS ESTABELECIDAS NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL"*

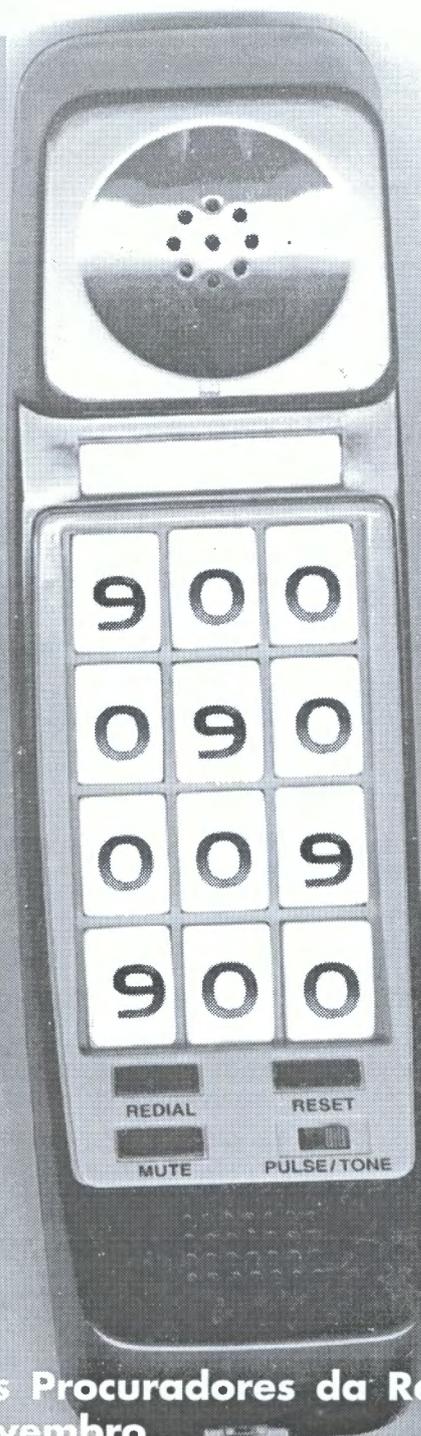
CASO JORGINA:

*O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE
NA EXTRADIÇÃO NECESSITA SER
HOMOLOGADO NO STF?*

PROCESSO PENAL:

*ANTECEDENTES DO RÉU E DIREITO
À SUSPENSÃO CONDICIONAL*

**"XV Congresso Nacional dos Procuradores da República"
de 28 de outubro a 2 de novembro**



EDITORIAL Pág. 3

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE DOS LIVROS, JORNAIS E PERIÓDICOS. ABRANGÊNCIA VINCULADA AO PAPEL ESCRITO. LIVROS ACOMPANHADOS DE CD-ROMS. NÃO-INCLUSÃO.

André Terrigno Barbeitas - PRR /2ª Região Pág. 4

O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE NA EXTRADIÇÃO NECESSITA SER HOMOLOGADO NO STF? — UMA ANÁLISE DO “CASO JORGINA”

Artur Gueiros - PR/RJ Pág. 7

O CASO DOS TELESORTEIOS 0900 Uma História de Desrespeito ao Poder Judiciário

Duciran Van Marsen Farena - PR/SP Pág. 10

TELE 0-900

José Leônidas Bellem de Lima - PPR/3Região Pág. 16

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESTABELECIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen - PR/SP Pág. 28

ANTECEDENTES DO RÉU E DIREITO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL

Wellington Cabral Saraiva - PR/PE Pág. 30

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA - ANO 1 - Nº 5 - SETEMBRO 98

Conselho Editorial: Aloísio Firmo, Elizabeth Kablukow Bonora Peinado, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Maria Helena Nogueira de Paula, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, Odim Brandão Ferreira e Rosângela Pofahl Batista.

Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva:

Conselho Curador: Ana Lúcia Amaral, Domingos Sávio Dresch da Silveira, Januário Paludo, Mário Lúcio Avelar, Rita de Fátima Fonseca, Samantha Chantal Dobrowolski e Walter Claudius Rothemburg.

Diretoria Executiva: José Roberto Figueiredo Santoro, Eugênio José Guilherme de Aragão e Felício Pontes Júnior.

Associação Nacional dos Procuradores da República :

Presidente: Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Vice-Presidente: Antônio Carlos Alpino Bigonha

Diretores: Eitel Santiago de Brito Pereira, Franklin Rodrigues da Costa, Denise Vinci Túlio, Maria Hilda Marsiaj Pinto, Marcelo Moscogliato, Roberto Cavalcanti Batista e Thaís Graeff.

Revisão: Luiza Cristina Fonseca Frischeisen e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Diagramação, Impressão e Distribuição: Artchipe Editora Ltda. (011) 240-7679

Tiragem: 1.500 - Distribuição gratuita

Foto capa: Jean Charles Pinheira - Os artigos são de inteira responsabilidade de seus autores

3ª CONFERÊNCIA ANUAL DA “INTERNACIONAL ASSOCIATION OF PROSECUTORS”

Ela Wiecko V. de Castilho

Presidente da ANPR

De 1º a 5 de setembro, realizou-se em Dublin, simpática capital da República da Irlanda, a 3ª Conferência Anual da International Association of Prosecutors-IAP. Eram dois temas: o principal, relativo ao abuso sexual de crianças, e o secundário, sobre fraude na era eletrônica. O título geral da Conferência: *Secret Crimes*, desejou expressar a dificuldade na investigação dos crimes sexuais contra crianças e das fraudes praticadas por meio do computador.

Compareceram à Conferência 350 pessoas, quase todas agentes do Estado incumbidos de promover a ação penal. A Conferência toda se desenvolveu na ótica da persecução penal e da atuação meramente repressiva do prosecutor. A presença de integrantes do Ministério Público brasileiro, contudo, trouxe ao debate a possibilidade de atuação preventiva e de promoção da cidadania, bem como levantou questões estruturais da exploração sexual infanto-juvenil, no nível nacional e internacional.

As autoridades da República da Irlanda apoiaram decididamente o evento, não só colocando à disposição dependências do Castelo de Dublin, sede do governo, como prestigiando a cerimônia de abertura. A Presidente, Sra. Mary McAleese, que se encontrava em viagem oficial à Austrália, gravou mensagem em vídeo, e estiveram presentes o primeiro-ministro, o presidente da Suprema Corte e o procurador-geral da República. O ministro da Justiça, Igualdade e Reforma da Lei, o Prefeito de Dublin e o presidente da Ordem dos Advogados ofereceram recepções nos dias subsequentes, oportunizando uma grande integração entre os participantes.

A organização, pontualidade e hospitalidade foram aspectos marcantes da programação de trabalho e social.

Chamou-me a atenção a objetividade com que se houveram apresentadores dos casos para estudo, relatores, palestrantes e presidentes de mesa, bem como a informalidade e a competição nos comentários jocosos para descontrair o público, ao início de cada fala.

Foi utilizada a metodologia do estudo de caso. Os participantes foram divididos em grupos, que se reuniam para discutir os casos e apresentar sugestões de recomendações de conduta. A maioria dos brasileiros participou do Grupo C, em que havia tradução simultânea somente para as línguas francesa e espanhola. Esse grupo era o mais heterogêneo, ao contrário dos demais, em que predominavam integrantes de fala inglesa, provenientes dos Estados Unidos, Irlanda, Reino Unido, Canadá, Nova Zelândia, Hong Kong, Chipre. Notamos a falta de representantes da Itália, França, Espanha, Polônia, contumazes participantes de eventos internacionais de Direito Penal.

Os três casos apresentados consistiam numa história fictícia, mas representativa de situações reais, colocando sobretudo problemas de direito processual e de cooperação internacional. A discussão era orientada por facilitadores e por um questionário adrede preparado.

Ao final, na sessão plenária, foi aprovada uma lista de recomendações, cuja extensão não permite a reprodução integral nesta oportunidade, bem como uma lista de pontos-chave que demandam discussão futura. Ressalto algumas recomendações: 1. O comparecimento de uma criança em audiências judiciais pode ser impactante para ela. Por isso, todos os países devem adotar procedimentos para que seja colhido o depoimento de crianças sem a necessidade de elas comparecerem ao juízo. Entretanto, esses procedimentos não devem prejudicar os legítimos interesses do acusado. 2. A questão de estabelecer uma idade limite para caracterizar a vítima como criança não é fácil. Entretanto, a investigação do abuso de crianças não é facilitada pela adoção de diferentes limites nos diversos países. O IAP gostaria que existisse uma maior uniformidade e considera que essa é uma questão urgente. 3. O uso da Internet na prática de crimes contra crianças é preocupante. Deve ser examinada com

urgência a viabilidade de regular a Internet de modo a prevenir a exploração de jovens por esse meio. Na ausência de um órgão para regular a Internet, deve haver um monitoramento pelos órgãos encarregados de aplicar a lei.

O tema da fraude pelo computador não foi objeto de estudo de casos, apenas de exposições, algumas muito elucidativas e assustadoras, porque mostraram como somos vulneráveis a esse tipo de fraude. (Aprendi, por exemplo, que é um risco pagar conta com cartão de crédito em alguns restaurantes chineses na Europa!)

A próxima Conferência vai se dedicar a esse tema e será realizada em Beijing, capital da China. Muitos associados se posicionaram contrariamente à realização nesse país, tendo em vista as graves violações de direitos humanos e à falta de independência funcional dos procuradores encarregados de promover ações penais. Mas, a esta altura, é difícil reverter a situação. O governo chinês enviou representantes a Dublin para anunciar os preparativos que já estão sendo feitos.

Além da Conferência realizou-se a Assembléia Geral do IAP, oportunidade em que foram aprovadas algumas mudanças estatutárias e rejeitadas outras. As mudanças resultaram na eleição de novos vice-presidentes, um deles, Geraldo Brindeiro, que vinha fazendo parte do Comitê Executivo como membro. Foi rejeitada a proposta de admissão de pessoas físicas e jurídicas interessadas, restringido, porém, o direito de voto em determinadas questões. Essa abertura tinha o objetivo de carrear recursos para o IAP, cuja situação financeira é precária. A ANPR e a Canadian Association of Crown Counsel liderou o movimento que alguns chamaram “purista” no sentido de a associação permanecer por mais algum tempo como um fórum de agentes do Ministério Público. Afinal, o IAP foi criado recentemente em 1995! Houve um reconhecimento generalizado da importância da associação como fórum especializado de intercâmbio de experiência desses profissionais. Rejeitada a proposta, ficou o compromisso de batalhar por recursos junto aos governos, mostrando a importância da associação no aperfeiçoamento da cooperação internacional, cada vez mais necessária no enfrentamento da criminalidade organizada.

A ANPR demonstrou, desde a sua inscrição como sócia do IAP, o propósito de cumprir suas obrigações, tendo pago em dia a contribuição anual de US\$ 500,00, além de ter enviado com presteza o relatório sobre a legislação brasileira acerca do Ministério Público e do processo penal.

A Conferência foi uma ocasião excepcional para o encontro de presidentes e representantes de várias associações e sindicatos do Ministério Público. Houve até uma reunião paralela, em que emergiram questões salariais, autonomia e independência, nomeação do procurador-geral etc. Tudo muito parecido. Os contatos com as associações da Argentina e de Portugal se delinearão no sentido de promover encontros bilaterais em 1999. A associação canadense está interessada em promover um “home exchange”.

Muitas das pessoas que foram a Dublin deverão vir ao Brasil em novembro, para o Congresso Interamericano do Ministério Público, a convite do Dr. Geraldo Brindeiro. Será uma oportunidade de reforçar os contatos e encaminhar concretamente eventos futuros.

Concluindo, a impressão, minha e de Franklin Rodrigues da Costa, que também compareceu representando a ANPR, é de que vale a pena fazer parte do IAP porque nos coloca em permanente contato com os problemas do Ministério Público no mundo e nos dá subsídios para a luta no plano interno contra as tentativas de limitar a independência funcional. Vimos que, progressivamente, todos os países caminham para uma configuração institucional que dá autonomia ao prosecutor, em relação ao Poder Executivo. No próximo boletim darei conhecimento aos colegas sobre os padrões de responsabilidade profissional que estão sendo discutidos no seio do IAP.

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE DOS LIVROS, JORNAIS E PERIÓDICOS. ABRANGÊNCIA VINCULADA AO PAPEL ESCRITO. LIVROS ACOMPANHADOS DE CD-ROMS. NÃO-INCLUSÃO.

André Terrigno Barbeitas
PRR /2ª Região

A) Da admissibilidade do recurso

Trata-se de recurso de agravo interposto contra a decisão inserta às fls. 13 concessiva da liminar em mandado de segurança. É tempestivo porquanto a decisão esteja datada de 07.11.96, verifica-se que o representante judicial da União só foi intimado pessoalmente aos 03.04.97 (conf. Fls. 16), em observância do disposto nos arts. 38 da LC 73/93 e 6º da Lei nº 9028/95, *verbis*:

“Art.38 - As intimações e notificações são feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que officie nos respectivos autos”

“Art.6º - A intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente”

É duvidoso o cabimento do recurso. Existe respeitável corrente jurisprudencial no sentido de inadmitir o recurso de agravo contra decisões proferidas pelo juízo singular em sede mandamental, ressaltando-se as expressas hipóteses legais, a saber, arts. 8º e 12 da Lei 1533/51 e 4º da Lei 4348/64, arvorando-se no seguinte fundamento, *verbis*:

“A lei prevê um procedimento específico para o manda-

do de segurança e os recursos admissíveis são aqueles nela definidos. As decisões interlocutórias não impugnáveis por meio dos recursos consignados na legislação de regência (Lei nº 1533/81, arts. 8º e 13) não operam preclusão e podem ser examinadas, pelo Tribunal competente, em grau de recurso (apelo ou especial). O Código de Processo Civil não é subsidiário ao procedimento do mandado de segurança, a este se aplicando, como proposições basilares e diretoras, os princípios gerais do processo civil. É incabível agravo de instrumento, em processo de ação de segurança, interposto com base no art. 522 do Código de Processo Civil, porquanto os recursos cabíveis, em primeira instância, são os previstos nos arts. 8º e 12 da Lei nº 1533 de 1951 (...)” (RSTJ 47/85, maioria)

Assim, trilhando este entendimento, às pessoas jurídicas de direito público prejudicadas com decisões interlocutórias proferidas pelo juízo singular em sede mandamental não restaria outra alternativa: ou implicam em grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública — e aí desafiariam o recurso pre-

visto no art.4º da Lei nº 4348/64 — ou seriam irrecuráveis até decisão final.

À toda evidência que este entendimento não pode vicejar, seja por contrariar o princípio do duplo grau de jurisdição, seja por ser manifestamente inconveniente, conferindo ao juízo de 1º grau intolerável parcela de poder, sobretudo quando se sabe que, com o acúmulo de feitos na Justiça federal, as decisões liminares proferidas em mandado de segurança têm assumido verdadeiro caráter de definitividade em função do excessivo tempo de processamento dos *mandamus*. Neste passo o entendimento da SÉRGIO FADEL:

“O que não se pode é deixar sem recurso a decisão de qualquer questão incidente proferida pelo juiz no curso do mandado de segurança, porque isso vulneraria o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição e conduziria à elaboração de verdadeira teoria recursal na base de reclamações e correções parciais, o que, de certo modo, implica usurpação da competência federal para legislar sobre processo, fato que só pode ocorrer em casos especialíssimos, e como exceção à regra geral, para

quando não haja recurso previsto na lei” (in Teoria e prática do mandado de segurança, 2ª edição, 1976, p. 157).

B) Dos pressupostos de impetração

A impetração foi dirigida contra ato do Inspetor da Receita Federal no aeroporto desta cidade consistente na ameaça de exigência do prévio recolhimento do imposto de importação para proceder à liberação de livros acompanhados de CD-ROMs. Competência inequívoca da Justiça Federal face ao disposto no art. 109, inciso VIII da CF. Respeitado o prazo decadencial de impetração dado o seu caráter preventivo.

C) Do mérito do recurso

A *vexata quaestio* diz respeito à abrangência da imunidade tributária prevista no art. 150, inciso VI, alínea **d** da CF. Aduz a impetrante e, neste passo, logrou convencer o órgão monocrático, que a importação de livros técnicos de informática acompanhados de CD-ROM constituem um todo indissolúvel, de modo *“que o livro sem o CD para nada serve e o CD sem o livro não serve para nada”*. E, assim, encontram-se ambos imunes à tributação.

A recorrente, por seu turno, alega que a imunidade em foco é de caráter objetivo, devendo ser interpretada de maneira estrita e, se o constituinte desejasse que outros diferentes meios de divulgação da cultura fossem salvaguardados do poder de tributar teria assim previsto expressamente.

Assiste razão à recorrente.

Embora consciente da disseminação cada vez maior dos veículos *multimedia* é certo que o constituinte de 1988 rejeitou expressamente a tentativa de dilatação dos limites da imunidade tributária dos livros

para nela incluir outros meios de divulgação da cultura. Em seus *“Comentários à Constituição do Brasil - promulgada em 5 de outubro de 1988”*, 6º Volume, Tomo I, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 186, relembra IVES GANDRA DA SILVA MARTINS:

“A letra d do inc. VI reproduz o texto de idêntica redação da Emenda Constitucional nº 1/69, art. 19, III, d. A proposta que levei aos constituintes era mais ampla. Em face da evolução tecnológica dos meios de comunicação e daqueles para edição e transmissão, tinha sugerido, em minha exposição para eles, a incorporação de técnicas audiovisuais. Os constituintes, todavia, preferiram manter a redação anterior, à evidência, útil para o Brasil do pós-guerra, mas absolutamente insuficiente para o Brasil de hoje”.

Ou seja, indene de dúvida que foi clara a intenção do constituinte de manter-se fiel ao modelo já tradicional em nosso sistema constitucional no sentido de vincular a imunidade em tela aos meios de divulgação assentados no papel, a englobar os livros, jornais e periódicos. Registre-se, a propósito, a valorosa lição de ALIOMAR BALEEIRO:

“A Constituição não distingue nem pode o intérprete distinguir os processos tecnológicos de elaboração dos livros, jornais e periódicos, embora os vincule ao papel como elemento material de seu fabrico. Isso exclui, parece-nos, os outros processos de comunicações do pensamento, como a radiofusão, a T.V., os aparelhos de ampliação de som, a cinematografia, etc., que

não têm por veículo o papel” (in “Limitações ao Poder de Tributar”, 4ª ed., Forense, 1974, p. 205).

Em idêntico teor o ensinamento de SACHA CALMON NAVARRO COELHO:

“Curiosamente essa espécie imunitória nas Constituições de 1946, 1967 e Emenda nº 01 a esta última, jamais foi complementada. Não se conhece lei infraconstitucional sobre o tema. Sua crônica é predominantemente jurisprudencial.

Há nela um feitio renascentista. É como se estivesse presa a era de Guttemberg, onde o livro era, por excelência, o veículo das idéias. Hoje, é consabido, a educação e a cultura, o entretenimento e o debate, fazem-se por outros meios. Aí estão o disco e o slide didáticos, as fitas gravadas (videocassetes), os programas científicos de toda ordem através da televisão a cabo, os filmes culturais didáticos, os audiovisuais. Acharmos que a imunidade deveria abrangê-los, pois ‘onde a mesma razão, a mesma disposição’ embora se diga, também, que diante da enfática insuficiência do texto não cabe o minus dixit, porque onde o constituinte não distingue ou não quis distinguir, não cabe ao intérprete fazer distinções, a não ser em relação aos próprios objetos da imunidade.” (in Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário, 3ª edição, p. 378/9)

E qual a razão para que o constituinte restringisse a imunidade às idéias veiculadas através do pa-

pel impresso? Confira-se, a propósito, o pensamento de OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO:

“Talvez, o constituinte não tenha pretendido estender a imunidade do livro, jornal e periódico e do papel destinado a sua impressão para o cd-rom e o disquete com programas, as fitas cassetes gravadas, etc., pelo fato de julgar que esses modernos meios de divulgação da moderna tecnologia não requerem tal benefício, pelo fato de serem, em regra, consumidos, apenas, por pessoas de melhor poder aquisitivo, olvidando a conveniência da extensão da imunidade, em comento, para a difusão destes novos meios de veiculação de idéias, conhecimentos e informações” (“Os CD-Roms e Disquetes com Programas Gravados são Imunes?”, in Revista Dialética de Direito Tributário nº 7, p. 36)

Registre-se, por fim, que no elucidativo artigo acima referido, o mesmo autor aduz à decisão proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

“A Primeira Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento em 15.12.93, por unanimidade, do RE nº 39.797-9-SP, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo versus Mumps Processamentos de Dados Ltda., embora não tenha expressamente tocado na questão da aplicação ou não da imunidade tributária em relação ao software, decidiu pela incidência do ISS sobre a exploração econômica de programas de computador, mediante contratos de licença ou cessão, excluída a incidência do ICMS uma vez que referidos programas não se confundem com os seus suportes físicos, não podendo ser considerados mercadorias (pub. In ‘R.S.T.J.’ nº 58/408-413)”

(OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO, ob. cit., p. 37)

Não soa verdadeira, por outro lado, a assertiva de que o livro técnico e o cd-room que o acompanha constituem um todo indissolúvel. É consabido que a utilização do CD-ROOM, por ser mais abrangente, não implica necessariamente na utilização do livro.

Alargar os limites estritos da imunidade tributária dos livros para pretender nela incluir outros meios de divulgação da cultura sem prévia alteração do texto constitucional afigura-se nos desarrazoado ao ponto de vir a abranger, por absurdo, discos, cds de música, serviços de radiodifusão e de televisão, espetáculos teatrais, exibição de filmes, etc.

Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo seguimento e conhecimento do recurso, dando-lhe provimento para reformar a decisão recorrida de molde a denegar a liminar por ausência do ‘*fumus boni juris*’.

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA

ENVIE SEUS ARTIGOS E PARTICIPE DESSA IDÉIA

- Solicitamos aos nossos colaboradores que enviem seus artigos no seguinte formato: em disquete, em programa Word for Windows 6.0, com no máximo 200 linhas, com espaçamento normal, corpo 11, fonte Times New Roman ou similar, com notas de rodapé ao final do texto.
- Comunicamos ainda que as eventuais alterações cadastrais devem ser enviadas à Artchip Editora Ltda., pelo telefone (011) 240-7679, ou via e-mail para o endereço: artchip@totalnet.com.br.
- Dúvidas e comentários em relação às matérias devem ser encaminhadas ao Conselho Editorial, via e-mail, nos seguintes endereços:
Luiza Cristina Fonseca Frischeisen e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa (SP) - prdcsp@ruralsp.com.br
Rosângela Pofahl Batista (GO) - rosangela@cultura.com.br
Aloísio Firmo e Maria Helena Nogueira de Paula (RJ) - prrj@antares.com.br
Odin Brandão Ferreira (DF) - odimf@pr1.mpf.gov.br

O PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE NA EXTRADIÇÃO NECESSITA SER HOMOLOGADO NO STF? — UMA ANÁLISE DO “CASO JORGINA”

Artur Gueiros
PR/RJ

Depois de grande esforço, finalmente conseguiu-se localizar a “megafraudadora” da Previdência Social, Jorgina Maria de Freitas Fernandes, ré na presente ação penal. Após intensas buscas policiais — instruídas, inclusive, com interceptações telefônicas autorizadas por este MM. Juízo — o Governo brasileiro obteve, junto ao Governo da Costa Rica, a prisão e a conseqüente dedução de processo de extradição dessa criminosa.

Entretanto, na pressa inerente à situação fática — temia-se que a acusada obtivesse *habeas corpus* perante a justiça local, expediente que poderia redundar no seu novo “desaparecimento” — o Governo brasileiro não atentou para as graves conseqüências do princípio da especialidade, isto é, da regra do direito extradicional, através da qual o País que requer a extradição se compromete a não processar o extraditando por crime diverso daquele que fundamentou o seu pedido.¹

Para se conseguir a entrega da acusada, o pedido teve por suporte, unicamente, a sentença condenatória proferida na célebre Ação Penal nº 04/91, que tramitou no Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Nesta sentença, além de outros, a

ora acusada Jorgina Maria de Freitas Fernandes foi condenada à pena de 14 anos de reclusão por crimes de peculato (12 anos) e formação de quadrilha (2 anos), afora multa, custas etc.²

Em outras palavras, o Governo brasileiro, “esquecendo-se” de que Jorgina Maria de Freitas Fernandes, em razão de sua personalidade voltada ao crime e à espoliação vil do patrimônio da Previdência Social, responde a outras demandas criminais, tanto na Justiça Estadual quanto na Federal — inclusive este processo nº 98.48845-6 —, optou exclusivamente por pedir a extradição para o desconto da pena que a mesma sofreu na Ação Penal nº 04/91.³

Findo o processo de extradição, a justiça daquele país, após reconhecer o alcance prescricional relativamente ao crime de formação de quadrilha, resolveu deferir a entrega da criminosa somente em relação ao delito não prescrito, vale dizer, o crime de peculato.

Assim e ao receber a extraditada, o embaixador João Carlos de Souza Gomes, acreditado junto ao Governo de São José da Costa Rica, comprometeu-se, em nome do Brasil, ao seguinte:

“CONDICIONES

Deberá el representante Di-

plomático prestar promessa formal de lo siguiente: A - Que la extraditable no será sometida a penas diferentes a las aquí estipuladas y no podrá ser condenada a muerte, cadena perpetua. B - No podrá ser sometida a juicio por un delito diferente al que se concede en esta extradición, lo cual hará ilegal al despacho por medio de escrito.”⁴

Neste contexto, surge a controvérsia de se saber qual o destino a ser dado ao presente processo penal.

Parece-nos, pelo que foi acima exposto, que, por se tratar de persecução em razão de delito diverso do que fundamentou a extradição costarriquenha, não se poderá dar segmento ao pleito em questão sem que se formalize, junto à justiça estrangeira, o competente pedido de extensão de extradição.⁵

Desta premissa, surge, porém, outra indagação, qual seja, a de se saber se os efeitos decorrentes do princípio da especialidade incidem automaticamente no presente processo, ou se demandariam, para tal fim, uma eventual homologação da sentença estrangeira

(concessiva de extradição), perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea "h", da Constituição da República de 1988.

Somos de opinião que prevalece o primeiro entendimento, ou seja, de que o princípio da especialidade da extradição aplica-se diretamente aos demais processos porventura existentes contra o extraditado, independente de homologação da decisão da justiça estrangeira junto ao Supremo Tribunal Federal.

Isto porque, a extradição, em nossa visão, antes de um ato de colaboração jurisdicional, é "um ato de Governo e, portanto, o direito de concedê-la ou de negá-la pertence exclusivamente às autoridades do país demandado, por ser um dos atributos inerentes à sua Soberania."⁶

Assim, este "ato de Governo" ou este "atributo da Soberania", se submetido a condições, dentre elas a de se respeitar o princípio da especialidade, necessita ser acatado pelo Estado requerido no instante da retirada física do extraditado, sem que se cogite de posterior homologação do "ato" pelo qual a extradição foi deferida, até porque a entrega pode estar calcada não em sentença estrangeira, mas em decreto do Executivo, como ocorre com os Estados que ainda mantêm o sistema administrativo puro.⁷

Demais disto, o nosso ordenamento jurídico prevê, em *numeros clausus*, as hipóteses de matérias versadas em sentenças estrangeiras que são passíveis de homologação no processo penal, conforme o disposto no artigo 9º, do CP, e nos artigos 787 e segs., do CPP.

Portanto, o que escapa do regramento acima citado — v.g., a matéria contida no artigo 8º, do CP — pode surtir efeitos no terreno criminal, sem se exigir a homologação

no Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, a lição do querido mestre João Marcello de Araújo Júnior, *in verbis*:

"Face aos princípios regentes da cooperação internacional em matéria criminal, a homologação é dispensável, apenas, para os efeitos penais secundários da condenação, tais como: determinar a reincidência; possibilitar ou impedir a suspensão condicional; compensar as penas (art. 8º do CP); aplicar a lei brasileira a crimes cometidos fora do Brasil (extraterritorialidade). Em razão da reincidência: a) aumentar o prazo da prescrição; b) interromper a prescrição; c) revogar a reabilitação; d) revogar o 'sursis' e o livramento condicional, e outros."⁸

O próprio Supremo Tribunal Federal — em sede de ação penal originária — já teve a oportunidade de reconhecer a incidência do princípio da especialidade, independentemente de prévia "homologação" da decisão estrangeira concessiva de extradição.

Vejamos, neste particular, a seguinte ementa:

"1. Inquérito. Ação Penal Originária. 2. Denúncia que envolve, como co-acusado por corrupção ativa, brasileiro recentemente extraditado da República Argentina, em razão de fatos diversos dos descritos na denúncia. 3. Tratado de Extradicação entre Argentina e Brasil. (...) Em virtude desse tratado, o indivíduo extraditado não poderá ser processado e julgado por qualquer outra

infração cometida anteriormente ao pedido de extradição, salvo se nisso convier o Estado requerido, ou se o próprio indivíduo, expressa e livremente, quiser ser processado e julgado por outra infração, 'ou se, posto em liberdade, permanecer voluntariamente no território do Estado requerente durante mais de trinta dias, contados da data em que tiver sido solto'. 4. Possibilidade de solicitar à República Argentina a extensão da extradição, relativamente aos fatos anteriores, ora objeto da denúncia em exame. 5. Extradicação supletiva. Sua admissibilidade. 6. Enquanto não houver o atendimento, pela República Argentina, ao pedido de extensão da extradição, não será possível prosseguir no procedimento criminal contra o referido co-denunciado. (...) 9. Questão de ordem apresentada pelo Relator que se resolve no sentido de ordenar a suspensão do procedimento criminal, relativamente ao co-denunciado, para que, nos termos do artigo XIV do Tratado de Extradicação entre Argentina e Brasil, sejam adotadas as providências necessárias em ordem a solicitar à República Argentina a extensão da extradição em apreço, quanto aos fatos constantes da denúncia."⁹

Oportuno, ainda, salientar que a despeito da inexistência de tratado firmado entre o Brasil e a Costa Rica, é perfeitamente possível a hipótese da extensão da extradição de Jorgina Maria de Freitas Fernandes,

haja vista que ambos os Estados são subscritores da “Convenção de Havana”,¹⁰ cujo o texto agasalha o dispositivo adiante transcrito:

“Art. 377. A pessoa entregue não poderá ser detida em prisão, nem julgada pelo Estado contratante a que seja entregue, por um delito diferente daquele que houver motivado a extradição e cometido antes desta, salvo se nisso consentir o Estado requerido, ou se o extraditado permanecer em liberdade no primeiro, três meses depois de ter sido julgado e absolvido pelo delito que foi origem da extradição, ou de haver cumprido a pena de privação de liberdade que lhe tenha sido imposta.”

Finalmente, devemos consignar a desnecessidade da tradução da sentença inserta em fls., porquanto a mesma é quase toda composta da versão castelhana da íntegra da supracitada Ação Penal nº 04/91, sendo certo que a parte conclusiva do julgado, pela similitude da língua espanhola com a língua portuguesa, é de fácil apreensão.

Incidente, portanto, a exceção da regra disposta no artigo 236, do CPP, conforme bem lembrado pelo ínclito Procurador do INSS, Dr. André Oliveira, em recente manifestação processual.

Ante o exposto, requer o MPF:

1º o sobrestamento da presente ação penal, em razão da incidência do princípio da especialidade da extradição;

2º a expedição de ofício ao Exmº Sr. Ministro da Justiça, contendo a solicitação, ora formulada, de **extensão da extradição de Jorgina Maria de Freitas Fernandes**, a ser processada, através dos canais competentes, junto ao Governo da Costa Rica.

¹ Neste sentido, dispõe o artigo 91, da Lei nº 6.815/80: “Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumira o compromisso: I - de não ser o extraditado preso nem processado por fatos anteriores ao pedido.”

² Ver, em anexo, cópia da petição inicial de extradição ativa, subscrita pela Legação diplomática brasileira, ao Juzgado Primerero Penal de San José, Costa Rica.

³ Conforme escrevemos alhures: “(...) O Governo brasileiro justificou-se dizendo que a referência exclusiva aos crimes de peculato e formação de quadrilha — este último já prescrito — foi uma estratégia para acelerar a tramitação da extradição de Jorgina. Tal estratégia, se verídica, constituir-se-á em novidade para os estudiosos da extradição. De fato, se o Governo tivesse se espelhado nos exemplos dos países que com mais frequência pedem extradição ao Brasil — Estados Unidos, Itália e Alemanha —, observaria que eles tomam sempre o cuidado de discriminar todos os crimes a que o criminoso encontra-se sujeito, em cumprimento ao princípio da especialidade.” (“A extradição de Jorgina”, *Jornal do Brasil*, edição de 27.02.98, Caderno Opinião, p. 9).

⁴ Trecho da Sentença nº 214-94, proferida pelo Tribunal Pleno del Primer Circuito Judicial, de San José, Costa Rica.

⁵ O instituto da extradição extensiva (ou supletiva) é bastante conhecido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sede única da extradição passiva em nosso ordenamento jurídico. Por todos, vejamos o arresto mais recente sobre a questão:

“Extradição. Extensão. Tendo em vista que o extraditando não pode ser processado por atos praticados antes da extradição, diversos daqueles que fundaram o pedido, sem o consentimento adicional do país requerido, o Tribunal deferiu o pedido de extensão da extradição de nacional eslovaco, com base no princípio da especialidade (Código Penal da República da Eslováquia, e artigos 79, II, 80, caput, e 91, I, da Lei 6.815/80), dispensando o mandado de prisão.” (Extradição 646 - República Eslovaca, rel. Min. Maurício Corrêa, 2.9.98) (in, “Informativo STF” nº 121, de 04.09.98). Neste sentido, Pedido de Extensão em Extradição nº 548, Rel. Min. Carlos Velloso, pub. DJ, Seção I, de 19.12.96, p. 51.765).

⁶ “Nesta esteira, a lição de Lafayette Pereira: ‘desde que o indivíduo entra em território de outro Estado, fica sob a soberania desse Estado. Entregá-lo, ou não, à autoridade estrangeira é um puro ato de soberania. Por virtude da essência da soberania, esse ato deve ser inteiramente livre, sob pena de ofensa da independência’.” (ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA, “As Novas Tendências do Direito Extradicional”, Renovar, Rio, 1998, p. 39).

⁷ Sobre os sistemas extradicionais existentes, ver *op. cit.*, p. 38.

⁸ JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR, “Cooperação internacional na luta contra o crime. Transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo conceito”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 10/1995, São Paulo, p. 112.

⁹ Inquérito nº 731 - DF - questão de ordem. Relator Min. Néri da Silveira, Indiciados Zélia Cardoso de Mello e outros. Publicado no DJ, Seção I, de 20.10.95, p. 35.255. (grifamos).

¹⁰ Aprovada na sessão plenária da 6ª Conferência Pan-Americana de Direito Privado e batizada de “Código Bustamante”. Em vigor, no nosso ordenamento, desde a publicação do Decreto nº 18.871/29.

O CASO DOS TELESORTEIOS 0900

Uma História de Desrespeito ao Poder Judiciário

Duciran Van Marsen Farena
PR/SP

“Cada sentença não cumprida é um bofetão no rosto da consciência cívica nacional”

(...)
essa invasão de lares pela roleta telefônica é a maior ameaça à democracia no Brasil, hoje”.

José Nêumane, “Em Jogo, A Democracia”, O Estado de São Paulo, 08/07/98.

“Dados os fortíssimos indícios de resistência por parte da demandada, autorizo os oficiais de justiça a realizarem a intimação, se necessário, em domingos, feriados, e nos dias úteis, fora do horário estabelecido no artigo 172, caput, nos termos do permissivo do parágrafo 2o. do mesmo dispositivo legal.

Fica autorizada, expressamente, a entrada dos servidores em todas as dependências da emissora, ficando claro que episódios semelhantes aos ocorridos nas duas últimas diligências, concernentes à resistência das pessoas mencionadas e descritas à efetivação da

intimação, poderão caracterizar, em tese, a conduta descrita no artigo 329 do Código Penal” (Dra. MÁRCIA HOFFMANN DO AMARAL E SILVA, despacho de 16.12.97, ação popular n. 97.0035296-4).

“Emissoras se Negam a Parar Telessorteios” (Folha de São Paulo, 7 de julho de 1998).

“Você deve fazer aquilo que quiser” - resposta de funcionário de provedora ao oficial de justiça, Ação Civil Pública n. 98.002856-0, certidão de fls. 763.

“Dado o fato notório, especialmente no dia de ontem... da consumação do delito previsto no art. 330 do Código Penal Brasileiro, ...praticado pelas rés (emissoras) ... e respectivas provedoras...oficie-se ao Ministério Público Federal...para dar-lhe ciência da desobediência acima apontada às ordens deste Juízo ... sendo irrelevante a existência de eventual decisão em sentido contrário na 2a. instância - o que, como se sabe, não apaga o

crime...” (Dra. RITINHA ALZIRA M. DA COSTA STEVENSON, Ação Civil Pública n. 98.002856-0, fls. 795).

A Justiça Federal e a sociedade têm testemunhado, nos processos movidos contra os telessorteios 0900, um insólito episódio de resistência e desrespeito às decisões judiciais.

Em uma palavra, nenhuma decisão de primeira instância vale até que os réus - emissoras e provedores de 0900 - estejam “oficialmente intimados”, o que nunca acontece; toda decisão de 2a. instância, não importando seu teor, é imediatamente capitalizada como um *bill de indenidade* à desobediência, e alforria absoluta para a continuidade dos sorteios.

Este breve relato, dado o interesse despertado em toda a classe judiciária e na sociedade em torno do tema, tem a finalidade de informar sobre o acontecido, desvendando a verdade.

Em 12 de janeiro de 1998, o Ministério Público Federal propõe a **Ação Civil Pública nº 98.0001049-1**, com pedido de tutela antecipada, perante a 15ª Vara Federal de São Paulo, contra a União Federal, emissoras de TV e prove-

doras de 0900. Anteriormente, decisão em ação popular (n. 97.0035296-4), posteriormente revogada por mudança da Portaria autorizadora dos sorteios, não conseguiu fazer-se cumprir.

Fundamentou-se a ação ministerial em Inquérito Civil Público que, em vários volumes, confirmou a ilegalidade e a lesividade dos sorteios. Efetivamente, o jogo televisivo baseava-se em autorizações expedidas pelo Ministério da Justiça, nos termos da Portaria 413/97, posteriormente substituída pela de número 1285. Tais diplomas contrariam a Lei 5768/71, a pretexto de regulamentá-la: o rigoroso regime legal é contornado, em desrespeito ao princípio da legalidade estrita: somente uma vez por ano se poderiam sortear bens, recebidos estes a título de doação pela entidade, à qual aproveitaria a integralidade dos recursos.

A lesividade foi amplamente documentada: permitiram as Portarias a criação de um lucrativo cassino, com empresas seletas e especializadas monopolizando os sorteios, veiculados pelas emissoras de televisão, em detrimento da credulidade do consumidor e das próprias entidades filantrópicas - o sócio mais fraco desta sociedade leonina - que recebiam quantias ínfimas, ou, não raro, nada pela exploração do seu nome. Ausência de prestação de contas, apelo a crianças e adolescentes, realização de sucessivos sorteios com apenas uma autorização, são, dentre outros, fatos que determinaram a pronta atuação do Ministério Público Federal no caso.

Enquanto aguardava-se decisão sobre a tutela antecipada (decidiu o Juízo ouvir a União Federal preliminarmente) teve o Ministério Público Federal, em janeiro deste ano, notícia de evento paralelo de telesorteio, não autorizado pelo Ministério da Justiça - o “Disque

Marcelinho” - razão pela qual solicitou informações aos realizadores da promoção.

Revelou-se, assim, que o mencionado sorteio estaria supostamente fundamentado nas seguintes normas estaduais do Rio de Janeiro: Lei nº 2242/94, Portaria nº 067/97 e Convênio nº 09/97 firmado entre a ABLE (Associação Brasileira de Loterias Estaduais) e a LOTERJ.

Tal promoção, na verdade, consistia numa ilegalidade ainda mais gritante que as autorizações do MJ, posto que agora é um ente estadual (no caso, a LOTERJ, em convênio com uma inidônea associação de loterias estaduais - a ABLE) a “autorizar” sorteios de âmbito nacional, recebendo, em contrapartida, para suas finalidades “sociais”, minúscula participação de somente 3% do total apurado.

Assim, em 21 de janeiro, foi proposta a **Ação Civil Pública nº 98.0002856-0**, com pedido de tutela antecipada, pelo *Parquet Federal* perante a 20ª Vara Federal de São Paulo, buscando obstaculizar não só aquele primeiro evento - o “Disque Marcelinho” - mas também todo e qualquer outro sorteio baseado na normatividade ilegítima:

“Tais exemplos reforçam a necessidade de se obstaculizar não somente o sorteio Disque-Marcelinho, mas todo e qualquer outro sorteio 0900 baseado em qualquer um dos diplomas atacados, a saber, a Lei Estadual 2242/94, a Portaria 067/97, e o Convênio 009/97” (petição inicial da ação civil pública, fls. 40)

Em 23 de janeiro, foi concedida, liminarmente, pelo Dr. José Eduardo Santos Neves, a tutela da ação civil pública do “Disque Marcelinho”, determinando a sus-

penção de toda e qualquer atividade de sorteio televisivo por parte das Rés, que tenha por fundamento o Convênio nº 09/97 (fls. 106/112).

Foram citadas as rés (ABLE e da LOTERJ, respectivamente, em 10 e 13 de março de 1998, embora a carta precatória referente à esta última somente tenha sido devolvida à S. Paulo em 1o. de julho). **Apenas a TV BANDEIRANTES recorreu, alterando, após a liminar desfavorável, o fundamento da promoção - que passou a ser a “Lei Zico”.** Obteve, com isso, liminar subscrita pela relatora do E. TRF Dra. Marli Ferreira, que autorizou a continuidade do “Disque Marcelinho” nos seguintes termos:

(...)

“3. Mas, a razão tem fundamento legal e constitucional que ampara esta decisão. Primeiramente, porque o art. 22, inciso XX, da CF, comete à União Federal a competência legislativa privativa dos sorteios. Ora, a agravante obteve autorização para a promoção do sorteio de Lei Federal (Lei nº 8.672/93), que institui normas gerais sobre desportos - “Lei Zico”, através de entidade desportiva credenciada, no caso dos autos a CBDA, que por ter sede no Rio de Janeiro, registrou-se nova unidade federativa, obtendo da Secretaria da Fazenda, o alvará respectivo.

(...)

5. Observo, ademais, que não há o caráter filantrópico indicado pelo MPF. São hipóteses distintas. Um é o sorteio com base na Lei “Zico”, voltada para angariar recursos para o fomento do desporto; outro é pre-

visto na Lei nº 5678/71, trazido pelo autor da Ação Civil Pública e que não guarda qualquer semelhança ontológica com o presente caso.

Assim considerando, concedo o efeito suspensivo requerido, para autorizar em seus trâmites já fixados, a final do sorteio a se realizar no dia 25 de janeiro, "Telesorte-Disque Marcelinho", com mídia vinculada às entidades desportivas que menciona, nos termos do pedido."

Ao mesmo tempo, oficiou o MPF ao Ministério da Justiça, a fim de que este exercesse o seu poder de polícia em face do sorteio ilegal. Assim, em 23 de abril de 1998, foi expedido o despacho de nº 06, no qual determinou-se a proibição de todo e qualquer sorteio, incluindo os serviços 0900, realizados sem a autorização do Ministério da Justiça/DPDC.

Inconformada com este despacho, em 24 de abril, a ABLE interpôs cautelar em face da União Federal, perante a 26ª Vara Federal do Rio de Janeiro, que, ao final, em 29 de junho, foi julgada improcedente, confirmando a Juíza Federal Dra. Helena Elias Pinto a ilegitimidade dos sorteios televisivos "autorizados" pela Loteria Estadual:

"A exploração dos tele-sorteios pelo sistema 0900 extrapola, evidentemente, a esfera estadual. Qualquer telespectador, de Norte a Sul, de Leste a Oeste do Brasil pode firmar, instantaneamente, por intermédio de uma ligação telefônica com atendimento automatizado, o contrato cuja proposta é veiculada reiteradamente na televisão. Não há, nesta

análise preambular, argumentos capazes de mitigar a força desta evidência. Assim, não é lícito às entidades habilitadas a operar apenas no âmbito estadual o exercício de atividade lotérica de alcance nacional" (ação cautelar nº 98.8518-4).

Em 20 de maio, concedeu o magistrado federal da 15ª Vara, Dr. Marcelo Mesquita tutela antecipada na Ação Civil Pública nº 98.0001049-1 determinando a **suspensão dos sorteios televisivos 0900 realizado com base nas Portarias 413/97 e 1285/97 do Ministério da Justiça**, nos seguintes termos:

"Vislumbro, neste momento de cognição sumária que, apesar de o Poder Público haver editado nova regulamentação sobre os sorteios televisivos... não parece ter conseguido sanar as irregularidades e lesões que a sociedade como um todo estaria exposta.

Entre estas, ressaltam-se: a ilegalidade da antiga Portaria nº 413/97 e da atual Portaria nº 1285/97 face a Lei nº 5.768/71; a contrariedade da atividade face à mesma lei; o desvio de finalidade legal; a precariedade da fiscalização; a ilegalidade da atividade face a outras disposições do ordenamento jurídico; a lesão aos consumidores e a lesão patrimônio público.

(...) A Portaria nº 1285/97, em seu art. 28, apenas limitou a destinação de rendimentos a terceiros em um máximo de 84% da renda bruta.

Ora, isto se choca com o

parágrafo 3o. do artigo 4o. da Lei n. 5.768/71, com a redação dada pela Lei nº 5.864/72, que dispõe: "Art. 4o., parágrafo 3o.: Será também considerado desvirtuamento da aplicação dos recursos obtidos pela forma excepcional prevista neste artigo a interveniência de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, que de qualquer forma venham a participar dos resultados da promoção"

(...)

Face a estes argumentos e os demais expostos na inicial, convenço-me da verossimilhança da alegação. O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação exsurge do próprio mecanismo da atividade. Seria extremamente complexa a reparação dos danos causados, seja diante da quantidade de lesados e pulverização da atividade, seja diante da dificuldade de mensurar o dano sofrido, como no caso dos menores influenciados a partir dos sorteios (fls. 1551/64)."

Em sede de agravo de instrumento, a tutela foi mantida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em firme decisão do relator Dr. Persio Lima:

"Ante o exposto, entendendo presentes as hipóteses previstas no art.273 do CPC, indefiro o pedido de efeito suspensivo e, por seus próprios e jurídicos fundamentos, mantenho a r. decisão "a quo", que determinou a corré União Federal a não conceder autorização para a realização dos sorteios por entidades filantrópicas com

base na Portaria 413/97 e na Portaria 1285/87, bem como para suspender os concursos televisivos realizados com base nas citadas Portarias e organizados com a participação das empresas elencadas na inicial da ação civil pública (...)

Esclareça o MM. Juiz Federal da 15ª Vara, em 10 (dez) dias, quais as providências que tem tomado ou tomou para o efetivo cumprimento da tutela antecipada por ele concedida, devendo observar que no caso da desobediência a sua ordem persistir esta Relatoria recomenda medidas mais efetivas e rígidas para salvaguardar o interesse da coletividade e o respeito ao Poder Judiciário.”

Não obstante, essa decisão não chegou a suspender os sorteios televisivos durante um único dia. De forma subreptícia, emissoras e provedoras migraram para a ABLE/LOTERJ, que, a despeito da proibição, continuou autorizando a jogatina, com base no Convênio n. 09/97!

Tal fato foi denunciado à Juíza Federal da 20a. Vara, que assim se expressou:

“Em face, porém, da seriedade dos fatos relatados na petição de fls... considero necessário, por ora, oficiar à TV BANDEIRANTES e demais réus para que esclareçam, de imediato, se estão cumprindo a decisão judicial nestes autos prolatada, e, em caso negativo, que a cumpram imediatamente, sob pena de responsabilização civil e criminal” (fls. 343 da Ação Civil Pública n. 98.0002856-0)

Desta decisão, somente a BANDEIRANTES agravou, tendo o E. TRF, pela voz da Juíza Marisa Santos, deixado claro que os demais concursos continuam sob impedimento judicial:

“Esqueceu-se a agravante, quando interpôs o primeiro recurso, dos demais concursos que não o “Disque Marcelinho”. Descobriu, agora, que a sua pressa em realizar aquele empreendimento acabou fazendo com que a preclusão atingisse seu direito de recorrer quanto aos demais concursos, e agora, sob o argumento de que a decisão ora agravada atinge o seu direito, pretende, na verdade, modificar aquela primeira, na tentativa de tumultuar o processo e dar legitimidade ao seu ato de descumprimento da ordem judicial, o que, como bem lembrou a Mma. Juíza Federal, tem consequências cíveis e penais imediatas” (AI n. 98.03.051621-3).

Determinou em seguida a Mma. Juíza Federal da 20a. Vara que fosse retificado o pólo passivo da ação, tendo em vista que as demais emissoras de TV e provedores estavam realizando sorteios com fundamento nas autorizações inválidas da ABLE/LOTERJ. **À ocasião, sequer havia sido proferido o despacho saneador.**

Em 02 de julho, após o aditamento do pedido, foi proferida a decisão de fls. 679/683, incluindo as demais emissoras de televisão e provedoras, bem como determinando **“a imediata suspensão de todo e qualquer sorteio televisivo promovido pelas réus, na modalidade 0900, sob pena de indiciamento criminal dos res-**

ponsáveis pelo delito de desobediência, além da responsabilização civil, sem prejuízo da aplicação da multa diária, no valor de um milhão de reais, a cada réu porventura desobediente” (fls. 679/83).

Renova-se, nesse momento, o espetáculo já presenciado pela Justiça Federal: fax enviado pelo juízo é ignorado; opõem os réus toda a sorte de obstáculos à intimação - mesmo acompanhados os oficiais da Polícia Militar Estadual! - episódio rumoroso que não escapou despercebido à imprensa esclarecida:

“Apesar da decisão da juíza suspendendo os sorteios na semana passada, algumas emissoras estão se recusando a receber o oficial de justiça com a notificação.

Até ontem, a oficial de justiça da 20a. Vara Federal não tinha conseguido comunicar as emissoras (...).

Na TV M. foi recebida apenas pelo chefe de segurança, identificado como Acácio. Ele teria afirmado que não havia advogados ou representantes legais da emissora para receber a notificação (...)

Na TV R., a oficial foi recebida por um funcionário identificado como Sebastião Neto, que se recusou a assinar a comunicação.

A oficial de justiça ainda tentou comunicar a decisão para o S. Ela foi recebida pelo chefe de segurança, que chamou um advogado da empresa que se identificou apenas como Marcelo. Ele também se recusou a assinar o documento” (“Emissoras se Negam a Parar

Telessorteios”, Folha de S. Paulo, 7 de julho de 1998, 1-9)

Novamente, não cessam os sorteios. Neste ínterim, insurge-se a ré TVI, mediante a interposição de agravo de instrumento, no mesmo dia 7 de julho, logrando efeito suspensivo junto ao Dr. Andrade Martins:

“ O ponto crucial do presente agravo é a premente necessidade de se evitar perecimento de direitos. Não, como já visto, diretamente em função do que se discute no mérito da causa, mas sim pelo fato de a agravante ter sido guindada à condição de ré em processo já em andamento, vendo-se inserida desde logo em posição desvantajosa e criadora de sério periculum in mora (...)

A meu ver, a ação civil pública refoge a uma assimilação, às completas, da ortodoxia do Código de Processo Civil. As providências que implica comporta extensões, no sentido de garantir a efetividade do seu precípua objetivo de tutelar direitos difusos e coletivos. Mas certamente não comportam transgressões ao devido processo legal, como no caso está perfeitamente patenteado (CF, art.5, inciso LIV).

É por esse ângulo que fica bem clara a injuricidade da imposição, à ré, de um verdadeiro leito de Procusto, à medida que passou a enfrentar demanda já em curso na qual suportará ônus processuais anormais, já com agravamento, sem ter direito sequer a um juiz natural e a um pro-

cesso de que participasse desde o início (AI n. 98.03.054508-6).”

Posteriormente, em informações ao Relator, manifestou-se a Dra. Ritinha Stevenson:

“O dado mais relevante que devo, de imediato, transmitir a Vossa Excelência, é que a ré LOTERJ... foi citada mediante Carta Precatória, a qual foi distribuída à 18a. Vara Federal do Rio de Janeiro e que somente foi devolvida a este Juízo através de ofício datado em 1o. de julho de 1998... e juntada ...anteontem, ou seja, 7 de julho p.p., em data, portanto, até posterior à da prolação da decisão ora agravada (não obstante os esforços engendrados por este Juízo, ao longo do processo, para localizar o importante documento citatório...)

Destarte, na presente fase em que se encontra tal processo e, levando-se em consideração a existência de litisconsórcio passivo desde a data da propositura da ação, ... permaneceu - e ainda permanece - aberto o prazo para os próprios réus originários oferecerem suas contestações.

Por tal razão, considereei correta, legítima e necessária, em face da lei processual, até para garantir plenamente o direito de defesa dos envolvidos, em homenagem ao princípio constitucional consubstanciado no art. 5o., LV, da Lei Maior, a ampliação do litisconsórcio passivo, no momento processual que o autorizei,

questionado no presente Agravo”(ofício de 09 de julho de 1998).

No entanto, a concessão de efeito suspensivo produziu resultado imediato: os demais réus sentiram-se livres para prosseguir com os sorteios (era época de Copa do Mundo), mesmo que só alcançassem provimento semelhante no dia 10 de julho.

Tal fato foi confirmado pela Dra. Ritinha Stevenson, ao comunicar o MPF sobre a consumação do crime de desobediência, pelas emissoras e respectivas provedoras:

“Dado o fato notório, especialmente no dia de ontem.... da consumação do delito previsto no art. 330 do Código Penal Brasileiro, ...praticado pelas rés (emissoras) ... e respectivas provedoras...oficie-se ao Ministério Público Federal...para dar-lhe ciência da desobediência acima apontada às ordens deste Juízo ... sendo irrelevante a existência de eventual decisão em sentido contrário na 2a. instância - o que, como se sabe, não apaga o crime...” (fls. 795).

Agravos interpostos pelos réus “originários” TV BANDEIRANTES, ABLE, LOTERJ e SERCON tiveram efeito suspensivo negado pelo Dr. Andrade Martins. Em face disso, interpôs o MPF embargos de declaração ao agravo da TVI, posto que o fundamento dos sorteios era, precisamente, autorização da ABLE/LOTERJ.

Estes embargos, até o momento, não foram apreciados. Ofereceu o autor, igualmente, agravo regimental das decisões

concessivas do efeito suspensivo em favor dos agravantes.

Sem êxito no seu recurso, finalmente resolve a ABLE/LOTTERJ cumprir a decisão judicial de primeira instância, comunicando aos provedores e emissoras a suspensão das autorizações. **No entanto, os sorteios prosseguem:** agora realizados sem qualquer autorização, o que motiva nova representação criminal contra os responsáveis.

Em 14 de julho, chega à 20a. Vara Federal, por força da prevenção, Ação Popular intentada junto à Justiça Federal do Rio de Janeiro, na qual se pede a nulidade e ilegalidade dos contratos celebrados pela ABLE/LOTTERJ, por ausência de legitimidade para autorizar sorteios 0900 (autos nº 980029080-0).

No dia seguinte, deferiu o Dr. André Custódio Nekatschalow tutela antecipada, determinando que a interrupção dos sorteios, *“sob pena de suspensão das transmissões, por tempo equivalente ao dobro do utilizado para divulgação do concurso, em horário correspondente, além de multa equivalente ao dobro do arrecadado em cada certame”* (fls. 221/4).

Outrossim, determina o desligamento das linhas, efetuado poucos dias depois. Finalmente cessam os sorteios, revelando-se inútil a saída buscada por algumas emissoras, de contatar diretamente os participantes das promoções anteriores, convocando-os para nova premiação.

Dessa decisão, manejou a LOTERJ suspensão de segurança, indeferida pela Desembargadora Federal Dra. Diva Malerbi (proc. 98.03066255-4).

Em apreciação de agravo de instrumento interposto pelos réus, concedeu a Mma. Desembargadora Federal Dra. Cecília Hamati efeito suspensivo, por considerar não preenchidos os pressupostos legalmente previstos para a concessão de tutela antecipada (AI n. 98.03.072717-6).

Diante desta decisão - vendida imediatamente à opinião pública como “o retorno dos telessorteios”, a despeito de que o ente “autorizador”, a ABLE/LOTTERJ, continuava sujeito à proibição judicial - ingressou o MPF no feito alertando sobre as consequências que provocaria sobre réus tão incapazes de refrear sua cobiça quanto prontos a usar o poder da informação, e que não hesitariam em realizar novos atos de desobediência judicial.

Levando em consideração o alegado pelo *Parquet*, reconsiderou a Mma. Juíza sua decisão, da forma seguinte:

“O Ministério Público Federal apresentou petição requerendo a reconsideração da decisão de fls., (...) em virtude da própria postura da agravante e demais réus, que tentam dificultar o cumprimento dos mandados de citação, intimação, demonstrando manifesta má fé, conforme demonstram documentos acostados à petição.

Tendo em vista os fundamentos apresentados pelo peticionário e a fim de que não haja prejuízo ao feito, conforme foi exposto, reconsidero a decisão de fls. para manter a r. decisão mono-

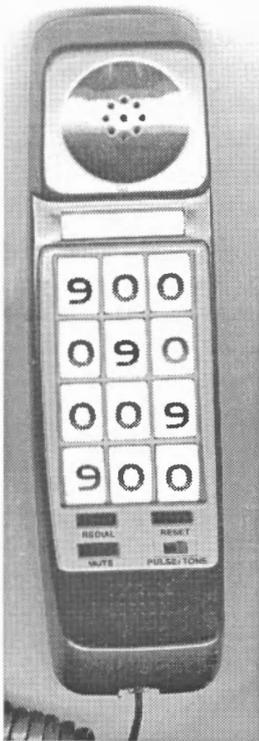
crática, negando o efeito suspensivo ao presente recurso, até julgamento do agravo pela Turma”.

Acreditamos que tal decisão sinaliza positivamente no sentido de prestigiar não só o resultado útil do processo mas, principalmente, **a credibilidade do próprio Poder Judiciário, abalada pelo comportamento ousado e temerário de réus que tomam as decisões superiores, pouco importando seu alcance ou extensão, como pretexto para a desobediência,** confiantes de que os lucros do jogo ilícito compensam, infinitamente, os incômodos de futura ação criminal...

Por derradeiro, espera-se que prevaleça no Poder Judiciário Federal a mesma constância, o mesmo compromisso com a realidade e com a efetividade das decisões judiciais de que estava imbuído o saudoso Juiz do TRF da 3a. Região, Dr. Pérsio Lima:

“Ademais, como é do conhecimento público, os sorteios do “0900” vêm ocorrendo normalmente, mostrando um total desrespeito por parte da agravante, das emissoras e empresas envolvidas nos sorteios, ao Poder Judiciário e às decisões dele emanadas, entende esta Relatoria, inclusive, que seria caso de interrupção das transmissões dos sorteios pelas emissoras, com a lacração das mesmas se necessário (AI n. 98.03.051561-6, 29 de junho de 1998)”.

São Paulo, 17 de setembro de 1998.



TELE 0-900

José Leônidas Bellem de Lima
PPR/3Região

Parecer

AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 98.03.059783-3
AGRAVANTE: TV GLOBO LTDA
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Egrégio Tribunal
Doutos Julgadores

Inconformada com a r. decisão do Juízo *a quo*, que deferiu a sua inclusão no pólo passivo da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal (processo n. 98.0002856-0), a agravante interpôs o presente recurso.

Insurge-se contra sua inclusão no pólo passivo da demanda, bem como contra a concessão da tutela antecipada.

No entanto, Ínclitos Julgadores, a decisão impugnada há de ser mantida, nos termos e pelas razões a seguir aduzidas:

Primeiramente não há que se falar, como enseja a Agravante, que a Desembargadora Marli Ferreira esteja preventiva para conhecer deste recurso, por ter conhecido do Agravo de Instrumento, interposto pela TVI Televisão Interativa, contra a decisão concessiva da tutela antecipatória.

Isto porque, por ocasião das férias forenses, a D. Juíza, em plantão, apenas foi designada para atuar frente à uma questão de caráter emergencial. Leia-se:

“Vistos, em plantão.....” fls. 87 do agravo de instrumento n.º.:

98.03.054508-6

Por evidente, a Turma de Férias, como denominada pelo Regimento Interno do Tribunal Regional Federal assim está prevista:

“Art. 2º, § 6º - A Turma de Férias exercerá sua atividade jurisdicional nos períodos de 02 a 31 de janeiro e de 02 a 31 de julho de cada ano.”

Percebe-se, assim, que a atividade jurisdicional, bem como a distribuição do feito à Turma de férias é temporária, tendo em vista que sua constituição é atípica.

Óbvio está, que findo o período de férias as Turmas voltam a operar normalmente, e, então os processos seguem os trâmites normais nas Turmas à que forem distribuídos.

Desta sorte, aquele agravo de instrumento foi distribuído à Terceira Turma, e cuja relatoria está a cargo da Desembargadora Marisa Santos, esta, então, a “juiz natural” da causa em 2º grau de jurisdição.

I - DO OBJETO DESTA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Convém, antes de tudo,

elucidar o que se pleiteia nesta ação civil pública.

O objeto da presente demanda é coibir o funcionamento, através da mídia televisiva, dos sorteios do tipo “tele-0900”, modalidade de jogo, que vêm sendo veiculados pelos mais variados canais de televisão.

O fundamento jurídico desta proposição encontra respaldo nos vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade em que incorrem tais jogos, manifestados pela inválido Convênio ABLE/LOTTERJ n.º. 009/97.

Diversamente, perante a 15ª Vara Federal de São Paulo, tramita outra ação civil pública, e que apesar de, também, se dedicar a extinguir da ordem social os “tele-0900”, o faz sob o fundamento de ilegalidade que vicia a Portaria do Ministério da Justiça n. 1.815. Estes sorteios já foram terminantemente suspensos por ordem liminar daquele juízo.

Percebe-se que existem dois fundamentos, anti-jurídicos, nos quais se estribam o jogo de azar em debate: Portaria do Ministério da Justiça, ilegalidade esta que vem sendo discutida na ação civil pública em trâmite perante a 15ª Vara da

Justiça Federal em São Paulo, e o Convênio ABLE/LOTÉRJ, elaborado com fulcro na Lei Estadual do Rio de Janeiro nº. 2.242.

Assim é que não existe, como faz crer a Agravante, “modificação objetiva da demanda” (*sic.*), aliás, o que se apresenta em juízo é uma impugnação a qualquer modalidade de sorteio 0900, cuja expressão de relevo, na época da propositura da ação, era o malsinado e vulgarmente denominado “Disque-Marcelinho”.

Confira-se o excerto abaixo, extraído da petição inicial na ação civil pública referida:

“Assim, tendo em vista o dano irreparável que será ocasionado pela demora na tutela judicial, já que a publicidade do sorteio ocorre diariamente, vem o Ministério Público Federal requerer a **TUTELA ANTECIPADA no sentido de sejam suspensas toda e qualquer atividade de sorteio televisivo por parte das CO-RÉS que tenha como base em conjunto a Lei 2242 do Estado do Rio de Janeiro, a Portaria 067 e o Convênio 09/97 do citado Estado.**” (destaque original)

Óbvio está, que o objeto jurídico desta ação pretende proibir a veiculação de todo e qualquer sorteio realizado com base no supracitado Convênio, que nitidamente inaugura na ordem jurídica eivado de vícios insanáveis.

Aliás, como demonstrado pelos documentos acostados aos autos, o “Disque Marcelinho” é somente um dos exemplos dos jogos permitidos com esteio em uma ordem normativa, senão inconstitucional/ilegal, ao menos inexistente, visto que elaborada ao revés do contexto normativo vigente.

É nítida a migração fraudulenta que realizaram as empresas de televisão, bem como as outras empresas responsáveis pela veiculação deste produto ilegal, da “pseudo-legalidade da Portaria, para o lúdico suporte jurídico que lhe confere o Convênio Estadual, não sendo lógico, nem jurídico, que se permita que os *tele-0900* continuem a operar

com esta nova veste.

Desta sorte, ao nível médio de atenção, resta claro que sendo proibido os *0900*'s realizados com base na citada Portaria, as empresas envolvidas, logo pesquisaram uma nova maneira de continuar realizando este sorteio televisivo. E encontraram. Através da “criação” ludibriosa do Convênio ABLE/LOTÉRJ, que aos olhos dos telespectadores, confere legalidade a este jogo.

Não se pode permanecer inativo ante este quadro ilegal, de sorte que, outro não seria o remédio senão, agora, vedar a nova roupagem dos “*tele-0900*”.

Da mesma forma, na inequívoca intenção de evitar que esta modalidade de jogo continue através da corrida para os outros veículos de comunicação, além daqueles arrolados inicialmente, acertadamente, decidiu a magistrada *a quo* ao incluir na lide os outros canais de televisão, que a rigor, se não vinculados aos efeitos da tutela antecipadamente concedida, poderiam transmitir as chamadas para os *0900*'s. formouse assim, o incontestável, litisconsórcio passivo, absolutamente necessário em face do objeto desta ação civil pública.

Verifique-se, desta feita, que a mídia de comunicação não mede esforços para continuar na prática ilegal de transmissão de uma modalidade de jogo evidentemente não autorizado a funcionar. Primeiro buscando os mais diversos - e enganosos - meios para realizar seu propósito, através de Portaria inválida e Convênio eivado de nulidade absoluta. Agora, pretendendo dotar de ineficácia jurídica uma decisão judicial que não só pode (através do litisconsórcio) como deve (necessário e unitário) alcançar todos os envolvidos e que poderão se envolver nas transmissões dos sorteios.

Resta evidente que o não alcance da tutela antecipada, bem como da futura sentença à todas as empresas responsáveis pelo jogo, permitiria, tacitamente, a realização do *0900* em outros canais de televisão, de modo a inviabilizar o espírito da prestação da tutela jurisdicional.

Cabe, então, demonstrar mais uma vez as ilegalidades de forma-

ção desta modalidade de jogo que viabilizaram a concessão da tutela antecipada, bem como as partes legítimas a figurarem nos pólos da demanda: pólo ativo - Ministério Público, pólo passivo - litisconsórcio necessário e unitário entre todas as entidades envolvidas com a formação e transmissão do citado jogo de azar, que tem como fundamento de constituição o malfadado Convênio ABLE/LOTÉRJ.

II - DA TUTELA ANTECIPADA - COGNICÃO SUMÁRIA

A tutela antecipada, concedida liminarmente pelo juízo *a quo*, não pressupõe uma cognição exauriente, mas quanto antes uma cognição sumária.

Isto porque, não foram colhidas as provas necessárias para o julgamento do feito, e, em regra, a medida antecipatória é concedida *inaudita altera pars*, ante a verossimilhança do direito alegado com a ordem normativa vigente.

Por ser, a tutela antecipada, um exemplo de cognição sumária, não implica no exaurimento da prestação da tutela jurisdicional, ao contrário, trata de proteger um direito que corre perigo iminente de ver-se desamparado frente à demora da composição da lide.

Tanto é assim, que pode ser concedida sem que a parte adversa seja ao menos citada, uma vez que, mais uma vez escoltada no princípio do contraditório, não se estará suprimindo o direito de defesa dos réus, que poderão apresentar seu corolário oportunamente, mas, quanto antes, oferecendo tratamento igualitário às partes.

Exemplo da precariedade desta decisão é que pode ser revogada a qualquer tempo, desde que desapareçam as causas pelas quais fora concedida.

Nem se diga, portanto, que por ter sido formado o litisconsórcio necessário após a concessão da tutela antecipada não deveriam ser, os novos réus, alcançados por esta decisão. Por dois motivos: por tratar-se de litisconsórcio necessário, cujo chamamento à lide é obrigatório, como adiante se verá; e por não

ensejar, a tutela antecipada, o exaurimento da cognição, mas, por ser concedido *inaudita altera pars*, evita o perecimento do direito postulado, garantido a igualdade entre as partes.

O que deve ser salientado, em suma, "é que o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, referido no inciso LV do art. 5º, não é direito a 'procedimento ordinário'. Como bem anotou Ovídio A. Baptista da Silva, é falsa a idéia de que 'nossa Carta teve o propósito deliberado de livrar o direito processual brasileiro, de qualquer categoria ou espécie, das formas de tutela jurisdicional que não sejam plenárias quanto aos limites das defesas, porventura reconhecidas aos demandados. O essencial para garantir o direito à cognição exauriente é que seja em procedimento ordinário, seja em procedimento sumário, seja num único processo, seja em mais de um processo - a sentença definitiva de mérito só se torne imutável após o oferecimento de meios adequados e razoáveis de participação dos litigantes na formação do convencimento do juiz." ¹

Inobstante, a cognição sumária, anterior e distinta, portanto, da cognição exauriente, "conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança, ou seja às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável" ², não ofendendo ao princípio do contraditório, uma vez que será respeitado em seu tempo oportuno, a fim de garantir a o princípio da igualdade entre as partes.

Ademais, se houvesse que se esperar o oferecimento de defesa por todos os réus apontados na demanda, não se estaria obedecendo o princípio supra mencionado, uma vez que se não se estaria evitando o perecimento de um direito como a própria norma adjetiva permite. Ainda mais quando não se fala em supressão do princípio do contraditório, visto que o pólo passivo, a seu tempo, defender-se-á.

Nesta mesma esteira preleciona Nelson Nery Junior ³:

" Há contudo, *limitação imanente* à bilateralidade da audiência no processo civil,

quanto a natureza e finalidade do provimento jurisdicional almejado ensejarem a necessidade de concessão de medida, *inaudita altera pars*, como é o caso da antecipação da tutela de mérito (CPC, art. 273), do provimento cautelar ou das liminares em ação possessória, mandado de segurança, ação popular, ação coletiva (art. 81, parágrafo único, CDC) e ação civil pública. Isto não quer significar, entretanto, violação ao princípio constitucional, porquanto a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra a medida liminar concedida sem sua participação. Aliás, a própria provisoriedade dessas medidas indica a possibilidade de sua modificação posterior, por interferência da manifestação da parte contrária, por exemplo."

Conclui, ainda, este eminente processualista:

"Essa limitação não fere o princípio da bilateralidade da audiência, dizíamos, porque ditada no interesse superior da justiça, dado que em certas ocasiões a ciência dos atos processuais à parte adversa e mesmo a demora na efetivação da medida solicitada poderiam resultar em ineficácia da atividade jurisdicional. Essa potencial ineficácia, se caracterizada, viria ofender o princípio da paridade das partes no processo, de sorte que o periculum in mora autoriza a concessão da medida liminar."

Realmente, o contraditório deve ser observado como princípio imanente dentro de todo o procedimento e não especificamente quando da concessão da tutela antecipada. Pelo que, o contraditório, neste caso, não deixa de ser respeitado, uma vez que a seu tempo é dada oportunidade à parte contrária para esposar suas alegações.

Corroborando essa idéia o fato de que a tutela antecipatória poderá ser revogada a qualquer tempo dentro do processo de conhecimento, ou finalmente através da sentença, conferindo-lhe uma natureza provisória, o que expurga, quanto a ela, qualquer idéia de inconstitucionalidade, por poder ser conferida "inaudita altera parte".

Como bem pondera Nelson Nery Junior ⁴:

"a cautelaridade ou satisfatividade do provimento jurisdicional que dá a tônica de respeito ou desrespeito ao princípio da bilateralidade da audiência... O cerne da questão se encontra na manutenção da provisoriedade da medida, circunstância que derruba, ao nosso ver, a inconstitucionalidade das liminares concedidas sem a ouvida da parte contrária."

Somente a novidade do instituto é que poderia explicar a insubsistente afirmação da inconstitucionalidade da antecipação da tutela, por ser deferida sem a oitiva da parte contrária.

Ora, esquecem-se os que assim se manifestam de outros procedimentos especiais, como, por exemplo, o do mandado de segurança, bem como no de prestação de alimentos, entre outros, em que as liminares podem ser deferidas *inaudita altera pars*.

III - DA EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Buscando propiciar aos litigantes uma prestação jurisdicional mais efetiva e célere, de modo a impedir que o direito da parte fosse mitigado ou aniquilado pela demora do seu reconhecimento, o legislador trouxe para o nosso direito o instituto da tutela antecipada.

Em conseqüência, desde que presentes os seus requisitos, tem a parte o direito de ver antecipado e assim usufruir os efeitos da decisão que afinal será proferida.

Como anteriormente debatido,

não há se falar que a concessão da tutela antecipada, no caso em apreço, seja ofensiva ao princípio do contraditório.

Repise-se, a antecipação da tutela não requer uma cognição exauriente, isso porque esta só é exigível quando da prolação da decisão definitiva. Enseja, sim, o instituto apontado, uma cognição sumária, analisando-se, apenas, a presença dos requisitos legalmente exigidos, quais sejam: verossimilhança da alegação - atestado por prova inequívoca - e o fundado receio de dano de difícil reparação.

Assim é que passo a análise da fumaça do bom direito que justificou a decisão antecipatória de mérito.

1. DO FUMUS BONI IURIS

O *fumus boni iuris*, cujo conceito remete à idéia da plausibilidade do direito invocado, é apenas um dos requisitos que há de estar presente para a concessão da tutela antecipatória.

In casu, a fumaça do bom direito expressa-se pela evidente ilegalidade dos jogos de azar veiculados pelo veículo televisão e que têm como fundamento de validade o Convênio ABLE/LOTTERJ.

Não cabe aqui, novamente, explicar o funcionamento do "sistema 0900", como sobejamente demonstrado na inicial, mas, sim demonstrar os vícios nos quais incorre, motivo pelo qual a liminar concedida deve se mantida, inclusive em relação aos novos réus incluídos no pólo passivo da demanda.

1. Ma. DA NATUREZA JURÍDICA DO SISTEMA "TELE - 0900"

Indiscutivelmente a natureza jurídica dos sorteios pelo "Disque 0900" afigura-se na modalidade de Jogo ou espécie de Loteria, como tratado pela legislação hodierna.

O sistema tele-0900 induz o telespectador a efetuar chamados telefônicos e que futuramente serão debitados em sua conta corrente, a fim de responder certa pergunta ou pesquisa de opinião.

O número do assinante da linha telefônica fica marcado numa central de computador, e, na data aprazada é efetuado um SORTEIO eletrônico entre todos os participantes.

Óbvio está que este sistema computadorizado não foi sequer inspecionado pela autoridade competente, ou ao menos tem licença de funcionamento para operar esta modalidade de sorteio. Como garantir que o sorteio dos números telefônicos é feito de forma idônea e imparcial.

Na verdade, se desconhece o modo pelo qual este sorteio é operacionalizado, restando aos consumidores, participante o sorteio, simplesmente acreditar na sua chance de ser sorteado. Chance esta tão remota quanto achar uma agulha no palheiro....

Confira-se o teor das reportagens veiculadas diariamente pela mídia impressa:

"Principais distorções do sistema disque-0900 apontadas pela Caixa Econômica Federal

1. Porcentual de arrecadação destinado a prêmios variáveis e sempre decrescente, causando prejuízo direto do apostador

2. Falta do princípio de equiprobabilidade com vários sorteios e ligações continuando a ser aceitas, as probabilidades de acerto tornam-se menores

3. Liberdade de acesso inclusive para menores, portadores de deficiência mental, incapazes e relativamente incapazes civilmente, já que não há qualquer identificação do apostador no momento da ligação (estes acessos são proibidos por lei)

4. Falta de transparência nos métodos dos sorteios

5. Falta de comprovação de participação nos sorteios: não existe registro conhecido pela Caixa de quais as ligações estão participando do sorteio

6. Clara intenção de exploração comercial, sem destinação soci-

al da arrecadação

Distribuição da arrecadação:

Loteria Esportiva %

Prêmio 45
Imposto de Renda 13,5
Previdência social 10
Comissão de revend. 9
Caixa Econômica Federal 8,3
Clubes e Federações 5,2
Ministério da Educ. e Cultura 13,5
Ministério da Prev. Social 9

Loto %

Prêmio 45
Imposto de Renda 13,5
Previdência Social 5
Comissão dos Revend. 9
Administração 8,3
Outros 19,2

Loteria Instantânea %

Prêmio 45
Imposto de Renda 13,5
Seguridade Social 25
Outros 16,5

0900 %

Sistema Telebrás 28
Emissoras de TV 30
Provedores 16
Loterias estaduais 3
Premiação 5
Outros 18

(in Jornal da Tarde, São Paulo, S.P., 01/07/98, Seção Geral, página 11-A)"

Claro está que este sorteio revestido pela roupagem da legalidade que lhe confere o "Convênio 009 ABLE/LOTTERJ", ludibria os telespectadores a ganharem carros importados, eletro-eletrônicos, por um preço que se afigura mínimo. Aliás, o próprio percentual destinado aos prêmios e nove vezes menor do que aquele reservado em outras modalidades de loteria, permitidas por lei.

De fato, o valor por chamada telefônica no valor de R\$3,00 constitui o valor de uma chamada normal acrescido de no mínimo duzentos por cento de seu valor, o que data venia, não se pode considerar um valor irrisório....

Infelizmente, a “mania” dos tele-0900 ganha força, por exemplo com a argumentação esposada no parecer do Professor Celso Bastos, a saber:

“Esta atividade desenvolvida pelos Consulentes só poderá sofrer uma função fiscalizatória, o que significa sofrer a obediência à normas impostas ao setor, com vistas tão somente a permitir o bom funcionamento da atividade no mercado.

A ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de mercado, optando pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite intervenção do Estado, para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer da formação de monopólios ou abuso de poder econômico, sempre na defesa da livre iniciativa” (fls. 216/217)

Inferese do acima exposto, como parece defender o Professor que ao estado é defeso intervir na economia, salvo para resguardar a livre concorrência, graças ao modelo econômico liberal adotado por nossa Carta Magna.

Ocorre que, mais uma vez, calcado no princípio da legalidade, também insculpido no Diploma Maior, a intervenção do Estado na economia, até mesmo para salvaguardar o princípio da livre concorrência, deverá ser realizada, sempre, na iminência de um ato anti-jurídico, ou ao menos não autorizado pela ordem normativa.

Desta forma, antes mesmo de preservar uma economia liberal, há de ser preservado o princípio da legalidade e moralidade, tudo em prol da sociedade.

Contrario sensu, todas as vezes que o Poder Público fechasse cassinos clandestinos, proibisse o famoso “jogo do bicho”, ou regulamentasse a forma de constituição dos modernos “Bingos”, estaria intervindo indevidamente na economia e afetando o princípio da livre concorrência. Esta lógica, pois, não merece prosperar.

1. b. DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Sob a égide da constituição pretérita, a primeira norma a regular o “Serviço de Loterias” foi o Decreto-Lei nº 854 de 12 de novembro de 1938, que estabelecia já em seu artigo 2º que “os Governos da União e dos Estados poderão atribuir a exploração do serviço de loteria a concessionários de comprovada idoneidade moral e financeira”, porém, “a concessão lotérica, como derrogação das normas do Direito Penal, que proíbem o jogo de azar, emanará sempre da União, por autorização Direta quanto a loteria federal ou mediante decreto de ratificação quanto à loterias estaduais.” (art. 3º)

Observa-se que neste primeiro momento, é exemplo do que ocorre hodiernamente, trata-se de monopólio da União a concessão direta (federal) ou indireta (estadual) da exploração do serviço de loterias.

No ano de 1941, com a publicação do Decreto-Lei 2.980 em 27 de janeiro, foram ratificadas as normas do antigo Decreto-Lei vigente, inclusive ao que se refere ao parágrafo 1º do artigo 2º, *in verbis*: “A loteria federal terá livre circulação em todo o território do país, enquanto que as loterias estaduais ficarão adstritas aos limites do Estado respectivo.”

Foram definidas, ainda, em seu bojo, espécies de contravenções penais, inafiançáveis (art. 45 a 49).

Três anos depois, através do Decreto-Lei 6.259/44, os ditames anteriormente vigentes foram mantidos, e estabelecido como modalidade de jogo de azar passível de repressão penal, a loteria de qualquer espécie não autorizada ou ratificada expressamente pelo Governo Federal.

Atualmente vigente, o Decreto-Lei 204 de 27 de fevereiro de 1967, e que dispõe sobre a exploração de loterias determina em seu artigo 1º que tal serviço constitui serviço público exclusivo da União não passível de concessão, e de cuja renda líquida deverá ser destinada obrigatoriamente a aplicações de caráter social, de assistência médica e

de empreendimentos de interesse público.

Observa-se, que a figura jurídica da concessão foi retirada do arbítrio do Poder Público, especificamente da União, constituindo o serviço de loterias, um serviço público exclusivo da União, cujo escopo é custear benefícios em prol da comunidade.

Estabelece, ainda, em seu artigo 32, apesar de manter as loterias estaduais vigentes à época de sua promulgação, proíbe a criação de novas loterias.

As loterias estaduais, neste momento se regiam pelas disposições constantes do Decreto-Lei 6.259 de 10 de fevereiro de 1944.

Em 1971, através da Lei nº 5.768 de 20 de dezembro, foi alterada a legislação sobre a distribuição gratuita de prêmios mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, à título de propaganda, estabelecendo normas de proteção à poupança popular.

Prevê em primeiro lugar que distribuição de prêmios será gratuita e dependerá de prévia autorização do Ministério da Fazenda (art. 1º), sendo vedada a distribuição ou conversão do prêmio em dinheiro.

Através da Lei nº 5.864 de 12 de dezembro de 1972 alterou a lei supra mencionada fixando que “nenhuma pessoa física ou jurídica poderá distribuir ou promete distribuir prêmios mediante sorteios, vale-brindes, concursos ou operações semelhantes, fora dos casos e condições previstos nesta Lei, exceto quando tais operações tiverem origem em sorteios organizados por instituições declaradas de utilidade pública em virtude de Lei e que se dediquem exclusivamente a atividades filantrópicas, com o fim de obter recursos adicionais necessários à manutenção ou custeio de obra social a que se dedicam” (art. 1º que alterou o art. 4º da lei 5.768/71)

Determina, ainda, no parágrafo 1º do artigo 1º o seguinte:

“*Compete ao Ministério da Fazenda promover a regulamentação, a fiscalização e controle, das autorizações dadas, em caráter excepcional nos termos deste artigo, (...)*”

Constata-se que o objetivo social dessa modalidade de loteria, abandonado quando da vigência da Lei nº 5.768/71, foi reconstituído através da lei 5.864/72.

Inobstante, a Constituição de 1988, mais uma vez, esclarece em seu artigo 22:

“ART. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;

XX - sistemas de consórcios e sorteios;

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.”

Após a promulgação da Carta Maior de 1988, outras leis foram editadas com o fito de regulamentar as atividades desportivas, quais sejam: Lei nº 8.672 de 06 de julho de 1993 (lei Zico) e Lei nº 9.615 de 24 de março de 1998 (lei Pelé).

Ressalte-se que a Lei Pelé, ab-rogou a Lei Zico, incluindo no entanto a regulamentação relativa ao jogo de Bingo, tão somente.

Esse mesmo diploma normativo assim dispõe:

“Art. 74. Nenhuma outra modalidade de jogo ou similar, que não seja o bingo permanente ou o eventual, poderá ser autorizada com base nesta Lei.”

De outro lado, vigente está a Lei 9.649 de 27 de maio de 1998 que define as competências dos Ministérios, vinculados ao Poder Executivo, inclusive o Ministério da Fazenda e Justiça.

1. c. DO TELE-0900 E LEGISLAÇÃO

Restou esclarecido que a modalidade de loteria ou jogo do tipo 0900 denominada “Disque Marcelinho” foi levada a efeito por intermédio de um Convênio ABLE-LOTERJ realizando no Rio de Janeiro, o que teoricamente teria autorizado a veiculação deste sistema no Estado de São Paulo.

Intuitivo é se perceber inúmeros vícios no “sistema ABLE/LOTERJ”, a saber:

I - Inexistência de autorização ou ratificação expressa pelo Poder Executivo da União, como prevê a legislação vigente a respeito do tema: Decreto-Lei 204/67, Lei nº 5.768/71, Lei nº 5.864/72 e Lei nº 9.615/98;

II - Lei estadual do Rio de Janeiro com eficácia jurídica além do território do respectivo estado, ao revés da legislação aplicável;

III - Veiculação de sorteio por pessoa não autorizada por lei, ou seja sem ser instituição declarada de utilidade pública, nem cuja renda seja destinada a fim social relevante, como também determina a legislação apontada;

IV - Ofensa aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a propaganda enganosa veiculada, tendo por base um “serviço” ilegal.

Passo a análise dos itens acima descritos:

I - Inexistência de autorização ou ratificação expressa pelo Poder Executivo da União, como prevê a legislação vigente a respeito do tema: Decreto-Lei 204/67, Lei nº 5.768/71 e Lei 5.864/72

Primeiramente, manifesta é a inconstitucionalidade que vicia o Convênio nº 009/97 celebrado entre a ABLE e a LOTERJ, uma vez que, consoante a Constituição Federal, artigo 22, viola dispositivo normativo que define como de monopólio da União Federal legislar a respeito de sorteios, bem como questões atinentes à poupança popular.

Ora, indiscutível é a natureza de sorteio, modalidade de loteria, o “sistema 0900” (como por exemplo o “Disque Marcelinho”), mesmo porque os réus nem trataram de desvirtuar sua natureza. Desta forma, e, sendo hipótese prevista no artigo 22, inciso XX da Carta Maior, caberia à própria União regulamentar este tipo de jogo, através da legislação específica.

Claro está que esta modalidade de sorteio atinge a esfera econômica do cidadão, na medida que as

ligações efetuadas para esta promoção ilegal, são tarifadas de forma abusiva pela TELESP, através de débito automático na conta do assinante da linha telefônica que efetuou o chamado, determinando a ofensa à economia popular.

Inobstante, o Decreto-Lei 204/64 em seu artigo 1º, claramente, atribui a exploração de Loterias a natureza de serviço público exclusivo da União, configurando, portanto, qualquer convênio efetuado na seara estadual sem a ratificação ou autorização poder público da União, um documento *contra legem*, e assim sendo, não autorizado no nosso ordenamento jurídico.

Percebe-se que o Convênio citado, sob a armadura de conferir legalidade ao sorteio televisivo, é, quanto antes, uma ordem “pseudonormativa” com o escopo de ludibriar os telespectadores a acreditarem na permissividade de uma modalidade de jogo ilegal.

Ainda assim, como antes salientado, e seguindo o próprio instinto legislativo, a novel Lei Pelé nº 9.615/98, em seu artigo 74, revoga dispositivos da “Lei Zico” e prescreve que nenhum outro jogo poderá ser criado com base nesta lei, exceto o jogo de Bingo por ela caracterizado. À evidência, além de não existir norma que, atualmente, autorize a veiculação desta modalidade de jogo, entende-se que o mesmo não poderia ter sido veiculado ante as disposições da antiga Lei Zico.

Confira-se. Disponha a Lei Zico:

“Art. 57. As entidades de direção e de prática desportiva filiadas a entidades de administração em, no mínimo, três modalidades olímpicas, e que comprovem, na forma da regulamentação desta Lei, atividade e a participação em competições oficiais organizadas pela mesma, credenciar-se-ão na Secretaria da Fazenda da respectiva União-de da Federação, para promover reuniões destinadas a angariar recursos para o fomento do desporto, mediante sorteios de modalida-

de denominado Bingo, ou similar."

Como se observa pelos documentos acostados aos autos, não existe qualquer prova real de que os envolvidos tenham se credenciado junto à Fazenda Nacional da respectiva Unidade da Federação.

Aliás, como se verá no próximo item, não haveria nem justificativa que este credenciamento tivesse sido feito no Estado do Rio de Janeiro, à espelha de outros documentos daquele estado trazidos aos autos, uma vez que o sistema 0900 seria operacionalizado no Estado de São Paulo.

Neste sentido a "Lei Zico" foi expressa ao prever quatro condicionantes ao suposto "direito" de promover sorteios, qualificados na modalidade desportiva, quais sejam:

a) que as entidades aptas a promover referida prática esportiva sejam entidades de administração e de prática desportiva filiadas a entidades de administração, em no mínimo três modalidades desportivas;

b) que se comprove seu credenciamento junto à Secretaria da Fazenda da respectiva Unidade da Federação ;

c) que o objetivo dos sorteios e promoções a serem realizadas seja o de angariar recursos para o desporto;

d) que os sorteios sejam realizados na modalidade de Bingo ou similar.

Infere-se contudo que as entidades envolvidas com a veiculação dos sorteios do Tipo 0900, obtiveram uma pseudo-autorização derivada do Convênio ABLE/LOTERRJ, entidades domiciliadas no Rio de Janeiro.

Não obstante, além de não terem como finalidade o provimento de recursos para o desporto, como orientava a "Lei Zico", não se tem notícia que as entidades promotoras destes eventos sejam filiadas à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, onde foi veiculado tal jogo.

Ademais, constata-se, como estampado no item anterior, que a renda oriunda das participações não tem qualquer destinação desportiva ou semelhante.

Por fim, não se pode afirmar

que deva ocorrer uma interpretação analógica dos conceitos normativos aplicados ao Bingo e ao sorteio 0900. Isto porque os sorteios em debate não guardam qualquer semelhança com o Bingo.

Confira-se, novamente o quadro comparativo entre as modalidades de jogo: loteria federal, bingo, 0900, extraídos do Jornal Folha da Tarde.

Abstrai-se, portanto, que o jogo indicado pela "Lei Zico", possui qualquer sinal de similitude com os sorteios veiculados sob a armadura do sistema tele-0900, primeiramente pelo expressão fatural do sorteio, pela finalidade a que se dedica e pela ausência de regulamentação em lei.

Outrossim, imperioso se reafirmar que a intenção do legislador pátrio é coibir modalidades de jogos não regulamentadas em lei e que representem, de qualquer forma, um prejuízo à economia popular.

Nesta esteira é o que dispõe a "Lei Pelé":

"Art. 74. Nenhuma outra modalidade de jogo ou similar, que não seja o bingo permanente ou o eventual, poderá ser autorizada com base nesta Lei."

Inobstante os ditames da Lei 8.672/93, até mesmo pelo primado do princípio da hierarquia das normas, não se pode atribuir validade à um convênio efetuado sem a devida autorização exigida pelos diplomas normativos anteriormente citados.

II - Lei estadual do Rio de Janeiro com eficácia jurídica além do território do respectivo estado, ao revés da legislação aplicável

Outro argumento lançado, em vão, pelo réus, diz respeito ao fundamento de validade do referido Convênio ABLE/LOTERRJ n.º 009 encontrar esteio na Lei Estadual do Rio de Janeiro n.º 2.242/94.

A Lei 6. 259 de 10 de fevereiro de 1944, ainda vigente, estabelece em seu artigo 2º, parágrafo 1º:

"A loteria federal terá livre circulação em todo território do país, enquanto que as

loterias estaduais ficarão adstritas aos limites do estado respectivo."

À evidência, qualquer determinação infra-legal (como o Convênio ABLE/LOTERRJ) que extrapole os limites territoriais do Estado da Federação onde se originou, não tem a mínima eficácia jurídica.

Assim, é que a referida Lei ao estabelecer que o Poder executivo, poderá através da LOTERRJ, realizar modalidades de Loterias, entende-se que dentro dos limites do Estado do Rio de Janeiro, aliás, é para isto que a LEI ESTADUAL se presta.

Outrossim, a concessão para criação de loterias em nome da LOTERRJ, além de um vício de origem, uma vez que se trata de monopólio da União legislar a respeito da Loteria, conclui-se que cabe ao próprio Poder executivo, DIRETAMENTE, autorizar sua criação, e não delegar sua função, que por determinação legal assim exige.

Assim é que eivada de vício insanável, mais uma vez, a autorização veiculada por tal convênio, pois, à evidência trata-se de uma autorização legislativa conferida por Lei Estadual do Rio de Janeiro n.º: 2.242/94 a uma autarquia estadual - LOTERRJ - para que realizasse jogos compatíveis com a lei.

Por sua vez, a LOTERRJ, de acordo com a ABLE, com o escopo de autorizar a prática dos sorteios em debate, celebra um Convênio, contrato este, que constitui fundamento de validade de malsinado sistema telefônico-televisivo.

Observe-se, nitidamente, que se está diante de uma delegação legislativa estadual para uma de suas autarquias, e esta, por sua vez *sub-delegou* seus poderes à uma Associação.

Primeiramente, como apontado, como se não bastasse a Lei Estadual do Rio de Janeiro ter exorbitado em sua competência, pois trata-se de monopólio da União a criação de jogos e sorteios, à LOTERRJ e à ABLE foi conferido por delegação legislativa estadual e sub-delegação inominada - e ilegítima - o direito de realizar tal "prática desportiva". Pasmese, processo legislativo em afronta direta aos ditames legais e constitucionais.

III - Proposição de sorteio por pessoa não autorizada por lei, ou seja sem ser instituição declarada de utilidade pública, nem cuja renda seja destinada a fim social relevante, como determina a legislação apontada.

O Decreto-Lei nº 204/67 já estabelecia no parágrafo único de seu artigo 1º: “A renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria será obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica, em empreendimentos de interesse público.”

No mesmo sentido, a Lei 5.768/71 alterada pela Lei nº 5.864/72, discrimina que as operações que tiverem como origem sorteios, deverão ser organizados por instituições declaradas de utilidade pública em virtude de lei ou entidade filantrópica.

Claramente, o sorteio denominado “Disque Marcelinho”, não obedeceu esta regra, senão realizado em proveito dos próprios contratantes e em prejuízo da população.

Confira-se novamente os percentuais de destino da arrecadação obtida com este jogo ilícito, anteriormente extraída de jornal de grande circulação.

Claro está, assim, que o sistema de sorteio “Disque Marcelinho” além de infringir ditame constitucional quanto a sua criação, macula dispositivos do Decreto-Lei 204/67 quanto a permissividade de sua veiculação, bem como o âmbito de sua eficácia, qual seja o Estado de São Paulo.

2. DO PERICULUM IN MORA

Pelos motivos anteriormente esposados, nítido está o *periculum in mora*, uma vez que não sendo suspenso, *inaudita autera pars*, este jogo ilegal, uma parcela maior da população estará sendo ludibriada.

Desta sorte, o retardamento na prestação da tutela jurisdicional levará a um prejuízo inominado para a economia popular como antes debatido, sendo de rigor a suspensão do ato lesivo.

IV - DA FORMAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA-PROCESSUAL

O processo, como se sabe, é uma entidade complexa, podendo ser encarado sob o aspecto dos atos que o compõem e das ligações estabelecidas entre eles (procedimento) e também sob o aspecto das relações entre os sujeitos (relação processual).

Como é sabido, os sujeitos que integram a relação jurídica-processual são três: sujeitos parciais, que são as partes litigantes - autor e réu, e sujeito imparcial, o juiz.

Resta contudo definir o momento em que essa relação processual se formaliza e o motivo pelo qual estes três elementos jurídicos, acima ressaltados, são necessários.

Em regra, “o momento do art. 263, 1ª fase, é o em que se inicia a formação da relação processual, que só se completará no momento a que alude o art. 219, isto é, o da citação, ou de circunstância que lhes faça as vezes (= comparecimento espontâneo do réu).”⁵ Tanto á assim, sobretudo, em obediência o princípio do contraditório.

Inobstante, “depois da propositura da ação e antes da citação, no entanto, formado o processo entre o autor e o juiz, poderá aquele solicitar, v.g., medida cautelar, *inaudita autera pars*, a qual se concedida, atingirá o réu, enquanto não modificada.”⁶

In casu, ainda que pese a relação processual, inicialmente formada, ter sido iniciada entre o autor - Ministério Público Federal - e os réus elencados na inicial, foi concedida tutela antecipada mesmo antes do oferecimento da contestação, visto ser uma medida liminar prevista legalmente e cuja concessão encerra tão somente uma cognição sumária e não exauriente.

Do mesmo modo, a decisão agravada, acolhendo requerimento formulado pelo autor, ampliou o pólo passivo da presente demanda, visto outras empresas estarem implicadas com o objeto material posto em juízo. Assim, ainda que pese não ter sido formada a relação processual entre os novos réus e o demandante, há

que se entender que a medida concedida *inaudita autera pars*, a exemplo dos efeitos ocasionadas na seara jurídica dos demandados indicados inicialmente, deverá alcançar os réus incluídos na lide, visto não ter sido maculado o princípio do contraditório. Como se verá a seguir.

V - DO LITISCONSÓRCIO - NECESSÁRIO E UNITÁRIO

O pleito formulado em juízo somente pode ter por objeto uma pretensão juridicamente exigível em face de uma pessoa legitimada para figurar no pólo passivo da demanda. Sendo forçoso se perceber que, sempre, esta legitimação encontra esteio na matéria jurídica objetivamente posta em juízo.

Destarte, a questão de direito material, além de outras funções jurídicas tem o escopo de fixar o Juízo, a competência, a Instância, do mesmo modo que serve para determinar a pessoa juridicamente apta a figurar no pólo de defesa da lide.

Assim, é que a lei não exige a existência de um único demandado ou de um único demandante; o que se prega é a possibilidade da pluralidade de pessoas nos pólos do processo. Exsurge assim a figura processual do litisconsórcio.

Deveras, “o fato de tratar-se de demandas que poderiam ser ajuizadas separadamente, dando azo então a provimentos jurisdicionais distintos e possivelmente discrepantes até, perde todo significado quando, seja por qual motivo for, tudo se conglomerar numa só iniciativa ou quando, de algum modo, nova demanda vier a ser deduzida no curso do processo.”⁷

De toda sorte, o litisconsórcio, ou a pluralidade de agentes, pode ser facultativa ou obrigatória, conforme determine a ordem normativa:

“Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. Parágrafo único. O juiz or-

denará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de ser extinto o processo.”

No vertente caso, o que se observa é a formação do litisconsórcio necessário, uma vez que sendo prolatada sentença em face dos réus primitivos, tal decisão influirá diretamente na esfera jurídica de outras empresas, tais como a agravante.

Assim é que, decidindo o Judiciário que a autorização para o sorteio 0900 mediante o convênio ABLE/LOTTERJ é ilegal e, portanto, impossível de ser utilizado, impedirá, por consequência, que as empresas operadoras, no caso, a agravante, se valham da “pseudo-norma” firmada.

Será, pois, inarredavelmente a agravante, impedida de utilizar-se daquela autorização para continuar a promover o jogo via televisão.

Com efeito, em face do objeto deduzido na ação civil pública, os efeitos da decisão proferida, como se afirmou, impedirá o uso da autorização ABLE/LOTTERJ, para qualquer empresa, que queira utilizá-la para explorar o sorteio 0900 fora do Estado do Rio de Janeiro.

Ora, se assim o é, a agravante, tem o interesse econômico e jurídico de vir compor a lide para, respeitando o princípio do contraditório e ampla defesa, apresentar as possíveis razões quanto a licitude desta autorização, se é que as tem.

Esta é a lição de Nelson Nery⁸: “Eficácia da sentença. Influência na esfera jurídica de outrem. Toda vez que se vislumbrar a possibilidade de a sentença atingir, diretamente, a esfera jurídica de outrem, a menos que a lei estabeleça a faculdade de litisconsórcio (v.g., CC 623, II) deve ser este citado como litisconsorte necessário, a fim de que possa se defender em juízo. Neste sentido: STF-RT 594/248. Exemplo disto é o MS impetrado por concursado, objetivando nomeação em detrimento

dos candidatos classificados à sua frente. Estes terão de ser citados necessariamente para integrarem o pólo passivo da ação de segurança. Se a sentença tiver potencialidade para atingir reflexamente direito de outrem, este poderá ingressar no processo como assistente simples (CPC 50), mas não será litisconsorte necessário.” (destaque não original)

Assim, é que tendo sido concedida a tutela antecipada em face das empresas indicadas na inicial, e não possuindo esta decisão efeito sobre as outras empresas televisivas, restaria sem eficácia tal *decisum*, uma vez que o telesorteio poderia migrar, legalmente para outros canais de televisão quando, então, desrespeitando a decisão judicial, operariam livremente.

Claro está que, à exemplo da tutela antecipada, a decisão final que ratifique esta antecipação, proibindo a realização do malfadado sorteio televisivo - com base no Convênio ABLE/LOTTERJ - haverá de ter eficácia entre todos os canais de televisão, bem como entre todas as empresas envolvidas na veiculação deste jogo, sob pena de restar sem eficácia jurídica a decisão em apreço.

É forçoso se perceber que por trata-se de um litisconsórcio necessário, como antes explicitado, deve o magistrado proceder a citação dos demais réus, com o propósito de se defenderem, esposado no princípio do contraditório. Não se trata, obviamente de um litisconsórcio facultativo, quando a parte a quem aproveitada deveria invocá-lo em juízo.

Como o próprio instituto enseja, a obrigatoriedade de todas as pessoas envolvidas diretamente na demanda, e que sofrerão diretamente os efeitos da sentença, encontra fundamento jurídico no próprio princípio do contraditório, uma vez que, *contrario sensu*, se não litigarem como os réus originários, estará sendo violado o princípio da ampla defesa insculpido em nossa Carta Maior.

Ademais, através da interpretação do artigo 47 do Código de Processo Civil, abstrai-se que a senten-

ça somente terá eficácia se todos os litisconsortes necessários houverem sido citados, sendo inclusive, passível de anulação a decisão que não alcance todos os envolvidos com o objeto da demanda.

Esta vem sendo a orientação jurisprudencial:

“É nulo ‘ab initio’ o processo em que não foi citado litisconsorte necessário (RTJ 80/611, 95/742, RSTJ 30/230, RJTJESP 113/222, RTFR 102/163, RT 508/202) “Cabe ação de nulidade da sentença, com apoio no art. 486, se não foi citado litisconsorte necessário (RT619/110 e JTA 107/241)”⁹

Inobstante, tratar-se de litisconsórcio necessário, obrigatória é a percepção de que se trata de litisconsórcio unitário, uma vez que, ainda que pese a diversidade de partes, deverão as mesmas unidas pelo mesmo propósito em juízo e obterão, ao final o mesmo provimento jurisdicional.

Tanto é assim, haja vista que, no litisconsórcio unitário não se pode delimitar, nem o pedido, nem a tutela jurisdicional, em relação a cada uma das partes, de modo que a eficácia do provimento judicial será comum a todos.

De fato, o pedido formado em juízo afigura-se indivisível em relação a cada uma das partes adversas, devendo o provimento jurisdicional, que decidir acerca deste objeto recair igualmente e subjetivamente nos pólos da ação, plurais ou não.

Na hipótese em apreço,¹⁰ “havendo verdadeira unidade jurídica do provimento que incide diretamente sobre a relação jurídica, entende-se que uma só é a demanda que conduz ao provimento, não meras ‘demandas simultâneas, conjuntas no desenvolvimento’. Tratando-se de litisconsórcio unitário que seja também necessário, desde logo já se sente que, enquanto não integrados todos os legitimados indispensáveis, a própria demanda não estará, ainda completa, sendo insuficiente para conduzir ao provimento pretendido;

todos integrados, ter-se-á uma só demanda, ainda que subjetivamente complexa.” (destaque não original)

Infere-se, do exposto, que se afigurando, no caso em tela, o instituto do litisconsórcio necessário e unitário, além de obrigatório o chamamento dos demais litisconsortes em juízo, enquanto não isto não se efetua não se tem formada a relação processual. Assim é que, além de devido, é OBRIGATÓRIO, o chamamento ao processo das outras pessoas que sofrerão direta ou indiretamente, positiva ou negativamente, os efeitos da sentença.

VI - DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

1. DA LEGITIMAÇÃO PARA PROPOR ESTA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Constituição Federal em seu artigo 129 estabelece:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

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

(...)

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

Por seu turno, a Lei Complementar nº 75 de 20 de maio de 1993, que instituiu o Estatuto do Ministério Público da União assim prescreve:

Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União:

VII - promover o inquérito civil e a ação civil para:

(...)

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis,

difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

(...)”

Claro está, assim que ¹¹ “partindo do Ministério Público a iniciativa da ação, não é correto falar-se em ‘direito de agir’. Há mais um dever de agir que um direito, observou com razão Tornaghi. Daí se afirmar a indisponibilidade da ação pelo Ministério Público.”

Deveras, não se trata de uma simples atribuição genérica atribuída ao *Parquet*, mas quanto antes de uma função institucional, que se materializa, tendo em vista seu objeto.

Desta sorte, apesar de o espectro normativo atribuir múltiplas funções às ações civis públicas, a atividade ministerial cinge-se às oportunidades descritas em leis esparsas, além daquelas que a própria Carta Maior já atribuiu em seu texto.

Neste ponto, passo a análise do objeto da ação civil pública, matéria que se vincula à legitimação ministerial.

2. DA TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

A legitimação do Ministério Público para tutelar interesses difusos e coletivos através da ação civil pública vem expressa no art. 129, III da Constituição Federal, como antes anotado.

Como se inferirá, a demanda em apreço debate objeto jurídico inserido dentro da gama dos interesses difusos, reforçando mais uma vez a legitimidade ativa deste *Parquet*.

Entende-se por direitos difusos, aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Interesses não fragmentários por sua própria natureza. (ex. direito ao meio

ambiente sadio, a publicidade verdadeira).

Exsurgem estes direitos quando não for possível defender, através da ação coletiva, apenas alguns membros determinados da coletividade, mas sim, todos coletivamente. O objeto dos interesses difusos é indivisível: a coletividade é tratada no plano metaindividual, assim, ou o bem é atribuído ou é negado para todos.

Os titulares dos direitos difusos são indetermináveis. Nos interesses difusos não há qualquer relação jurídica base que una os integrantes do grupo lesado com a parte contrária, mas somente relações de fato (ex. fato de habitar o mesmo bairro, sujeitando-se a poluição da mesma fábrica - os titulares não são determináveis pois os moradores podem mudar de bairro).

Claro está, portanto, que os telesorteios veiculados pelas empresas televisivas elencadas na inicial, bem como pelos novos réus incluídas no pólo passivo da demanda, alcançam a coletividade como um todo, não sendo possível restringir a origem das chamadas telefônicas, modo pelo qual se participa do sorteio.

Assim sendo, o direito pleiteado em juízo somente pode enquadrar-se dentre aqueles difusos. Outra não é a visão da doutrina e jurisprudência dominantes:

O Ministro Maurício Correia em voto proferido por ocasião do recurso extraordinário nº 163.231 - SP, de 09 de julho de 1997, bem se expressou:

“Como se sabe o termo difuso, já do domínio público nos dias de hoje, não foi criado modernamente, visto que tem a sua origem na doutrina romanística. Vittorio Scialoja já se referia ao seu conceito de difuso, no século passado, ao mencionar que ‘direitos difusos, que não se concentram no povo considerado como entidade, mas que tem por próprio titular realmente cada um dos participantes da comunidade’ (Procedura Civile Romana, Anonima Romana Editoriale, Roma 1932, parágrafo 69, pág. 345)”

3. DA TUTELA DOS INTERESSES DOS INCAPAZES

Partindo da norma adjetiva, que estabelece em seu artigo 82 a tutela dos direitos dos incapazes pelo Ministério Público, bem como sua função institucional delineada pela Carta Magna, infere-se que ¹² “o objeto da atenção do Ministério Público se resume nesta tríade: a) ou zela para que não haja disposição alguma de um interesse que a lei considera indisponível; b) ou, nos casos em que a indisponibilidade é apenas relativa, zela para que a disposição daquele interesse seja feita conformemente com as exigências da lei; c) ou zela pela prevalência do bem comum, nos casos em que não haja indisponibilidade do interesse, em absoluta, nem relativa, mas esteja presente o interesse da coletividade como um todo na solução do problema.”

Exemplo da segunda categoria elencada pelo Professor Mazzilli, é a tutela dos interesses dos incapazes.

Ademais, O estatuto da criança e do Adolescente prevê:

“Art. 201. Compete ao Ministério Público:

(...)

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância ou à adolescência, inclusive os definidos no artigo 220, § 3º, da Constituição Federal.”

Ora, no universo ilegal dos sorteios incitados pela televisão, e cuja participação se opera tão-somente por uma chamada telefônica, não há como se restringir ou denotar a operação do processo participativo por menores e incapazes.

De fato, basta a pessoa mandar algum sinal de perspicácia cognitiva para “disparar” o número veiculado nos inúmeros apelos fornecidos pelos veículos de comunicação, para se ter gravado o número de telefone de origem e debitada a

conta telefônica do assinante da linha que efetuou a ligação.

Percebe-se que não há como se obstar a participação de menores nestes jogos, o que, à evidência é terminantemente proibido pela legislação vigente.

4. DA TUTELA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Por outro lado, considerando o que será, no próximo item discutido, a veiculação dos sorteios por intermédio do serviço 0900 é um jogo de azar não permitido pela legislação vigente, ou quanto antes, uma modalidade de jogo que foi criada ao revés do espírito normativo, tendo em vista a concretização de Convênios não autorizados e que revestem esta qualidade “pseudo-normativa” para iludir os telespectadores, participantes em potencial.

A regra cogente é que a propaganda de qualquer produto ou serviço, posto a disposição dos consumidores, deve ter como esteio origem lícita, permitida pela legislação, bem como ser transparente aos olhos do consumidor.

Equipara-se, aqui, os participantes dos sorteios pelo sistema 0900, aos consumidores de uma relação jurídica, enquanto as empresas responsáveis pela veiculação e criação dos jogos, seus fornecedores. O serviço, obviamente, refere-se ao jogo de azar, no caso em apreço, sorteio telefônico.

Abstrai-se, neste contexto que as usuais chamadas que induzem os telespectadores a ligarem para o número publicado e a participarem automaticamente deste jogo eletrônico, não sendo um serviço lícito, induz a erro os consumidores, uma vez que através de uma mídia enganosa patrocina o uso de um serviço proibido.

Notadamente, o direito do consumidor, vem sendo considerado pela doutrina prevalente, como parcela dos direitos individuais homogêneos, o que significa, nas palavras de Kazuo Watanabe ¹³ que “foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério

Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular.”

Nesta esteira a legitimação do Ministério Público para interpor ação civil pública tendente a tutelar interesses individuais homogêneos, encontra-se expressa pelo artigo 6º, alínea c, da Lei Complementar 75/93 e artigos 82, inciso I, 91, 92 do Código de Defesa do Consumidor.

Nada obstante, a manobra efetuada pelos meios de comunicação televisivos, bem como as operadoras que com elas colaboram, é veementemente proibida pelo legislador pátrio, especificamente nos artigos 37 e seguintes da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor):

“É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§1º - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

(...)”

Destaca-se, portanto, que as chamadas pelo meio de comunicação, que oferecem um serviço (jogo) que não encontra respaldo em lei vigente, apresenta-se como oferecimento de um serviço (modalidade de jogo de azar), senão ilícito, no mínimo falso, como considera o Código de Defesa do Consumidor.

Outrossim, mesmo no exercício de proteção aos interesses anteriormente colacionadas, o Ministério Público tem como obrigação imanente, a defesa da ordem jurídica, cuja expressão principal é o controle da legalidade que deve reger os atos jurídicos ou não.

É o que determina o artigo 127 da Constituição Federal:

“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.”

Assim, é que resta mais uma vez demonstrado não somente o interesse, bem como a legitimação para o Ministério Público para promover a presente ação civil pública.

VII - DO ASTREINTE

Não há, ainda, que se dizer que a aplicação de multa diária, fixada pelo juízo monocrático, como meio coercitivo para o cumprimento imediato da antecipação da tutela, seja uma medida irregular.

Isto porque a previsão de multa pecuniária encontra-se explicitamente prevista em lei. Veja-se:

“Art. 12, §2º da Lei nº 7.347/85:

A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que houver configurado o descumprimento.”

Claro está, que não se trata de ofensa ao princípio da demanda, uma vez que o objeto da ação civil pública não é o de obter uma indenização pecuniária, mas de ver sobrestado o ato lesivo impugnado.

Desta forma, pode e deve ser, a multa, cominada diariamente, *ex officio*, como meio coercitivo para que o “condenado” não descumpra os ditames da tutela liminar. Não está, esta multa, atrelada ao pedido postulado inicialmente, mas constituiu meio jurisdicional que garante a eficácia prática e jurídica das decisões.

Deveras, a “multa diária fixada pelo juiz caracteriza-se como *astreinte*, isto é, condenação pecuniária e eventual, de valor excessivamente exagerado, meio coativo, cuja finalidade é obter do devedor, sob ameaça de aumento progressivo e insuportável de soma em dinheiro, o efetivo cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. MANCUSO - Ação Civil Pública, n. 10.3, p. 147¹⁴

VIII - CONCLUSÃO

Em suma, a decisão impugnada, não merece qualquer reparo, considerando que:

a) o Ministério Público é parte legítima para figurar no pólo ativo da demanda, primeiramente por ter como obrigação constitucional zelar pela ordem jurídica, e ademais, por se tratar de ação civil pública que tutela não somente interesses difusos da sociedade, mas também direitos individuais homogêneos, considerando as disposições do Código de defesa do consumidor;

b) a agravante merece ser mantida no pólo passivo, uma vez que sofrerão diretamente os efeitos, positivos ou negativos, da sentença. Afigura-se evidente o instituto do litisconsórcio passivo necessário e unitário;

c) a tutela antecipada não macula o princípio do contraditório, ao contrário, além de estar prevista sua concessão inaudita altera pars, seu deferimento é de rigor estando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*;

d) os requisitos necessários para a concessão da medida antecipatória estão presentes, haja vista os vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade em que incorre o sistema de jogo *tele-0900*, constituído com base no Convênio ABLE/LOTERRJ;

e) a Constituição Federal delimita como monopólio da União a legislação a respeito de sorteios, de modo que a legislação estadual a respeito do tema não poderia ter eficácia jurídica;

f) inobstante, entendendo-se que a lei estadual tem o condão de criar espécies de loteria sem a devida ratificação federal, por óbvio que o campo de eficácia da dita ordem normativa encontra-se adstrita ao território de onde emana;

g) óbvia é a ampliação do campo de atuação do referido Convênio nº.009 ABLE/LOTERRJ, na medida que realizado sob lastro de lei estadual que extrapola seus limites de competência.

Isto posto afigura-se, uma vez mais, o recurso interposto, desprovi-

do de qualquer fundamento jurídico.

Por todo o exposto, e considerando a relevância do direito que se busca resguardar, requer e espera, o Ministério Público Federal, se dignem Vossas Excelências, manterem a decisão impugnada, negando provimento ao Agravo de Instrumento interposto.

São Paulo, 20 de agosto de 1998.

¹. ZAVASCKI, Teori Albino - *Antecipação da Tutela*, Editora Saraiva, São Paulo, 1997, página 22.

². MARINONI, Luiz Guilherme - *A Antecipação da Tutela*, 3ª edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1997, página 30.

³. NERY JUNIOR, Nelson - *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, páginas 137/138.

⁴. NERY JR., Nelson - *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, página 136.

⁵. ALVIM, Arruda - *Manual de Direito Processual Civil*, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, Volume I, página 469.

⁶. idem nota (5), página 469. (Alvim)

⁷. DINAMARCO, Cândido Rangel - *Litisconsórcio*, 5ª edição, Malheiros editores, São Paulo, 1997, página 35.

⁸. NERY JUNIOR, Nelson - *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, página 327.

⁹. NEGRÃO, Theotonio - *Código de Processo Civil*, 27ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1996, página 115.

¹⁰. idem nota (7), página 72. (Dinamarco)

¹¹. MAZZILLI, Hugo Nigro - *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, página 51.

¹². MAZZILLI, Hugo Nigro - *Regime Jurídico do Ministério Público*, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995, página 78.

¹³. GRINOVER, Ada Pellegrini - *Código de Defesa do Consumidor*, 5ª edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998, página 640/641.

¹⁴. NERY JUNIOR, Nelson - *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, página 1149.

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESTABELECIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A POSIÇÃO INTERVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS QUESTÕES DOS EXCLUÍDOS E A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL - ENVOLVIMENTO COMUNITÁRIO E DEFESA SOCIAL

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen

PR/SP

A Constituição Federal de 1998 em seu Título VII, estabelece diversas políticas públicas vinculantes para as administrações públicas federal, estadual e municipal, que visam a concretização de uma nova ordem social nos moldes do artigo 197:

“ A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais “

Certo é que o grande parte do conteúdo dos dispositivos constitucionais relativos à ordem social já se encontra densificado por normas infraconstitucionais, como a Lei de Apoio às Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei nº 7.853/89), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93).

Demais disso, a Constituição Federal nos artigos 127, **caput** estabelece as linhas de atuação do Ministério Público: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

E o artigo 129 em seus incisos II e III determina que são funções institucionais do Ministério Público: zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia e promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Por outro lado, a Lei Comple-

mentar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados) também estabelecem as funções e formas de atuação dos membros dos diversos ramos do Ministério Público, que convergem sempre para a defesa do cidadão, e especialmente, na matéria da defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos para a afirmação dos direitos coletivos assegurados na Constituição Federal e em especial, no capítulo da ordem social.

Ressalve-se que, na estrutura do Ministério Público Federal prevista na Lei Complementar nº 75/93, existe a figura do Procurador dos Direitos do Cidadão, cuja atribuição é a defesa dos direitos constitucionais do cidadão, zelando pelo efetivo respeito a tais direitos por parte do Poder Público e pelos prestadores de serviços de relevância pública (artigo 11 do diploma legal citado).

Portanto, zelar pelo cumprimento **real e efetivo** dos direitos assegurados na Constituição Federal e em especial, no título da ordem social é dever institucional do Ministério Público.

Frise-se que grande parte das políticas públicas para concretização das normas constitucionais da ordem social já se encontram delineadas na própria Constituição, tendo sido densificadas a partir das Leis já citadas.

A Constituição Federal também delineia em muitos casos as fontes de custeio e em parte vincula determinadas fontes a gastos específicos com

participação popular no gerenciamento de seus recursos, em clara afirmação da co-responsabilidade que deve existir entre Estado e Sociedade Civil.

A propósito vale citar o Professor Gomes Canotilho:

“ Um dos desafios com que se defronta este constitucionalismo moralmente reflexivo consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente mas ineficaz através de outras formulas que permitam completar o projeto de modernidade - onde ele não se realizou - nas condições complexas da pós-modernidade. Nessa perspectiva, certas fórmulas já apontadas de eficácia reflexiva ou de direção indireta - subsidiariedade, neocorporativismo, delegação, podem apontar para o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que reforçando a eficácia, recuperam as dimensões justas da responsabilidade apoiando e encorajando a dinâmica da sociedade civil. Além disso, devem considerar-se superadas as formas totalizantes e planificadoras globais abrindo o caminho para ações e experiências locais (princípio da relevância) e dando guarida à diversidade cultural (princípio da tolerância). No fim de contas, o projeto emancipatório das constituições vai continuar num contexto outro e através de instrumentos diferentes. A lei dirigente cede lugar ao con-

trato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização, mas o animo de mudanças ai está de novo nos quatro novos contratos globais. Referimos, ao contrato para as necessidades globais - remover as desigualdades - o contrato cultural - tolerância e dialogo de culturas - contrato democrático como governo global e contrato do planeta terra-desenvolvimento sustentado. Se, assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativa-mente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade, isto é pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e ação ¹.

Voltando à ordem constitucional social brasileira, verifica-se que o princípio chamado pelo Professor Gomes Canotilho de **responsabilidade** está claramente presente, uma vez que a concretização daquela deve ser feita de forma co-responsável pelo Estado e pela Sociedade (artigos 194, 195, 199, 204, inciso II, 205, 209, 224, 225, 227 e 230), que se realiza não somente na geração de recursos a serem pagos pela sociedade civil, mas também na participação dos cidadãos na criação e gerenciamento das políticas públicas aplicadas pela administração.

Nesse sentido, a margem de discricionariedade da administração no cumprimento da ordem constitucional social é bastante limitada, o que ocasiona a possibilidade de maior judicialização dos conflitos, pois que as políticas públicas podem ser questionadas judicialmente.

Vale citar o Professor Paulo Bonavides:

“O problema da “juridicização” dos direitos sociais tornou-se crucial para as Constituições do Estado social. Cumpre, pois, na busca de uma solução, observar toda essa sequência: reconhecer a vinculação constitucional do legislador a tais direitos, admitir que se trata de direitos de eficácia imediata, instituir o controle de constitucionalidade e, por fim, estabelecer meca-

nismos suficientes que funcionem como garantias efetivas de sua aplicabilidade ².

Nesse contexto, a função do Ministério Público é bastante clara, pois como fiscal da Lei e defensor dos interesses sociais, deve zelar pela efetiva implantação das políticas públicas que visam à concretização da ordem social constitucional. Nesse sentido os diplomas legais que trouxeram maior densidade aos ditames constitucionais referem-se sempre ao Ministério Público como defensor dos direitos estabelecidos nas referidas Leis (como por exemplo os artigos 5º e 6º da Lei nº 7.853/89, artigo 201, inciso VIII da Lei nº 8.069/90 e artigo 31 da Lei nº 8.625/93).

Portanto, a função do Ministério Público não é somente de atuar para corrigir os atos comissivos da administração que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também deve atuar na correção dos atos omissivos, ou seja, para a implantação efetiva de políticas públicas visando à efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988.

A atuação instrumental tradicional, ou seja, perante o Judiciário é apenas uma das possibilidades, através da Ação Civil Pública para a imposição de obrigação de fazer à administração para que sejam implantadas políticas públicas para a efetividade dos artigos da Constituição relativos à ordem social, bem como da legislação infraconstitucional atinente à matéria.

Por outro lado, a atuação extrajudicial, através dos Inquéritos Cíveis Públicos e outros Procedimentos Administrativos de monitoramento com o uso dos instrumentos legais da Recomendação e dos compromissos de ajuste (ou ajustes de conduta), parece mais adequada na maioria das hipóteses, pois a efetividade de políticas públicas trabalham com vários vetores, salientando-se a formação dos conselhos com participação popular e capacitação dos conselheiros; implantação dos fundos, que muitas vezes dependem da existência de leis municipais, o que envolve o executivo e o legislativo municipais. Por outro lado, é importante também a implantação dos mecanismos de prestação de contas das verbas quer sejam federais, estaduais ou municipais. Daí porquê muitos atos que possam ser contemplados em uma decisão judicial não são capazes de possibilitar, a

partir de sua prolação, a incorporação de novos itens e atores que surgem do próprio movimento da composição e atuação das comunidades.

Assim sendo, exemplificando com um trabalho que está sendo feito pelo Ministério Público Federal no Estado de São Paulo para a efetiva implantação da Lei Orgânica da Assistência Social que envolve Procuradores da capital, interior e litoral em ação conjunta em procedimentos administrativos, utilizando-se as recomendações para os municípios criarem os Conselhos Municipais de Assistência Social e respectivos fundos para o repasse das verbas federais fundo a fundo; a análise das leis municipais para verificação da adequação das mesmas à Constituição Federal e à Lei federal nº 8.742/93; funcionamento dos referidos conselhos e mecanismos de prestação de contas. Todas essas atividades não são passíveis de serem reduzidas a uma obrigação de fazer, a ser imposta por decisão judicial em uma ação civil pública.

CONCLUSÕES:

a) O Ministério Público tem por atribuição constitucional e legal a função de zelar pela efetiva implantação dos direitos relativos à ordem social assegurados na Constituição Federal;

b) A atuação do Ministério Público não se restringe aos atos comissivos da administração, mas estende-se aos atos omissivos;

c) Relativamente à implantação das políticas públicas deve o Ministério Público atuar junto à administração quer seja através das ações civis públicas que visam a obrigação de fazer, quer seja através da atuação extrajudicial pelos inquéritos cíveis públicos e outros procedimentos administrativos de monitoramento, recomendações e compromissos de ajuste e

d) A preferência pela atuação extrajudicial deve-se ao fato da impossibilidade de uma sentença judicial contemplar as inúmeras vertentes relativas a implantação de políticas públicas.

¹ in Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo publicado em CADERNOS DE DIREITO DE DIREITO CONSTITUCIONAL E CIÊNCIA E CIÊNCIA POLÍTICA, nº 15, Abril - Junho de 1996 - Editora Revista dos Tribunais, páginas 07/17.

² in A Constituição Aberta, 2ª Edição, Malheiros Editores, 1996.

ANTECEDENTES DO RÉU E DIREITO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL

Wellington Cabral Saraiva
PR/PE

Volta e meia, na praxe do foro, surge a questão do suposto direito do cidadão com antecedentes criminais a que o Ministério Público formule proposta de suspensão condicional do processo, nos termos da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, desde que satisfeitos os demais requisitos do artigo 89 desse diploma normativo. Para tanto, alega-se, em geral, que (a) a proposta de suspensão condicional do processo é direito subjetivo do réu, existente desde que se mostrem presentes os demais requisitos da lei, e (b) o requisito legal de não estar respondendo a outro processo como obstáculo à suspensão condicional feriria o preceito constitucional que estabelece o princípio da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da Constituição da República).

Aqui se analisarão alguns aspectos quanto à irrelevância da existência de inquéritos ou processos em andamento para o fim de ser formulada a proposta de suspensão do processo.

Não se deve examinar esse aspecto da Lei n.º 9.099/95 com posições preconcebidas. Dispõe a lei, no art. 89: “nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão con-

dicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

É verdade que a existência de inquéritos policiais ou processos criminais em andamento não representa demonstração de culpa formalmente reconhecida pelo aparato estatal. Todavia, inquéritos e processos em curso podem funcionar como indício, mais ou menos veemente, de reprovabilidade da conduta social do agente e, até, de sua periculosidade. Tanto é assim que a existência desses registros é costumeiramente tomada pelos órgãos jurisdicionais como elemento relevante para a decretação da prisão preventiva, por exemplo. Servem, igualmente, na avaliação das chamadas circunstâncias judiciais, a que alude o art. 59 do Código Penal, determinantes da fixação da pena.

Do mesmo modo, esses registros podem e devem ser considerados no momento da propositura e da homologação da suspensão condicional do processo. Em outras palavras, a existência de inquéritos ou ações em andamento pode, em determinados casos concretos, ser considerada não-impediente da proposta de suspensão, ao passo que, em outros, pode e deve afastar o benefício da Lei n.º 9.099/95.

Não se está a afirmar que a simples existência de inquéritos ou ações em marcha contra o indivíduo signifique reconhecimento antecipado de culpa. Trata-se, no entanto, de critério razoável que o legislador elegeu para excluir do *favor legis*

certa parcela de cidadãos, não parecendo que se possa ver aí, de pronto, flagrante inconstitucionalidade. De mais a mais, o fato de estar eventualmente excluída a possibilidade de suspensão condicional do processo não traz gravame ao acusado, pois não significa que ele vá cumprir pena; apenas, que deverá responder ao processo, podendo vir a ser, é claro, absolvido, sem necessidade, portanto, de submeter-se às condições da suspensão prevista no art. 89.

Para demonstrar que a interpretação do art. 89 não admite soluções baseadas apenas em pré-compreensões, examinem-se os seguintes casos hipotéticos:

i) A é denunciado por descaminho e sua folha de antecedentes registra um inquérito policial por lesão corporal culposa ocorrida em acidente de trânsito;

ii) B, motorista profissional, está sendo processado por várias lesões corporais e homicídios em acidentes de trânsito e vem a ser novamente processado por lesão corporal em acidente dessa natureza;

iii) C é investigado por numerosos crimes contra o sistema financeiro nacional e vem a ser denunciado por desobediência.

No primeiro caso, parece evidente que a existência do inquérito não deveria servir de óbice à proposta de suspensão, no processo por descaminho, pois a simples

investigação de lesão culposa em acidente de veículos não guarda, em princípio, relação alguma com a possível culpabilidade do denunciado por delito de descaminho. Não serviria, portanto, para recomendar a não-proposição da suspensão condicional.

No segundo, o indivíduo teria “direito subjetivo” à proposta de suspensão? Parece certo que não, pois a circunstância de o réu responder a várias investigações por delito idêntico àquele por que volta a ser acusado claramente recomenda que sua responsabilidade seja apurada, de modo cabal, no processo.

Já no terceiro caso, diante de maiores detalhes sobre cada investigação, o Ministério Público talvez concordasse em apresentar proposta de suspensão e o juiz quiçá a homologaria. Nesta situação, em vez de o órgão ministerial formar já na propositura da ação penal o juízo acerca da inconveniência da suspensão, deveria coletar elementos respeitantes aos feitos em andamento e, então, formular ou deixar de formular, fundamentadamente, a proposta de *sursis* processual, mesmo que a ação proposta já houvesse caminhado alguns passos. Na verdade, desejável seria que o membro do Ministério Público colhesse tais informações antes mesmo da denúncia, para pronunciar-se quanto à proposta já no momento de aforar a petição inicial.

Deve considerar-se, ainda, a espécie de antecedentes registrados com relação a cada denunciado. Imaginem-se as situações hipotéticas que se seguem:

i) D apresenta em sua folha de antecedentes várias ações penais julgadas pela absolvição em razão de insuficiência de provas;

ii) E foi numerosas vezes processado, mas sempre absolvido pelo caráter não-criminoso do fato ou pelo acolhimento da tese de negativa de autoria;

iii) F respondeu a três ações, todas com extinção da punibilidade em razão de prescrição retroativa.

Novamente parece que as soluções poderão divergir em cada caso. No primeiro, o exame detido dos antecedentes poderá recomendar a não-suspensão do processo. No segundo, não haveria motivo para que o denunciado deixasse de gozar do *favor legis*. No terceiro, o caminho adequado poderia ser idêntico ao primeiro, mas, por outra parte, a decretação da prescrição retroativa implica a existência de condenação anterior. Ora, não obstante se diga e repita que a prescrição, no caso, por atingir a pretensão punitiva, apaga todos os efeitos da sentença condenatória que vem a ser desconstituída, parece razoável que, em certos casos, o Ministério Público e o juiz concordem em que atende melhor ao interesse público que o réu responda à acusação, defendendo-se como lhe aprouver.

Em síntese, o que se quer reafirmar é o descabimento de considerar, *a priori*, absolutamente aplicável ou inaplicável a restrição do *caput* do art. 89, quanto a não ter antecedentes o denunciado. Aliás, nesse sentido posicionaram-se Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, dos quais os três primeiros participaram da comissão que elaborou o anteprojeto da Lei n.º 9.099/95, enquanto o último, da comissão revisora da reforma do CPP. Salientam eles, com extrema propriedade, que o(s) processo(s) existente(s) contra o denunciado deve(m) ser apreciado(s) em cada caso, a fim de gerar(em) juízo negativo ou positivo acerca da possibilidade de suspensão do processo. Veja-se o correto raciocínio desses juristas:

A existência de outro processo em curso, destarte, levará o juiz a um exame mais aprofundado das chamadas circunstâncias judiciais (culpa-

bilidade, conduta social, personalidade, motivos etc.), mas **por si só** não pode ser obstáculo à suspensão do processo. **Em virtude de um juízo negativo (fundamentado) das condições judiciais torna-se possível o indeferimento da mencionada via alternativa.** Tal não poderá ocorrer, no entanto, com a invocação “seca” da existência de processo em curso. As normas constitucionais [que estabelecem o princípio da presunção de inocência] ocupam hierarquia superior e não são meras peças de decoração.

(GRINOVER, *Ada et alii*. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 2. ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 214, sem grifo no original)

Se, por um lado, como sustentam, a existência de processos ou inquéritos em nome do denunciado não deve impedir, de modo apriorístico, a proposta de suspensão, em face do princípio constitucional citado, por outro eles admitem que tais antecedentes sejam cotejados com a acusação atual para a formulação de juízo positivo ou negativo quanto à conveniência da suspensão condicional do processo.

A existência de antecedentes, portanto, impõe o exame do caso concreto por parte do Ministério Público, não devendo servir como impediente absoluto para a proposta de suspensão condicional do processo e, ao mesmo tempo, não deve ser desprezada em homenagem cega ao princípio da presunção de inocência, até porque a não-proposição do *sursis* processual não significa condenação, mas simplesmente a sujeição do denunciado ao devido processo legal, quando terá oportunidade de defender-se de maneira ampla.

Recife, setembro de 1998.

XV ENCONTRO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA



ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS
PROCURADORES DA REPÚBLICA

MINISTÉRIO PÚBLICA, IMPUNIDADE E DIREITOS HUMANOS

- I - O Ministério Público Federal e a Atuação Criminal. Reformas Legislativas. O problema da Impunidade e suas Raízes Legais. Análises e Sugestões;
- II - O Ministério Público e Tutela dos Direitos Humanos;
- III - Política Institucional: estrutura do Ministério Público Federal na Perspectiva da Atuação Articulada e Eficiente.

De 28 de outubro a 2 de novembro/98

Hotel Transamérica
Ilha de Comandatuba - BA