

**SORAIA DE ALMEIDA**

**AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*:  
A ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E  
A TEORIA DA “NORMA AINDA CONSTITUCIONAL”**

**ESCOLA PAULISTA DE DIREITO - EPD  
Especialização em Direito Público**

**São Paulo  
2009**

**SORAIA DE ALMEIDA**

**AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*:  
A ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E  
A TEORIA DA “NORMA AINDA CONSTITUCIONAL”**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Especialização em Direito Público, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Público pela **ESCOLA PAULISTA DE DIREITO – EPD**.

**Orientador:** Prof. Dr. Hamilton Rangel Júnior

**São Paulo  
2009**

Aos  
meus pais que,  
em mim acreditaram,  
desde os primeiros momentos...

“Nada tens a me dar para que te ame,  
e mesmo que não esperasse o que espero,  
ainda assim te amaria.”

(Garcia Lorca)

## RESUMO

O presente trabalho trata da responsabilidade civil de reparar o dano decorrente de crime, mais especificamente sob o prisma da ilegitimidade do Ministério Público em promover a ação, a requerimento da vítima hipossuficiente.

Até o advento da Carta de 1988 não se questionava sua legitimidade, entretanto, com a nova destinação constitucional do *parquet* e a previsão de criação da Defensoria Pública, a quem se incumbiu a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal – que garante assistência jurídica aos necessitados -, o tema passou a ser objeto de grande controvérsia.

Basicamente duas posições se estabeleceram. A primeira formada pelos que entendiam pela ilegitimidade do Ministério Público em razão da vedação constitucional ao exercício da advocacia, da ausência de interesse público e da inexistência da figura da substituição processual. A segunda posição era composta pelos que acreditavam que a atribuição do Ministério Público poderia ser pautada pela previsão constitucional de exercício de “outras funções que lhe fossem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”, da presença do interesse público mais abrangente e, de certo modo, de disfarçada substituição processual.

A questão chegou a Supremo Tribunal Federal e sendo o artigo 68, do Código de Processo Penal preexistente à Constituição de 1988, cogitou-se tratar da hipótese de não recepção da norma simplesmente, em razão da incompatibilidade com os artigos 127, *caput*, 129, inciso IX e 134, da Constituição Federal. Todavia, ao longo do julgamento observou-se a precariedade quanto à criação e implantação efetiva da Defensoria Pública e o fato do hipossuficiente, vítima de crime, buscando reparação civil, não poder ficar à mercê de um sistema ainda sob construção.

Assim, a alternativa encontrada repousou na teoria alemã do “apelo ao legislador”. Por meio dela, reconheceu-se a norma – o artigo 68, do

Código de Processo Penal – como “ainda constitucional” até a criação e instalação efetiva da Defensoria Pública em todos os Estados da Federação.

Atualmente, a Defensoria já se encontra presente em todo o território nacional e no momento em que sua organização for de fato, efetiva, o artigo 68, do Código de Processo Penal perderá sua vigência.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Responsabilidade civil – reparação de dano decorrente de crime – ilegitimidade – Ministério Público – revogação – artigo 68 do Código de Processo Penal – destinação constitucional do *parquet* – Defensoria Pública – Supremo Tribunal Federal – norma ainda constitucional.

## SUMÁRIO

I – Introdução	fls. 8
II – Responsabilidade	fls. 9
1 - Noções de responsabilidade civil e penal	fls. 9/16
2 – Os legitimados da ação civil	fls. 17/21
III – Ministério Público	fls. 22
1 – Breve evolução histórica	fls. 22/24
IV – O Ministério Público na ação civil <i>ex delicto</i>	fls. 25
1 – Ilegitimidade do Ministério Público	fls. 25
1.1 – Em razão da nova destinação constitucional e da previsão de criação da Defensoria Pública	fls. 25/28
1.2 – Em razão da ilusória substituição processual	fls. 28/34
1.3 – Em razão da ausência de interesse público	fls. 34/38
V – O julgamento do RE 135.328-7/SP	fls. 39
1 – O voto do Ministro Marco Aurélio	fls. 39/40
1.1 – Considerações sobre a incompatibilidade do direito pré-constitucional e a nova ordem constitucional	fls. 40/48
2 – O voto do Ministro Celso de Mello	fls. 48/49
3 – O voto do Ministro Sepúlveda Pertence	fls. 49/53
3.1 – A técnica de decisão da “norma ainda constitucional”	fls. 53/57
VI – Conclusão	fls. 58
VII – Bibliografia	fls. 59/62

## I – INTRODUÇÃO

A escolha do tema “norma ainda constitucional” deve-se ao fato de, à época, termos encontrado certa dificuldade em perceber as razões pelas quais o artigo 68, do Código de Processo Penal, sendo norma preexistente ao texto constitucional, não se encontrava por ele revogado, já que incompatível com os artigos 127, *caput*, 129, inciso IX e 134, da Constituição Federal.

Para compreensão dessas razões procuramos iniciar o estudo partindo do ordenamento em direção ao caso concreto, compilando jurisprudência e, especialmente, estudando a decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal que pôs fim à controvérsia – o RE 135.328-7/SP.

Esperamos com isso demonstrar que, a missão do julgador vai além de simplesmente decidir o caso que lhe chega às mãos, para interpretar o espírito da norma, através de mecanismos outros que mantenham equilibrados os interesses individuais e sociais idealizados pelo legislador.

## II- RESPONSABILIDADE

### 1 – NOÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL

A busca da harmonia social está diretamente relacionada à existência de normas jurídicas - apontadas por Miguel Reale como *normas de conduta - destinadas a regular e limitar o comportamento humano* (cf. 1995:97). Certo de que o indivíduo pode e, não raro, efetivamente viola o conteúdo da norma, o legislador prevê a imposição de sanção, seja ela penal e/ou civil, como forma de reparar o dano social e individual.

Enquanto a responsabilidade penal decorre de dano causado a todo o corpo social, inclusive o individual, atingido diretamente, a responsabilidade civil compreende, mais especificamente, o prejuízo pessoal.

Nesse sentido preleciona Rui Stoco:

“Obediente ao princípio *nulla poena sine lege*, o legislador compendia, nos Códigos Penais, os atos que considera prejudiciais à paz social, e que, como tal, acarretam a responsabilidade penal do agente. Importa, em homenagem àquele princípio, que o indivíduo, ao agir, conserve a sua liberdade, isto é, que praticando certos atos, saiba que não será inquietado, sabendo, por outro lado, que aqueles outros, infringentes da norma penal, provocarão a ação repressora. Esta ação repressora não se preocupa, porém, com o dano aos particulares (embora, em concreto, ele ocorra), mas tem em vista o dano social, contra o qual reage, ferindo, isolando, acautelando, em uma palavra, restabelecendo e conservando o equilíbrio desfeito. Nisso se mostra diferente da responsabilidade civil, que é repercussão do dano privado. Distinguem-se também uma da outra, em que a vítima do dano não pode, *‘ex proprio Marte’*, ferir o autor do prejuízo. Só lhe cabe pedir a reparação, traduzida em uma importância em dinheiro” (1999:62).

Fazendo suas as palavras de Aguiar Dias continua:

“Se a responsabilidade civil pretende reprimir o dano privado, restabelecendo o ‘equilíbrio individual’ perturbado, a responsabilidade penal tem a finalidade de restabelecer o equilíbrio ‘social’ perturbado, indagando antes da imputabilidade do agente e da anti-socialidade de seu procedimento” (1999:62).

Sintetizando, o *ius puniendi* do Estado Soberano decorre do comportamento humano (ação ou omissão) que viola a ordem jurídica e da necessidade de responsabilizar-se o delinquente (com a imposição da pena). Uma vez cumprida a pena pelo agente criminoso restabelece-se o equilíbrio coletivo anteriormente perturbado, restando saldado o débito social. Contudo, a figura da vítima fica a margem de toda essa dinâmica. Sendo assim, é da necessidade de recompor o patrimônio lesado pelo ilícito, de restabelecer o *status quo* à ocorrência do ilícito, que surge a responsabilidade civil. Nesse momento, objetiva-se reparar, agora no campo civil, a lesão causada à vítima em razão do crime.

É a partir dessa sistemática que surge a noção de responsabilidade, idealizada pelo Código Civil:

**“Artigo 927: Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”**

**“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”**

**“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”**

Nesse sentido, para que reste configurada a responsabilidade civil – a obrigação de reparar o dano causado a outrem – deve-se perquirir a presença de certos elementos essenciais, quais sejam: a conduta (ação ou omissão), a subjetividade (dolo ou culpa), o nexos de causalidade (entre a conduta e o resultado) e o resultado (evento danoso causado a terceiro). Esse é, inclusive, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

**“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEXO CAUSAL. AUSÊNCIA. CULPA PELO ACIDENTE. ÔNUS DOS RECORRIDOS.**

**1. A responsabilidade civil somente se perfaz se presentes seus elementos essenciais, quais sejam, ação ou omissão do agente, nexos causal e dano.**

2. A responsabilização do proprietário do veículo pressupõe seu mau uso, traduzido no agir culposos do terceiro condutor, causador do acidente. Precedentes.

3. A demonstração da culpa pelo acidente configura ônus do autor, já que se consubstancia em fato constitutivo de seu direito.

4. Recurso especial conhecido e provido. (grifo nosso)

(REsp 608869/RJ – Processo 2003/0194890-9 – Quarta Turma – rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 09.12.2008, DJe 09.02.2009)”

“PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO E O ATO ILÍCITO PRATICADO POR FORAGIDO DE INSTITUIÇÃO PRISIONAL. AUSÊNCIA.

**1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).**

2. “Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., nº 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa” (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.92, Min. Moreira Alves).

3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido. A violência contra a recorrida, que produziu os danos reclamados, ocorreu mais de dez meses após o foragido ter se evadido do presídio. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF (RE 130.764, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.92; RE 369.820-6, 2ª T., Min. Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004; RE 341.776-2, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.04.2007) e do STJ (REsp 858.511/DF, 1ª T., relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19.08.2008).

4. Recurso especial a que se dá provimento. (grifo nosso)

(REsp 719738/RS – Processo 2005/0012176-7 – Primeira Turma – rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 16.09.2008, DJe 22.09.2008)”

“CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. EMPRESA DE ESTACIONAMENTO QUE PERMITE A RETIRADA DE VEÍCULO PELO FILHO DA PROPRIETÁRIA DO MESMO, SEM A APRESENTAÇÃO DO COMPROVANTE DE ESTACIONAMENTO. ACIDENTE DE TRÂNSITO OCORRIDO HORAS MAIS TARDE EM CIDADE DIVERSA. NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. À luz do comando normativo inserto no art. 1.060 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 403 do vigente códex, sobre nexo causal em matéria de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva – vigora, no direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada, também denominado princípio do dano direto e imediato.

2. Segundo referido princípio ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa (art. 159 do CC/1916 e art 927 do CC/2002) e somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso (art. 1060 do CC/1916 e 403 do CC/2002).

**3. A imputação de responsabilidade civil, portanto, supõe a presença de dois elementos de fato, quais: a conduta do agente e o resultado danoso; e de um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente.**

4. In casu, revela-se inequívoca a ausência denexo causal entre o ato praticado pela ora recorrida (entrega do veículo ao filho da autora e seus acompanhantes sem a apresentação do respectivo comprovante de estacionamento) e o dano ocorrido (decorrente do acidente envolvendo o referido veículo horas mais tarde), razão pela qual, não há de se falar em responsabilidade daquela pelos danos materiais e morais advindos do evento danoso.

5. Recurso especial a que se nega provimento. (grifo nosso)  
(REsp 325622/RJ – Processo 2001/0055824-9 – Quarta Turma – rel. Min. CARLOS FERNANDO MATHIAS (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), j. 28.10.2008, DJe 10.11.2008)”

Justamente da ofensa à ordem social, resguardada pelas leis civis, nasce a ação civil *ex delicto*, prevista nos artigos 63 a 68 do Código de Processo Penal, com o intuito de reparar o dano sofrido pela vítima do delito. Nela, o ofendido busca, exclusivamente, recompor seu patrimônio, compensar o prejuízo decorrente do crime.

Isso porque, a mera propositura da ação penal, pelo Ministério Público, seu titular, não garante, à parte prejudicada, a reparação do dano. Para tanto, impõe-se a promoção da execução da sentença penal, no juízo cível ou a interposição da ação civil de indenização pelo procedimento sumário ou ordinário, conforme o caso.

A razão está em que, a ação penal representa a pretensão punitiva decorrente da violação da ordem social, cuja sanção é a aplicação da pena – privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa, consoante previsto no artigo 32, do Código Penal -, sendo ainda, via de regra, pública incondicionada e dirigida contra aquele que pratica a conduta descrita no núcleo da norma penal incriminadora, vale dizer, o sujeito ativo do crime<sup>1</sup>.

Por sua vez, a ação civil, que deriva do dano causado pelo delito, visa à reparação patrimonial e é de iniciativa do titular do bem jurídico tutelado, que a move contra o causador do dano ou seus sucessores, nos termos da lei.

Percebe-se, assim, que a responsabilidade civil é independente da criminal.

Já na exposição de motivos do Código de Processo Penal, Francisco Campos justificava a manutenção da separação entre a ação

penal e a ação civil *ex delicto* e a rejeição ao instituto ambíguo da constituição de “parte civil” no processo penal. Dizia que:

“A obrigação de reparar o dano resultante do crime não é uma consequência de caráter *penal*, embora se torne *certa* quando haja sentença condenatória no juízo criminal. A invocada conveniência prática da economia de juízo não compensa o desfavor que acarretaria ao interesse da repressão a interferência de questões de caráter patrimonial no curso do processo penal. É indissimulável o mérito da argumentação de Sá Pereira na ‘Exposição de Motivos’ do seu ‘Projeto de Código Penal’, refutando as razões com que se defende o deslocamento da reparação do dano *ex delicto* para o campo do direito público:

‘A meu ver, o que há de verdade nessas alegações não atinge os dois pontos seguintes: 1) que a reparação do dano é matéria de direito civil, e 2) que a repressão sofreria, se, no crime, a pleiteássemos. Se há lesão patrimonial, a reparação há de ser pedida a um outro patrimônio, e se me afigura impossível deslocar esta relação entre dois patrimônios do campo do direito privado para o do direito público, como querem os positivistas. Abrir no processo-crime a necessária margem à ação reparadora seria ou fazer marcharem simultaneamente as duas ações no mesmo processo, o que se tornaria tumultuário, ou paralisar o processo-crime para que o cível o alcançasse no momento final de pronunciamento da sentença que aplicasse a pena e fixasse a indenização. Não creio que a repressão ganhasse com isto alguma coisa; ao contrário, perderia muito de sua prontidão e rapidez”.

(grifo no original)

Entretanto, mesmo independentes, é possível que as ações desenvolvam-se paralelamente, facultando-se ao juiz a suspensão do curso da ação civil até o julgamento definitivo da ação penal – artigo 64, parágrafo único do Código de Processo Penal. Tal entendimento encontra respaldo na doutrina pátria:

“Havendo prejudicialidade externa, pode o juiz determinar o sobrestamento do feito civil, até que seja julgada a questão prejudicial no processo penal. A suspensão do processo civil não é obrigatória, mas constitui mera faculdade atribuída ao juiz” (BARBI, 1998:356).

De igual modo entende a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUSPENSÃO EM FACE DE AÇÃO PENAL. ART. 64 DO CPP E ART. 110 DO CPC. AFERIÇÃO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA.

1. Não merece conhecimento o recurso especial, ante a falta de interposição do recurso extraordinário para combater o fundamento constitucional do aresto recorrido, no sentido de que o artigo 37, § 4º, da Carta Maior alberga a independência das esferas cíveis e penais, de modo a fundamentar a

---

<sup>1</sup> Princípio da personalização da pena – artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal – cujo objetivo é tutelar a liberdade pessoal, impedindo que a pena ultrapasse a pessoa do delinquente.

pretensão do recorrente quanto à necessidade de suspensão de ação civil pública ajuizada concomitantemente com ação penal em que figura como réu. Aplicação da Súmula 126/STJ.

**2. “É princípio elementar a independência entre as esferas cíveis e criminais, podendo um mesmo fato gerar ambos os efeitos, não sendo, portanto, obrigatória a suspensão do curso da ação civil até o julgamento definitivo daquela de natureza penal. Deste modo, o juízo cível não pode impor ao lesado, sob o fundamento de prejudicialidade, aguardar o trânsito em julgado da sentença penal” (REsp 347.915/AM, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 29.10.07).**

3. Os artigos 64 do Código de Processo Penal e 110 do Código de Processo Civil encerram faculdade de que na instância ordinária se faça análise de eventual prejudicialidade externa entre ação penal e ação civil pública que justifique a suspensão da segunda.

4. No caso dos autos, o aresto fixou que não se cuida de feito em que se reconheceu a existência do fato e a negativa de sua autoria. A revisão dessa premissa esbarra na Súmula 7/STJ.

5. Recurso especial não conhecido. (grifo nosso)

(REsp nº 860097/PI – (Processo nº 2006/0125544-) – Segunda Turma - rel. Min. CASTRO MEIRA, data do julgamento 13.05.2008, DJe 21.05.2008)”

“PROCESSO CIVIL – ENERGIA ELÉTRICA – FRAUDE NO MEDIDOR – SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO – AÇÃO CÍVEL E AÇÃO PENAL CONEXAS – ARTS. 64, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP E 110 DO CPC – FACULDADE – PARALISAÇÃO DO FEITO CÍVEL: DESCABIMENTO – SÚMULA 7/STJ – DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO: SÚMULA 282/STF – OFENSA AO ART. 468 DO CPC: INEXISTÊNCIA.

1. Não configurado o dissídio jurisprudencial quando não demonstrada a similitude fática entre acórdãos confrontados.

2. Acórdão que não analisou a questão à luz do art. 265, IV, "a", do CPC. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF.

3. Não há ofensa ao art. 468 do CPC se o Tribunal não atribuiu eficácia de coisa julgada a acórdão proferido em agravo de instrumento.

**4. As esferas cível e criminal são independentes e o comando contido nos arts. 64, parágrafo único, do CPP e 110 do CPC constitui faculdade do juiz.**

5. A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no entendimento de que a ação penal não paralisa a via cível, devendo ser analisado caso a caso para verificar a possibilidade de subsistirem decisões contraditórias.

6. Hipótese em que o Tribunal não estava obrigado a suspender a ação cível se, com base na prova dos autos, entendeu que não havia elementos suficientes para concluir que serão proferidas decisões contraditórias no âmbito cível e no criminal. Nessas circunstâncias, a constatação de ofensa à lei federal esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (grifo nosso)

(REsp nº 994893/AM – (Processo nº 2007/0235171-0) – Segunda Turma - rel. Min. ELIANA CALMON, data do julgamento 13.05.2008, DJe 26.05.2008)”

Em havendo pronunciamento definitivo no juízo penal, dispõe o artigo 935, do Código Civil que não se poderá questionar mais sobre a **existência do fato**, ou sobre **quem seja o seu autor**, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. (grifo nosso)

Contudo, do cotejo de referido artigo com o artigo 66, do Código de Processo Penal – “*não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato*” – percebe-se que, o que perdura de coisa julgada criminal, impedindo a possibilidade de persecução no juízo cível, refere-se apenas à existência do fato.

Mesmo a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, segue esse caminho, quando diz:

“Não será prejudicial da ação cível a decisão que, no juízo penal: 1) absolver o acusado, sem reconhecer, *categoricamente*, a inexistência material do fato; 2) ordenar o arquivamento do inquérito ou das peças de informação, por insuficiência de prova quanto à existência do crime ou sua autoria; 3) declarar extinta a punibilidade; ou 4) declarar que o fato imputado não é definido como crime.” (grifo no original)

Desse entendimento, inclusive, não se afasta a jurisprudência:

“(…)

É sabença geral que as responsabilidades civil e penal são independentes, podendo ser mitigada a separação, por força de preceitos exaustivos, isso relativamente à materialidade e à autoria. Observe-se a norma do artigo 1.525 do Código Civil: **A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime. Mais do que isso, tenha-se presente a dualidade, sob o ângulo dos danos, no trato do tema, contida no Código de Processo Penal. No artigo 63, dá-se à sentença condenatória transitada em julgado a natureza de título executivo, a viabilizar a reparação do dano causado ao ofendido, ao representante legal ou aos herdeiros. Vale dizer que dispensáveis são o processo de conhecimento no cível e a obtenção de pronunciamento condenando o autor do dano a indenizar. Ao lado dessa disposição, abre-se a via de acesso ao cível em preceito simplesmente pedagógico - o do artigo 64. Ao atribuir-se natureza de título executório à sentença condenatória criminal, não se obstaculiza a propositura da ação cível objetivando o ressarcimento do dano. No particular, a norma é explícita, no campo da coerência, ao consignar como parte passiva não só o responsável cível, simplesmente responsável cível, como também o autor do crime. Vale dizer que a legitimação passiva faz-se, em primeiro lugar, tendo em vista este último, e aí as ações penal e cível podem correr simultaneamente vez que a suspensão da última não é obrigatória. A norma do Código de Processo Penal é consentânea com o disposto no artigo 1.525 supramencionado, revelador da independência das responsabilidades civil e criminal. Em última análise, o ofendido tanto pode esperar o desfecho da ação penal e então acionar o título**

**transitado em julgado para obter, mediante propositura de execução forçada, a reparação dos danos, como também ingressar, de imediato, com a ação cível de reparação. O Código de Processo Penal abrange outros preceitos que evidenciam a independência referida. Confira-se com o disposto nos artigos 66 e 67. No primeiro, constata-se a possibilidade de propositura da ação cível quando não tiver sido categoricamente reconhecida a inexistência material do fato; no segundo, afigura-se incontroverso não repercutir na ação cível o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação, a decisão na ação penal que julgar extinta a punibilidade e a sentença absolutória na qual se conclua pela falta de tipicidade. (...).** 3. O quadro supra é conducente a assentar-se não concorrer, na espécie, pressuposto indispensável à concessão da medida liminar - a relevância do pedido. Indefiro-a. 4. Estando nos autos as peças indispensáveis ao julgamento da Reclamação e, mais do que isto, envolvendo esta última fatos incontroversos devidamente documentados e tema de direito, deixo de determinar sejam solicitadas as informações. 5. Colha-se o parecer da Procuradoria Geral da República.

(STF - Rcl nº 1075/RJ – diligência - decisão monocrática - rel. Min. MARCO AURÉLIO, data do julgamento 29.05.1999, DJ 08.06.1999, p. 13)” (grifo nosso)

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DE TORCEDOR APÓS PARTIDA DE FUTEBOL POR GRUPO DO TIME RIVAL. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JURI. EFEITO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL. INEXISTÊNCIA MATERIAL DO FATO. ARTS. 1.525 DO CC E 66 E 386 DO CPP. INCOMPATIBILIDADE PARCIAL.

I. Nem todas as hipóteses de absolvição no Tribunal do Juri levam à aplicação das exceções previstas no art. 1.525 do Código Civil quanto à impossibilidade de apuração da existência do fato ou da sua autoria, em face da ressalva constante do art. 66 do CPP, norma mais moderna e prevalente.

**II. Assim, se não firmada, categoricamente, a inexistência material do fato – e aqui ele ocorreu – permite-se a investigação no cível da ocorrência de dolo ou culpa que levaram à prática do ilícito gerador da obrigação de indenizar.**

III. Caso em que a prova dos autos, como reconhecido pelas instâncias ordinárias – em 1º grau até antes da decisão criminal – mostra a participação dos réus na agressão a um grupo rival de torcedores que levou à morte do esposo e pai dos autores, após partida de futebol. Demonstrada a existência material do fato na esfera criminal e a ilicitude do comportamento, no âmbito civil, procede o pedido indenizatório relativamente aos responsáveis.

IV. Recurso especial não conhecido.(grifo nosso)

(STJ - REsp nº 26975/RS – Quarta Turma – (Processo 1992/0022571-3) - rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, data do julgamento 18.12.2001, DJ 20.05.2002, p. 142)”

“1 – COISA JULGADA CRIMINAL.

**Irrelevância, quanto a responsabilidade civil, se a absolvição não envolveu o reconhecimento de exclusão de ilicitude nem reconheceu, categoricamente, a inexistência material do fato.**

2 – RESPONSABILIDADE CIVIL – NEXO DE CAUSALIDADE.

Ainda se admita, em matéria civil, a teoria da equivalência das causas, isso não se haverá de fazer em sua absoluta pureza, pena de conduzir a absurdos, com a extensão indefinida da cadeia causal.

Hipótese em que se admitiu a superveniência de causa relativamente independente, que deu início a outra cadeia. (grifo nosso)  
(STJ - REsp nº 57163-RS (1994/0035914-4) – rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, Terceira Turma, data do julgamento 17.10.1995, DJ 11.12.1995, p. 43215)”

## 2 - OS LEGITIMADOS DA AÇÃO CIVIL

Uma vez verificado o dano, é necessário estabelecer quem está apto a promover a ação civil e contra quem esta será dirigida.

Consoante o artigo 63, do Código de Processo Civil, a ação e/ou execução, no juízo cível, terá como legitimados ativos o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Por primeiro, detentora da *legitimatio ad causam* temos a vítima, aquela que, por ter sofrido prejuízo com a conduta danosa, possui legítimo interesse em movimentar a pretensão para a satisfação de seu direito subjetivo. Sendo menor ou incapaz e, desta forma, não podendo, por si mesma, estar em juízo, seu representante legal fará suas vezes, atendidos os pressupostos legais.

Em caso de morte da vítima, o direito de ação transmite-se aos herdeiros, assim definidos pelo artigo 1.845, do Código Civil: “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

O direito à indenização também é extensivo aos colaterais, na medida em que, incluídos na ordem de vocação hereditária, consoante o artigo 1.829, inciso IV, do Código Civil. Inclusive, fazendo um paralelo, entre os legitimados ao exercício do direito de oferecer queixa-crime está o irmão, nos termos do artigo 31, do Código de Processo Penal.

Por sua vez, diversamente do que ocorre no direito sucessório, em que um grau exclui o outro, na ação de reparação é possível que entre os legitimados haja a cumulação do direito à indenização ou que apenas uma classe possa pleiteá-la.

Interessa destacar que, quanto ao cônjuge e aos descendentes, via de regra, é desnecessária a demonstração do prejuízo vez que este já se presume, em decorrência da morte. Sobre o tema, vejamos os seguintes julgados:

“Responsabilidade civil. Acidente aéreo. Perda da esposa, empregada da empresa aérea. Indenização. **O marido tem direito de pedir a reparação.**”

**Em tal caso, presume-se o dano ou o prejuízo. Conseqüentemente, é irrelevante saber se o marido dependia economicamente da esposa.** Recurso especial conhecido em parte e assim provido. (grifo nosso) (REsp nº 33.127-SP (1993/0007301-0) – Terceira Turma, rel. Min. NILSON NAVES, data do julgamento 08.08.1995, DJ 02.10.1995, p. 32355)”

“Civil. Responsabilidade. Danos. Indenização.

**O viúvo tem direito a ser indenizado de prejuízos decorrentes da morte da esposa, que concorria, com o seu trabalho, para a formação do patrimônio do casal.** (grifo nosso)

(REsp nº 7279-GO (1991/0000447-2) – Terceira Turma, rel. Min. DIAS TRINDADE, data do julgamento 12.03.1991, DJ 08.04.1991, p. 3888)”

“ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE NA VIA FÉRREA. MORTE DE MENOR. PENSIONAMENTO. DANO MORAL.

**1. "É devida a indenização por dano material aos pais de família de baixa renda, em decorrência da morte de filho menor proveniente de ato ilícito, independentemente do exercício de trabalho remunerado pela vítima. O termo inicial do pagamento da pensão conta-se dos quatorze anos, data em que o direito laboral admite o contrato de trabalho, e tem como termo final a data em que a vítima atingiria a idade de sessenta e cinco anos"** (REsp 653.597/AM, de minha relatoria, DJU de 04.10.04).

2. A pensão deve ser reduzida pela metade após a data em que o filho completaria 25 anos, quando possivelmente constituiria família própria, reduzindo a sua colaboração no lar primitivo.

3. Em atenção à jurisprudência da Corte e aos limites do recurso especial, a pensão mensal deve ser fixada em valores equivalentes a 2/3 do salário mínimo desde os 14 até 25 anos de idade da vítima, reduzido para 1/3, até a data em que o de cujus completaria 58,4 anos de idade.

4. Somente se admite a revisão, em sede de recurso especial, dos valores fixados a título de reparação por danos morais quando se tratar de valores excessivos ou irrisórios. Excepcionalidade configurada.

5. Considerando-se as circunstâncias do caso concreto e a finalidade da reparação, a condenação ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos irmãos é irrisória e desproporcional à ofensa sofrida pelos recorrentes. É incontroverso que o viajante foi atingido por uma pedra que, arremessada de fora, ultrapassou a porta aberta. O não-fechamento da porta foi reconhecido como causa exclusiva da morte. Assim, não se observou o dever de cuidado da concessionária de serviço público, que ocasionou o acidente fatal, retirando a vítima do convívio familiar.

6. A condenação por danos morais deve se ajustar aos moldes do entendimento deste Tribunal, mantida em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para a genitora da vítima, aumentando-se o valor para cada um dos irmãos ao montante de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). Precedente: REsp 729.338/RJ, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJU de 12.12.05.

7. Recurso especial provido em parte. (grifo nosso)

(REsp nº 861074-RJ (2006/0125555-3) – Segunda Turma, rel. Min. CASTRO MEIRA, data do julgamento 20.09.2007, DJ 07.02.2008, p. 302)”

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL. ESPOSO E PAI DAS AUTORAS. IRRELEVÂNCIA DA IDADE OU ESTADO CIVIL DAS FILHAS DA VÍTIMA PARA FINS INDENIZATÓRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESPESAS DE FUNERAL. FATO CERTO. MODICIDADE DA VERBA. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. DESNECESSIDADE DE PROVA DA SUA REALIZAÇÃO.

**1. É presumível a ocorrência de dano moral aos filhos pelo falecimento de seus pais, sendo irrelevante, para fins de reparação pelo referido dano, a idade ou estado civil dos primeiros no momento em que ocorreu o evento danoso** (Precedente: REsp n.º 330.288/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 26/08/2002).

2. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.

3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

4. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

5. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

6. *In casu*, o tribunal a quo condenou os recorridos ao pagamento de indenização no valor de 10 salários mínimos a cada uma das litisconsortes, pela morte do pai e esposo das mesmas que foi vítima fatal de atropelamento pela imprudência de motorista que transitava em excesso de velocidade pelo acostamento de rodovia, o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente ínfimo.

7. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, impõe-se a majoração da indenização total para o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que corresponde a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por autora.

8. Encontra-se sedimentada a orientação desta Turma no sentido de que inexigível a prova da realização de despesas de funeral, em razão, primeiramente, da certeza do fato do sepultamento; em segundo, pela insignificância no contexto da lide, quando limitada ao mínimo previsto na legislação previdenciária; e, em terceiro, pelo relevo da verba e sua natureza social, de proteção à dignidade humana (Precedentes: REsp n.º 625.161/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 17/12/2007; e REsp n.º 95.367/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 03/02/1997)

9. Recurso especial provido. (grifo nosso)

(REsp n.º 210101-PR (1999/0031519-7) – Quarta Turma, rel. Min. CARLOS FERNANDO MATHIAS (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), data do julgamento 20.11.2008, DJe 09.12.2008)”

Porém, quanto aos ascendentes e aos colaterais, o entendimento é diverso, no sentido de que sua legitimação está condicionada à prova do efetivo prejuízo. Há de se ter por demonstrado, nesses casos, a dependência econômica. É o que tem entendido nossos Tribunais:

“Indenização. Dependência Econômica. Conceito. Dependência econômica não é conceito de subordinação exclusiva ou absoluta, mas relativa a contribuição permanente e substancial ou aquela cuja perda implica a redução significativa do padrão de vida do dependente. Não equivale a estado de invalidez radical ou miséria extrema, que pressupusesse relação

absoluta entre sobrevivência física e dependência de outrem” (TJSP – 7ª C. – Ap. – Rel. Souza lima – j. 18.10.95 – RT 726/220)

“O sobrinho do falecido, instituído herdeiro universal, por testamento, não tem legitimidade para pleitear pensão por morte decorrente de acidente, com base no artigo 1.537, inciso II, do Código Civil (a indenização no caso de homicídio consiste na prestação de alimentos, às pessoas a quem o defunto os devia), vez que o simples vínculo sanguíneo com a vítima é insuficiente para justificar o pedido indenizatório. Para tanto, indispensável o pressuposto da econômica dependência daquele que reclama prestação de alimentos de terceiro” (1º TACSP – 4ª C. – AI – Rel. José Roberto Bedran – j. 4.12.90 – RT 675/134).

“Responsabilidade civil. dano moral. Morte de preso em rebelião. Verba devida aos pais do falecido. Mesmo que o presidiário falecido tenha sido indivíduo de conduta reprovável, isto não afasta o sofrimento dos pais. Morto que foi durante revolta em presídio, o dano moral deve ser reparado pelo Estado” (TJSP – 2ª C. Dir. Público – Ap. 246.297-1/2 – Rel. Corrêa Vianna – j. 23.4.96)

E aqui, quanto a esse último julgado, vale a pena comentar que a responsabilidade do Estado decorre do contido no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. É dizer, no momento em que o indivíduo é recolhido à prisão passa a estar sob a guarda e proteção do Estado, que deve zelar por sua integridade no mais lato sentido, sob pena de responder por qualquer violência praticada por seus agentes ou mesmo pelos demais detentos em relação àquele preso.

Esta é a precisa lição de Yussef Said Cahali, para o qual:

“Na realidade, a jurisprudência tem-se mostrado acertadamente rigorosa ao decretar a responsabilidade civil do Estado pelos abusos que possam ser cometidos pelos agentes policiais, civis ou militares, violadores daquela segurança e respeito que merece todo cidadão. Em verdade, dispondo o Estado de verbas expressivas extraídas da arrecadação tributária, aos organismos policiais cometidos da função de segurança pessoal e coletiva, impõe-se-lhe à sua conta e risco o correto recrutamento daqueles que, para o seu desempenho, recebem uma farda representativa e uma arma de fogo” (1982:175-178).

Não se pode olvidar que, há mais uma figura é dada legitimidade para atuar no pólo ativo. Trata-se da hipótese contida no artigo 68, do Código de Processo Penal, “**quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (artigo 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (artigo 63)**

**ou a ação civil (artigo 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público”.**

É justamente neste ponto que, feitas as considerações iniciais, nos apegaremos.

Também do pólo passivo não descuidou a lei processual penal. Será composto pelo causador do dano ou seu responsável civil:

**“Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.”**

O responsável civil atuará na hipótese de ser o autor do ilícito absoluta ou relativamente incapaz, representando ou assistindo-o, ou ainda, nos casos previstos pelo artigo 932, do Código Civil:

**“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:**

**I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;**

**II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;**

**III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;**

**IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;**

**V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.”**

E, finalmente, a teor do contido no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, a obrigação de reparar o dano poderá ser estendida aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido.

### III - MINISTÉRIO PÚBLICO

#### 1 – BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Embora a doutrina admita não haver uma certeza incontestável a respeito das origens do *parquet*, duas teses são as mais reproduzidas.

A primeira delas assegura que o Ministério Público teria se originado no Egito, ainda na Antiguidade, com os procuradores do rei, cujas atribuições aproximavam-se das previstas atualmente pela Constituição de 1988, tanto no que tange ao papel de acusador, na área penal, quanto no de tutelar o interesse de certas pessoas, no campo civil.

Antônio Cláudio da Costa Machado, citando Mario Vellani, sustenta que:

“Eram eles genericamente ‘*a língua e os olhos do rei*’, desempenhando no campo penal o dever de ‘castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo os malvados e mentirosos’; na área processual penal era de sua responsabilidade ‘fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições da lei que se aplicam ao caso’, bem como ‘participar das instruções para descobrir a verdade’ e, finalmente no cível, competia-lhes a defesa de certas pessoas, já que eram tidos como ‘o marido da viúva e pai do órfão’” (1989:10).

A origem mais mencionada, no entanto, é a que atribuiu ser a “Ordonnance de 25 de março de 1302, de Felipe IV, a certidão de nascimento do Ministério Público. Isso porque, foi o primeiro texto de lei a tratar dos procuradores do rei” (cf. MACHADO, 1989:13).

Sem ignorar a influência francesa, no Brasil, as ordenações portuguesas foram, em grande parte, responsáveis pelo delineamento de algumas atribuições funcionais do *parquet* que hoje conhecemos, dentre elas a de fiscalizador da lei e de sua execução e a de acusador. Posteriormente, após a independência do Brasil, e ao longo das Constituições, a Instituição foi-se

estruturando quer do ponto de vista organizacional quer por conta da ampliação e aperfeiçoamento de suas atribuições no âmbito penal, civil e processual, mas sempre com a missão de tutelar os mais relevantes interesses sociais.

Foi sem dúvida a Constituição Federal de 1988 que trouxe disciplina efetiva ao Ministério Público tratando-o como “**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**” (artigo 127, “caput”).

A par do conceito, o constituinte preocupou-se também em disciplinar princípios próprios à Instituição como a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (artigo 127, § 1º, da Constituição Federal), a autonomia funcional e administrativa (artigo 127, § 2º, da Constituição Federal), a garantia da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio (artigo 128, § 5º, inciso I, alíneas *a*, *b* e *c*, da Constituição Federal), assim como impor vedações (artigo 128, inciso II, da Constituição Federal). Finalmente, não olvidou das funções institucionais, tratadas no artigo 129, da Constituição Federal, destacando-se a promoção privativa da ação penal, a promoção do inquérito civil, da ação civil, a defesa judicial dos interesses e direitos dos indígenas, entre outros.

Toda essa gama de dispositivos, firmando princípios, conferindo autonomia, garantias, atribuições e vedações fortaleceram o Ministério Público afirmando-o como instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

Tanto assim que, em razão da indisponibilidade do interesse ou, não raro, de sua natureza ou de sua abrangência<sup>2</sup>, conferiu-se legitimidade ao *parquet* para o exercício do direito de ação. Vejamos algumas hipóteses:

1 – **ação penal pública**: como ao Estado incumbe a administração da Justiça, a ele cabe a aplicação da lei penal ao caso concreto, após regular persecução penal, e quem a invoca é o Ministério Público. Conforme previsão do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, trata-se de atuação privativa, excepcionada pelo artigo 5º, inciso LIX – **será admitida ação privada nos**

---

<sup>2</sup> Interessam, se não a toda a sociedade ou à comunidade como um todo, ao menos a um grupo tão expressivo que se pode tornar socialmente proveitosa a atuação ministerial (MAZZILLI, 1998:62).

**crimes de ação pública se esta não for intentada no prazo legal.** De sorte que, nos crimes de ação penal pública incondicionada<sup>3</sup> a inércia do Ministério Público – excluídas as hipóteses de requerimento de novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (artigo 16, do Código de Processo Penal), de arquivamento dos autos de inquérito policial (artigo 18, do Código de Processo Penal) ou de oferecimento de denúncia fora do prazo legal, por excesso de serviço (artigos 24 e 46, do Código de Processo Penal) – enseja o cabimento da ação penal privada subsidiária da pública.

2 – **ação civil pública:** segundo o artigo 1º, da Lei nº 7.347/85, visa reprimir ou impedir danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e infrações à ordem econômica e urbanística e à economia popular. Prevista no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, Diferentemente da ação penal pública, confere legitimidade concorrente ao Ministério Público já que também pode ser proposta pela União, Estados, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação (artigo 5º, *caput*, da Lei nº 7.347/85). Por tratar-se de atuação a título de função típica<sup>4</sup>, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei (artigo 5º, § 1º, da Lei nº 7.347/85).

Atuações análogas à da ação civil pública – em razão da indisponibilidade do interesse, de sua natureza ou de sua abrangência - podem ser encontradas na ação popular, no mandado de segurança, no mandado de injunção, no habeas data e no habeas corpus.

Assim, percebe-se que ao longo da evolução do Ministério Público mais e mais atribuições foram-lhe sendo conferidas, sempre tomando por guia o interesse público, mesmo quando na titularidade das ações.

---

<sup>3</sup> Quanto aos crimes de ação penal pública condicionada, é condição prévia à atuação do promotor de justiça, a representação do ofendido ou de seu representante legal.

<sup>4</sup> Função própria ou peculiar à Instituição (MAZZILLI, 1998:61).

## **IV - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO CIVIL *EX DELICTO***

Sendo o titular do direito à reparação do dano pobre, a execução da sentença condenatória ou a ação civil será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público, é o que prevê o artigo 68, do Código de Processo Penal.

Até o advento da Constituição de 1988, referida disposição não causava, entre os doutrinadores e os Tribunais, qualquer espécie de controvérsia. No entanto, com a nova disciplina constitucional do Ministério Público e a previsão de criação da Defensoria Pública, instaurou-se um desconforto natural naqueles que, até então, tinham por legítima a atuação do *parquet* na promoção da ação civil de reparação de danos em favor de pessoa necessitada.

A questão foi decidida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, mas antes de discorrermos sobre a interpretação adotada, é interessante expor quais fundamentos eram utilizados para justificar a posição dos que defendiam a ilegitimidade, tese à qual nos filiamos, e dos que entendiam pela legitimidade do *parquet*.

### **1 – ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

#### **1.1 – EM RAZÃO DA NOVA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL E DA PREVISÃO DE CRIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Poucas foram as vozes que resistiram à tese da legitimidade do Ministério Público na ação civil *ex delicto*. Aqueles que o fizeram trataram de demonstrar que dispositivos constitucionais e mesmo legais impediam a atuação do *parquet*, não como substituto processual e na defesa de interesse social, mas como representante da parte e na defesa de direito disponível.

A começar pela Carta Magna de 1988 que dedicou especial atenção à Instituição do Ministério Público, descrevendo-lhe princípios, garantias, atribuições e vedações, estando dentre estas últimas, a de exercer a advocacia (artigo 128, § 5º, inciso II, alínea b, da Constituição Federal) – justamente por ser o desempenho da função ministerial, inconciliável com a representação processual,

“seja porque concorre em prejuízo da atividade ministerial, seja porque as prerrogativas e poderes de seus agentes poderiam ser desviados da função ministerial” (MAZZILLI, 1998:52).

Surgia aí o primeiro obstáculo ao Ministério Público para propor a ação civil *ex delicto*. Sim, porque ao promover referida ação estaria usurpando a representação processual, própria e exclusiva dos advogados, segundo a Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil:

“Art. 1º São atividades privativas de advocacia:  
I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; (Vide Adin nº 1.127-8)  
II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.”

Nesse sentido, transcrevemos a seguinte decisão:

“No tocante à **titularidade do direito de postular**, merece destaque a assertiva de que no atual sistema jurídico brasileiro **somente os advogados podem exercê-lo em sua plenitude**, estando revogadas todas as disposições em contrário, inclusive o aludido artigo 68, do Código de Processo Penal, anteriores ao Estatuto da Ordem dos Advogados e ao Código de Processo Civil. Acresce que a disciplina constitucional proibiu aos integrantes do Ministério Público o exercício da advocacia (artigo 128, § 5º, inciso II, letra *b*, da Constituição Federal), excluída da vedação apenas a defesa dos interesses individuais indisponíveis”. (TJSP – 5ª C. – Ap. 230.539-1/6 – Rel. Gomes Corrêa – j. 30.1195) (grifo nosso).

A solução poderia, eventualmente, vir pelas letras do artigo 129, inciso IX, da Constituição Federal: **“são funções institucionais do Ministério Público (...) exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, (...)”** Todavia, não se podia olvidar que havia normas constitucionais delineando atribuições e vedações ao *parquet* e outras conferindo-lhe funções diversas, *desde que compatíveis com sua finalidade*. Ora, a defesa de interesses exclusivamente individuais indisponíveis certamente não encontrava guarida nessa expressão.

“E, como ressuma evidente, o fato da pobreza não mais imputa ao Promotor de Justiça a titularidade da ação, pois não transforma um direito disponível em direito indisponível” (STOCO, 1999:116).

Com essas conclusões não se defendia o desamparo ao titular do direito à reparação do dano, comprovadamente pobre, nos termos do artigo 32 e §§ do Código de Processo Penal, vez que assegurado seu acesso à justiça, na forma do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal – **“o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”** – e viabilizada essa assistência, com a criação da Defensoria Pública - **“instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”** (artigo 134, *caput*, da Constituição Federal).

Essa especial atenção destinada aos necessitados, permitindo sua atuação em juízo, remonta aos tempos mais antigos. Percebeu-se que, esta proteção era necessária para resguardar o princípio da igualdade já que, sem acesso à justiça apenas os economicamente privilegiados teriam seus conflitos solucionados em juízo<sup>5</sup>.

Vale destacar que, à época (leia-se com a entrada em vigor da Constituição de 1988), o grande desafio que se impunha era sanar as deficiências decorrentes da ausência dos serviços de assistência judiciária, pois a grande maioria dos Estados, inclusive São Paulo, sequer havia criado a Defensoria Pública.

Exatamente por essa precária situação é que se manifestou José Afonso da Silva:

---

<sup>5</sup> “Almejada desde as épocas pré-cristãs do estado, são fartos os vestígios da preocupação pelos carentes, já em legislação como o Código de Hamurabi, nas normas vigorantes em Atenas e em Roma. É atribuída a Constantino (288-337) a primeira iniciativa de ordem legal, ao depois incorporada na legislação de Justiniano (483-565). Consistia em dar advogado a quem não possuísse meios de fortuna para constituir patrono. § 5º. Deverá dar advogado aos que o peçam ordinariamente às mulheres, ou aos pupilos, ou aos de outra maneira débeis, ou aos que estejam em juízo, se alguém pedir; e ainda que não haja nenhum que os peça deverá dá-los de ofício. Mas se alguém disser que, pelo grande poder de seu adversário, não encontrou advogado, igualmente providenciará para que lhe dê advogado. Demais, não convém que ninguém seja oprimido pelo poder do seu adversário, pois também redundaria em desprestígio do que governa uma província, que alguém se conduza com tanta insolência que todos tenham que tomar a seu cargo advogado contra ele”. (BASTOS, 1995:256).

“O *patrocínio gratuito* tem-se revelado de deficiência alarmante. Os Poderes Públicos não tinham conseguido até agora estruturar um serviço de *assistência judiciária aos necessitados* que cumprisse efetivamente esse direito prometido entre os direitos individuais. Aí é que se tem manifestado a dramática questão da desigualdade da justiça, consistente precisamente na desigualdade de condições materiais entre litigantes, que causa profunda injustiça àqueles que, defrontando-se com litigantes afortunados e poderosos, ficam na impossibilidade de exercer seu direito de ação e de defesa assegurado na Constituição” (2000:591) (grifo no original).

Disso resultava a aceitação, quase pacífica, do Ministério Público prosseguir no exercício da

“função de advogado,...dando-lhe capacidade postulacional para a propositura da ação civil, em favor das pessoas necessitadas...” (CRETELLA JÚNIOR, 1997:3331).

Entretanto, como vimos, ao apontar a Defensoria Pública como Instituição destinada a prestar a assistência judiciária, bem como a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, aos necessitados, a Constituição Federal excluiu quaisquer outras, tornando exclusivas suas funções. Logo, a legitimidade do Ministério Público restava esvaziada.

## **1.2 – EM RAZÃO DA ILUSÓRIA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL**

Outro forte argumento da doutrina e da jurisprudência era que o artigo 68, do Código de Processo Penal trazia, em si, hipótese de substituição processual. No entanto, a atuação do Ministério Público não se dava a esse título. Vejamos porquê.

No dizer de Amaral Santos:

“Sujeitos da relação processual são o juiz e as partes. Aquele é o sujeito imparcial, estas os sujeitos parciais, entre as quais se situa o primeiro com a função de compor-lhes o conflito em que se acham. Como sujeitos da relação processual, as partes estão submetidas ao poder jurisdicional do juiz participante da relação” (1998:343).

Ao juiz, portanto, compete,

“Antes de entrar no exame do mérito, verificar se a relação processual que se instaurou desenvolveu-se regularmente (*pressupostos processuais*) e se o direito de ação pode ser validamente exercido, no caso concreto (*condições da ação*)” (THEODORO JÚNIOR, 1998:52).

A legitimidade, também conceituada por pertinência subjetiva da ação<sup>6</sup>, nada mais é que a adequação entre a situação litigiosa, posta em juízo pela parte, e a abstratamente prevista em lei. Desdobra-se em ordinária e extraordinária. “Na primeira a titularidade do direito de ação é concedida ao titular da relação litigiosa - pede em nome próprio a tutela jurisdicional - e, na segunda, o direito de ação é exercido por pessoa que não seu titular, autorizado este por disposição legal” (Cf. THEODORO JÚNIOR, 1998:57). Note-se que, ressalvadas as exceções expressamente previstas na lei, “ninguém poderá pleitear, em nome próprio direito alheio” – artigo 6º, do Código de Processo Civil.

É exatamente na legitimação extraordinária que se enquadra a figura da substituição processual, mais especificamente na modalidade *autônoma exclusiva*, “confere-se a alguém o exercício da ação ou exceção (defesa) com parcial ou total independência em relação à pessoa ordinariamente legitimada. O legitimado extraordinário exerce, portanto, autonomamente, todos os poderes e faculdades, sujeitando-se, também autonomamente, aos deveres e ônus processuais inerentes à sua condição de autor ou réu. Reservando a lei expressamente ao legitimado a exclusividade na iniciativa do processo ou o oferecimento de contestação, apenas ele é parte legítima para acionar ou ser acionado” (Cf. MACHADO, 1989:105).

Nesse contexto, se a substituição processual confere a pessoa diversa do titular do direito, com autonomia e exclusividade, a prerrogativa de exercer o direito de ação, não se justificaria a atuação subsidiária do Ministério Público na hipótese de ser o titular pobre. Isso porque,

“a legitimidade do *parquet* era apenas excepcional, vale dizer, sua atuação condicionava-se ao requerimento da parte comprovadamente pobre. A cargo do ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros é que se encontrava a legitimação ordinária” (Cf. STOCO, 1999:118).

---

<sup>6</sup> Definição adotada por Alfredo Buzaid.

Essa era a interpretação que se extraía da leitura conjunta dos artigos 63 e 68, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

**“Artigo 63 - Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.” (Grifo nosso)**

**“Artigo 68 - Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.” (Grifo nosso)**

Ademais, outro aspecto salutar era o fato de não haver impedimento a que a parte retomasse a titularidade da ação no momento em que alcançasse melhor posição financeira, situação essa incompatível com a noção de autonomia e exclusividade da substituição processual.

A propósito, Rui Stoco assim esclareceu:

“A legitimação extraordinária se configura de forma autônoma e exclusiva, constituindo-se no fato de que o substituto processual possa agir em juízo, ativa ou passivamente, com absoluta independência para o exercício do direito de ação em relação àquele que seria o legitimado ordinariamente, *impedindo ainda que este assuma a posição de parte principal*” (1999:118).

Da jurisprudência colhemos algumas decisões para ilustrar esse entendimento:

“Processual civil. Ação de reparação de dano. Ministério Público em favor de vítima de ilícito penal. Ilegitimidade ativa. Denúnciação a lide. Inteligência dos artigos 68 e 70 do CPC.

I - Ainda que não se tenha como revogada a norma inserida no artigo 68 do CPP, ao Ministério Público só cabe propor a ação civil "ex delicto", a requerimento do titular do direito, quando pobre, por isso que, nessa hipótese, não age em nome próprio, tal substituto processual, e sim em nome de outrem.

II - Recurso provido. decisão unânime.

(REsp 57238/SP – Processo 1994/0036082-7 – 1ª Turma – rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, j. 26/04/1995, DJ 29.05.1995, p. 15479)”

“Reparação de dano - Ato ilícito - MP - substituto processual - Extinção de processo - Legitimação.

O art. 68 do CPP que conferia ao MP legitimação para propor ação civil de reparação de dano, quando o titular fosse pobre, sofreu revogação pelo CPC, da Lei 4.215/63 e foi suplantado pela CF.

No caso, o MP não agiu em nome próprio, tal substituto processual e sim de representante, porque foi requerido seu patrocínio.  
Recurso improvido.  
(REsp 26807/SP – Processo 1992/0021986-1 – 1ª Turma – rel. Min. GARCIA VIEIRA, j. 23/09/1992, DJ 01.02.1993, p. 441)”

No entanto, a maioria dos processualistas explicava que o exercício da titularidade da demanda pelo *parquet* consistia na exceção contida no artigo 6º, do Código de Processo Civil – “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” -, a chamada substituição processual, exatamente nos casos em que restasse comprovada a hipossuficiência da vítima (artigos 32 e 68, do Código de Processo Penal). Apontavam, ainda que, nas hipóteses normais, vale dizer, quando a vítima não fosse carecedora de recursos, sua atuação restaria incompatível com a de representante legal (artigo 36, do Código de Processo Civil) ou até mesmo com a da então Procuradoria Judiciária. A propósito, vejamos alguns entendimentos.

Segundo Vicente Greco Filho:

“A ação de conhecimento ou de execução poderá ser proposta pelo próprio ofendido ou seu representante legal. Mas, se ele for pobre, a ação - qualquer das duas - poderá ser promovida pelo Ministério Público a seu requerimento. Trata-se de uma legitimação extraordinária concorrente, atuando, no caso, o Ministério Público como substituto processual. Essa legitimação independe das vicissitudes do processo penal” (1998:135).

No mesmo sentido Humberto Theodoro Júnior:

“Outro exemplo pode ser encontrado no art. 68 do Código de Processo Penal, que reconhece legitimidade ao Ministério Público para mover a ação civil de reparação do dano “*ex delicto*”, quando o titular do direito à indenização for pobre” (1998:77).

Para Euclides Ferreira da Silva Júnior:

“Neste particular aspecto da ação civil, quando o titular à reparação do dano for pobre, a execução da sentença condenatória, ou a ação de conhecimento da responsabilidade civil, será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público (vide art. 68 do CPP). *Este funcionará na qualidade de advogado dos interesses do ofendido*, que não possui

condições financeiras para enfrentar uma demanda e, muito menos, contratar um profissional para promover a reparação do dano..." (1997:78-79).

Aceitando esse entendimento, Julio Fabbrini Mirabete ensinava que:

"Trata-se de medida de grande relevância diante da importância da reparação para a ordem jurídica, proporcionando-se meios a que não se frustrasse o ressarcimento devido à vítima ou sucessores. Seus pressupostos são a pobreza da vítima e o requerimento para a intervenção do Ministério público. Trata-se de hipótese de substituição processual"(1997:161).

Até mesmo o Ministério Público Paulista em seu Manual de Atuação Funcional, mantinha entendimento análogo, na seção I - Nas ações reparatórias de danos "*ex delicto*", artigo 145 "observar que o Ministério Público tem legitimidade para o ajuizamento de ação reparatória de danos causados por delito, no caso do titular do direito lesado ser pobre", sob o fundamento do artigo 5º, inciso XLV, artigos 127 e 129, inciso IX, da Constituição e artigos 63, 64 e 68 da Lei Processual Penal (1999:110).

A aprovação da vigência do artigo 68, do Código de Processo Penal não se limitava apenas ao entendimento doutrinário, abrangia também o jurisprudencial, na medida em que se admitia existir substituição processual na hipótese, bem como, não ter havido sua revogação pelo artigo 134, *caput*, da Constituição Federal.

Não foram poucas as decisões que reconheceram nesse dispositivo a ocorrência do fenômeno da legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil ou da execução da sentença, nesse sentido, transcrevemos as ementas a seguir:

"Para a propositura da ação civil pelo MP, na qualidade de substituto processual, nos termos do art. 68 do CPP, basta que haja ato criminoso, isto é, previsto na lei penal como crime, em tese. Inteligência dos artigos 68 do CPP e 81 do CPC" (STJ - 4ª Turma - Resp 5321-SP - Rel. Barros Monteiro - j. 18.12.90 - DJU 29.4.91, p. 5273).

"Ministério Público. Indenização. Ação Civil ex delicto. Vítima pobre. Legitimidade para a causa. Caso de substituição Processual. Previsão legal

compatível com o Estatuto dos Advogados e a instituição da Defensoria Pública. Inteligência do artigo 68, do Código de Processo Penal, da Lei 4.216/63 e do artigo 134, *caput*, da Constituição Federal. “O artigo 68, do Código de Processo Penal nunca foi revogado pelo Estatuto dos Advogados, nem é incompatível com o artigo 134, *caput*, da atual Constituição da República, porque estes cuidam de representação processual, e aquele de substituição processual” (TJSP – 2ª C. Dir. Privado – Ap. 283.111-1/6-00 – Rel. Cezar Peluso – j. 1.7.97)

“O Ministério Público tem legitimação extraordinária para, em nome próprio, e no interesse do titular do direito, promover a ação civil de reparação de dano *ex delicto*” (TJSP – 2ª C. Ap. 224.506-1/7 – Rel. Corrêa Lima – j. 2.5.1995)

“Ação reparatória de dano decorrente de ato ilícito. Ajuizamento pelo Ministério Público. Legitimidade. “O Ministério Público está legitimado para a ação por força do artigo 68, do Código de Processo Penal. É que a função do Ministério Público em casos como o dos autos é a de substituto processual” (TJSP – 1ª C. – AI 225.803-1/0 – Rel. Luís de Macedo – j. 27.12.94).

Responsabilidade Civil - Ministério Público - “legitimatío ad causam” - Reparação do dano - Ato ilícito - CPP, ar. 68 - Medida cautelar - Requisitos. O Ministério Público, na qualidade de substituto processual, tem legitimidade para propor ação civil de reparação de dano “*ex delicto*”, nos termos do art. 129, IX e § 1º da CF/88, estando o art. 68 do CPP recepcionado pela nova ordem constitucional. Presentes o “*fumus boni juris*” e o “*periculum in mora*”, há de se julgar procedente a ação cautelar. (TAMG - Ap. Cív. Nº 190/51 - Itamonte - Rel. Juiz Wander Marotta - jul. 02.08.95).

Aceitar essa posição significava assumir que o papel do Ministério Público na ação civil de reparação de dano era meramente assistencial, é dizer, de advogado da parte pobre e, como tal sua atuação vinculava-se ao prévio requerimento. A propósito, transcrevemos a seguir um modelo:

“Excelentíssimo Senhor Doutor Promotor de Justiça em exercício no Centro de Acompanhamento e Execução - Caex, da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo

Caio da Silva, brasileiro, solteiro, estudante, menor púbere, portador da cédula de identidade RG nº XX XXX XXX-XX e do CPF nº XX XXX XX-XX, neste ato assistido por sua genitor Pedro Henrique da Silva, ambos domiciliados nesta Capital, onde residem na Rua Santo Antônio do Pari, 631, Jardim Anália Franco, juntando declaração de pobreza, vem, respeitosamente, **requerer o patrocínio do Ministério Público** para a propositura de ação reparatória de dano decorrente de ato ilícito, ou execução de sentença penal condenatória, nos termos do artigo 68 do Código de Processo Penal, contra ...

Termos em que,  
Pede deferimento.

Local e data.

Caio da Silva - menor

Pedro Henrique da Silva – pai”

Contudo, é certo que se a atividade do Ministério Público era vinculada ao requerimento da vítima hipossuficiente não havia independência para o exercício do direito de ação. Assim, agindo em nome de outrem e não em nome próprio, ao promover a ação civil *ex delicto*, atuava como representante e não como substituto processual.

### **1.3 – EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO**

No item anterior vimos que a participação do Ministério Público na ação civil de reparação de dano não se dava a título de legitimação extraordinária – substituto processual – mas, como verdadeiro representante processual, o que é vedado constitucionalmente. Assim, não sendo possível atuar como parte (artigo 81, do Código de Processo Civil), mesmo cientes da previsão do artigo 68, do Código de Processo Penal, resta-nos analisar se, eventualmente, haveria interesse público autorizando sua intervenção.

De saída, adiantamos não ser possível reconhecer presente o interesse público na reparação do dano almejada pela vítima pobre.

Embora a doutrina e mesmo a jurisprudência não disponham do exato conceito de interesse público, delineiam elementos, relativamente seguros, que permitem identificá-lo.

Com efeito, tem-se aceitado que o interesse público está relacionado a um interesse geral, vinculado a valores sociais relevantes e ao bem estar comum, não se confundindo com o mero interesse patrimonial e disponível.

Segundo ensina Antônio Cláudio da Costa Machado:

“Interesse público será sempre aquele cuja prevalência interessa direta e imediatamente à sobrevivência da sociedade e que por essa razão é tido pela ordem jurídica

como inalienável, irrenunciável e de realização obrigatória.”(1989:331).

Na hipótese em apreço, a ação civil de reparação de dano envolve interesse, exclusivamente, patrimonial, incapaz de caracterizar o interesse público, ensejador da intervenção do *parquet*.

Entendendo, porventura o Ministério Público que a questão trata de interesse público, ou seja, de interesse da sociedade em geral capaz de justificar a obrigatoriedade de sua intervenção, sua atuação ocorreria na qualidade de *custos legis*, facultativamente, recebendo o processo no estado em que se encontrasse.

Nesse sentido, Celso Agrícola Barbi explica que;

“A regra é extremamente vaga, porque impreciso o conceito de interesse público. Mesmo a referência a ele ser evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, não elimina a indeterminação do texto. Mas a imprecisão da norma no item III gera insegurança, porque não há critério seguro para saber quando existe o interesse público que leva à intervenção daquele órgão; pode então ocorrer a nulidade, se a existência desse interesse for reconhecida na instância superior, sem que se tivesse tido meios de evitá-la na fase inicial, em que se entendeu não constar o mencionado interesse<sup>7</sup>” (1998:334).

O artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil, ao indicar as hipóteses de intervenção do *parquet*, faz referência às causas em que haja interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte.

O que evidencia o interesse público pela natureza da lide, conforme ensina Antônio Cláudio da Costa Machado, é a “indisponibilidade imposta à relação jurídica sobre a qual surgiu o litígio ou lide, deduzida em juízo” (1989:345). “A indisponibilidade, nesse caso, deverá atender ao objetivo de preservação e sobrevivência da coletividade, tutelado por preceito de ordem pública que o torna inalienável, inderrogável, irrenunciável, intransigível e de realização obrigatória para seu titular” (Cf. Ibid.:334). Na verdade, é a relevância social do bem jurídico tutelado que justifica a intervenção do Ministério Público. Interpretação diversa autorizaria a legitimação do *parquet* na defesa de interesses individuais disponíveis e, por consequência, estaria na contramão da nova destinação

---

<sup>7</sup> Atualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que nem sempre é necessário proclamar a nulidade, isso porque, mesmo diante da omissão, se o ato atingir sua finalidade e não causar prejuízo à parte que seria protegida pelo Ministério Público, não há razão para anular-se o ato.

constitucional da Instituição – “**defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis**” (artigo 127, *caput*).

Assim, o direito de conteúdo econômico, contido na ação civil *ex delicto* – em que a parte tem a seu favor a disponibilidade da ação, para a tutela de direito privado e patrimonial -, não legitima o Ministério Público a usurpar a atividade do advogado, sob o falso rótulo do direito ou interesse de conteúdo indisponível.

Em suma, o mero interesse individual patrimonial e disponível perseguido, não caracteriza o interesse público ensejador da intervenção do Ministério Público.

Para arrematar, não se pode olvidar que já na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, restou configurado que a obrigação de reparar o dano era matéria de direito civil, eis que invocava a recomposição de lesão patrimonial, contida, portanto, no campo do direito privado.

No que toca ao interesse público evidenciado pela qualidade da parte, é sua condição de hipossuficiência no processo, e não somente econômica, que determina a intervenção do órgão ministerial. “Trata-se, na verdade, do reconhecimento de que certas pessoas estão em situação de desvantagem ou fragilidade processual e, por isso, necessitam de proteção” (Cf. MACHADO, 1989:333). É a desigualdade de forças, a deficiência da parte para atuar em juízo que desequilibra o contraditório - como a incapacidade, a falta de representação do incapaz e a colidência de interesses – e exige a intervenção do *parquet* (Cf. *Ibid.*:374).

Nesse passo, a hipossuficiência econômica não integra o conceito de interesse público e, portanto, não autoriza a atuação do Ministério Público como titular da ação – a hipossuficiência não tem o condão de transformar o direito disponível à reparação do dano em direito indisponível.

A esse respeito, transcrevemos os julgados a seguir:

“Aos economicamente hipossuficientes presta o estado os serviços de sua advocacia de assistência judiciária, e não é dado ao Ministério Público tal função, até porque lhe é proibido advogar, exercitando o direito de ação no Juízo Cível dentro das estritas previsões legais, consoante o artigo 81, do estatuto processual civil básico” (TJSP – 5ª C. Dir. Privado – Ap. Rel. Marco César – j. 28.3.96 – JTJ-LEX 185/147).

“Ação civil. Crime. Reparação do dano. Ministério Público. O art. 68 do CPP não foi recepcionado pela vigente Constituição, desde que o que nele se contém revela-se incompatível com a finalidade do Ministério Público, que se acha expressa no art. 129. A reparação do dano envolve interesse individual disponível.

Recurso não conhecido.

(REsp 57092/MG – Processo 1994/0035582-3 – 3ª Turma – rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, j. 04/06/1996, DJ 10.03.1997, p. 5963)”

Contudo, os adeptos da corrente que defendia a legitimidade do Ministério Público na ação civil *ex delicto* argumentavam que a reparação do dano ultrapassava a esfera individual para instalar-se na noção de preservação do coletivo, já que, em última análise, teria a missão de prevenir e reprimir a conduta delitiva. Logo, o relevante interesse social justificaria a atuação do Ministério Público.

Wellington Cabral Saraiva ensinava que:

“Como conseqüência, no plano jurídico (civil), da prática de um fato criminoso..., a obrigação de reparar o dano transcende o interesse meramente privado da vítima ou de seus sucessores, para dizer respeito a toda a coletividade. Primeiramente a reparação do dano funciona não só como indenização pelo dano civil causado à vítima, senão também como instrumento de prevenção e repressão ao crime, a exemplo da própria sanção penal. Com efeito, quanto mais eficientes os meios do Estado para impor, sempre, ao agente criminoso, ao lado da sanção penal, a simultânea sanção civil de indenização, maior será, por certo, a eficácia da prevenção criminal geral, pela mais profunda inibição dos criminosos em potencial, ante a probabilidade da dupla aplicação da lei” (RT 741/487).

Seguia expondo que o direito à reparação estava previsto em norma de ordem pública, tratando-se, pois, de relevante interesse social a justificar a participação do Ministério Público, ligado à prevenção e à reparação criminal, na medida de o fato criminoso ameaçar a harmonia social. Bem assim, mencionava que mesmo desconsiderando o relevante interesse público presente, haveria de se levar em conta a imensa maioria de vítimas pobres espalhadas pelo Brasil e não estando ainda estruturada a Defensoria Pública, de modo condizente com o previsto na Constituição, estariam elas totalmente desamparadas face à ausência da legitimidade do Ministério Público (RT 741/487).

Acompanhando esse pensamento, Ada Pellegrini Grinover também apresentava fundamentos jurídicos a permitir tal legitimação:

“É certo que a Lei Maior atribuiu às Defensorias Públicas a função estatal de prestação de assistência jurídica aos necessitados. Mas é igualmente certo que conferiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

... Após um período de declínio e de esquecimento do papel da vítima na sociedade em geral, e no processo em particular, sua proteção vem assumindo nova dimensão, que transcende à satisfação pessoal, para inserir-se no quadro dos interesses que afetam a comunidade como um todo e o próprio Estado.

Nesse enfoque, o art. 68 do Código de Processo Penal, está em harmonia com o art. 129, inc. IX, Constituição Federal, que além das funções institucionais do Ministério Público, especificadas nos incs. I a VIII, ainda admitiu outras “que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, qual seja, a defesa dos interesses sociais (art. 127, caput)” (1994:42-43).

Para Edgar Magalhães Noronha:

“Além do dano público, sempre existente no delito, produz este um dano imediato ao titular do bem jurídico por ele ofendido potencial ou efetivamente, natural, pois, que se imponha ao autor do crime a obrigação de indenizar (...). Da importância da reparação para a ordem jurídica bem se aquilata, quando se observa a tendência publicística que se lhe procura imprimir, incumbindo-se o Ministério Público de pleiteá-la, quando o requerer o ofendido pobre, consoante determina o art. 68 do Código de Processo Penal” (1998:53).

Embora não se discuta a presença do interesse social em relação à vítima de crime, o fato é que a ação de reparação do dano visa tutelar interesse de ordem individual, disponível e patrimonial, o que afasta a legitimação do Ministério Público. E, mesmo a hipossuficiência econômica, como vimos, não é capaz de expressar o interesse público necessário a autorizar a presença do órgão ministerial.

## V – O JULGAMENTO DO RE 135.328-7/SP

### 1 – O VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO

A questão chegou ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 135.328-7/SP interposto contra a decisão da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça que, negou provimento a agravo interposto pelo Estado, deixando consignado que o Ministério Público é parte legítima para propor ação indenizatória em favor de pais de preso que veio a falecer em tentativa de fuga. O Colegiado aludiu à norma do artigo 68, do Código de Processo Penal, assentando que a conclusão exsurge harmônica com o preceito do inciso IX, do artigo 129, da Constituição Federal.

A Procuradoria do Estado de São Paulo sustentou em suas razões que foi excluída da órbita do Ministério Público a defesa dos necessitados, que ficou a cargo da Defensoria Pública, advindo, daí a incompatibilidade com o artigo 129, inciso IX, da Lei Maior.

Inicialmente, o Relator, Ministro Marco Aurélio, entendeu que a discussão limitava-se em saber se a parte pertinente do artigo 68, do Código de Processo Penal tinha sido recepcionada pela atual Carta e conheceu do recurso extraordinário, pela transgressão ao inciso IX, do artigo 129, bem como ao artigo 127, ambos da Constituição Federal, para dar-lhe provimento e declarar o Ministério Público carecedor da demanda.

Em suas razões demonstrou que a Constituição Federal de 1988 marcou a atuação do Ministério Público com atribuições e vedações que guardavam extrema sintonia com a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis (artigo 127, *caput*), de maneira que a ação civil de reparação de dano, visando direitos patrimoniais disponíveis, certamente não se amoldaria à figura do artigo 129, inciso IX, da Constituição Federal – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Lembrou também que, a hipossuficiência dos beneficiários da reparação não era fundamento indicador da legitimidade do *parquet*. Para tanto, a Constituição Federal havia previsto, no mesmo capítulo das Funções Essenciais à Justiça, a criação da Defensoria Pública, detentora de representação processual junto aos necessitados.

A propósito, segue trecho do voto:

“...nada obstava, até então, que legislação ordinária cometesse ao Ministério Público funções eventualmente incompatíveis com sua destinação institucional (o que doravante está vedado por força do artigo 129, IX, da Constituição Federal de 1988.

(...).

A menos que se olvide que a instituição está voltada à defesa de interesses públicos e direitos individuais indisponíveis...há de se concluir pela ilegitimidade do Órgão para a demanda em causa, que, embora a envolver hipossuficientes diz respeito a interesses patrimoniais individuais e indisponíveis.”

Desenvolvendo esse raciocínio sua Excelência reconheceu que, embora o cerne da questão fosse mensurar a compatibilidade ou não do texto constitucional superveniente com a norma preexistente, havia também uma discussão constitucional revelada pela necessidade de garantir a supremacia da Constituição preservando as prerrogativas e a destinação conferidas ao Ministério Público.

A verdade é que, a nova dimensão do Ministério Público, desenhada pela Carta de 1988, passou a representar “uma nova idéia, uma ruptura mais ou menos intensa com o passado, imprimindo um sistema diferente e estabelecendo uma nova concepção à Instituição, a exigir, assim, a análise da conformidade ou da pertinência da norma anterior com preceito constitucional” (Cf. VELOSO, 2003:237). E assim foi feito.

Esse entendimento foi, a priori, acompanhado pelos Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Carlos Velloso.

## **1.1 – CONSIDERAÇÕES SOBRE A INCOMPATIBILIDADE DO DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL E A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL**

Cabe-nos, aqui, tecer algumas considerações acerca da recepção da lei pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente, antes de prosseguir com a análise do julgamento do recurso extraordinário.

A superveniência do texto constitucional não importa na revogação pura e simples das normas preexistentes. Pelo contrário, cabe ao intérprete valer-se dos princípios da supremacia da Constituição e da continuidade da ordem jurídica para verificar a compatibilidade do direito anterior com a nova ordem constitucional.

Pelo princípio da supremacia da Constituição observa-se que, há uma “superioridade hierárquica da Carta Constitucional em relação às demais normas. Isso porque, consoante a “pirâmide normativa” de Kelsen, o fundamento de validade de todas as normas infraconstitucionais é a própria Constituição. Assim, o direito anterior não pode ter existência legítima se contrastar com a Lei Maior” (Cf. BARROSO, 2002:67).

Por sua vez, no instante em que a nova Constituição entra em vigor já há uma ordem jurídica preexistente, que certamente não importará no “rompimento integral e absoluto com o passado, de sorte que, toda a legislação infraconstitucional que não seja inconciliável com o texto constitucional superveniente conserva sua eficácia” (Cf. Ibid.:68).

Portanto, à compatibilidade da norma preexistente com o novo texto constitucional dá-se o nome de recepção. Por ela, a Constituição recebe todas as normas do direito anterior desde que lhe sejam conciliáveis – análise feita em relação ao conteúdo da norma. “É o fenômeno da recepção, que se destina a dar continuidade às relações sociais sem necessidade de nova, custosa, difícil e quase impossível manifestação legislativa ordinária” (TEMER, 1997:39).

Sem ignorar a continuidade da ordem jurídica, as normas recepcionadas deverão ser acomodadas num processo de interpretação frente à nova Carta. É que a Constituição superveniente pode ter sido elaborada com base em fundamentos, princípios e objetivos diversos da que lhe antecedeu e, nesse caso, caberá ao intérprete a releitura hermenêutica em relação às normas precedentes.

É o que ensina Zeno Veloso:

“Não entrando em rota de colisão com a nova Constituição, a legislação pré-constitucional continua vigorando. Perdeu o seu antigo fundamento de validade, mas, harmonizando-se com a Constituição superveniente, recebe, desta, novo fundamento de validade, devendo, não obstante, serem lidas, compreendidas e interpretadas as normas recepcionadas, de acordo com os princípios, os fundamentos, a ideologia e os objetivos da ordem constitucional introduzida” (2003:224).

Acompanhando esse ensinamento, Luís Roberto Barroso preleciona que:

“As normas legais têm de ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando, automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior” (2002:70-71).

Discorrendo sobre o fenômeno da recepção de legislação ordinária anterior ao novo texto constitucional, Celso Ribeiro Bastos, acompanhando a linha de Jorge Miranda, aponta tratar-se de uma verdadeira novação do direito. Explica que:

“As normas ordinárias serão recepcionadas pela nova ordem constitucional e submetidas a um novo fundamento de validade, daí decorrendo algumas consequências:

- 1 – todos os princípios gerais de quaisquer ramos do direito passam a ser aqueles constantes da nova Constituição;
- 2 – todos os demais dados legais e regulamentares têm de ser reinterpretadas à luz da nova Constituição, a fim de se porem conformes com as suas normas e princípios;
- 3 – as normas contrárias à Constituição não são recepcionadas, mesmo que sejam contrárias apenas a normas programáticas e não ofendam a nenhuma preceptiva” (Cf. 1995:115).

É possível, no entanto, que a norma precedente não se harmonize, seja inconciliável com a nova Constituição. Nessa hipótese, a legislação preexistente será revogada ou inconstitucional?

Boa parte da doutrina, se não a maioria, defende que cuidando-se de lei preexistente inconciliável com a Constituição superveniente, será o caso de adotar-se o fenômeno da revogação. A conclusão encontra amparo no artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil: **“a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”**, pouco importando aí tratar-se de normas de hierarquia diversa – norma infraconstitucional anterior e norma constitucional superveniente.

Assim, cuidando-se de ato pré-constitucional – anterior, portanto, à promulgação da vigente Constituição – materialmente incompatível com a nova lei Maior será caso de formular-se juízo negativo de recepção.

Maria Helena Diniz observa que “é indubitável o efeito abrogativo da Constituição Federal sobre todas as normas e atos normativos que com ela conflitarem. As normas conflitantes ficam imediatamente revogadas na data da promulgação da nova Carta” (1989:42).

Essa, aliás, é a orientação consagrada no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “a incompatibilidade vertical de atos estatais examinados em face da superveniência de um novo ordenamento constitucional (...) traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores” (RE 353.508 – AgR/RJ – Celso de Mello).

Há, no entanto, duas outras posições contrárias que, mesmo sem grandes adesões, merecem menção.

A primeira, defendida por Castro Nunes, entende que a norma infraconstitucional preexistente à Constituição não deve ser revogada, mas sim declarada inconstitucional, sob o argumento de que “a teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade. Quando se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, supõe, no cotejo, leis do mesmo nível. Mas se a questão está em saber se uma norma pode continuar a vigor em face das regras ou princípios de uma Constituição, a solução negativa só é revogação por efeito daquela anterioridade; mas tem uma designação peculiar a esse desnível das normas, chama-se declaração de inconstitucionalidade” (1943:601).

Logo, não seria possível solucionar o caso sob o prisma da intertemporalidade, haja vista tratar-se de normas de hierarquia diversa – afastada restaria, assim, a regra do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil – lei posterior revoga a anterior...quando seja com ela incompatível. Desse modo, se a Constituição e a norma infraconstitucional, que lhe é preexistente, são inconciliáveis, a hipótese é de inconstitucionalidade.

Já a segunda posição abraçada por Lúcio Bittencourt adota uma solução intermediária, segundo a qual:

“A revogação se verifica quando a lei, tachada de incompatível com a Constituição, já se achava em vigor por ocasião do advento desta. Não se trata, porém, de revogação pura e simples, como a que decorre em virtude do conflito intertemporal entre duas leis da mesma hierarquia. Não, uma lei incompatível com a Constituição é, sempre, na técnica jurídica pura, uma lei inconstitucional, pouco importando que tenha precedido o Estatuto Político ou lhe seja posterior. A revogação é consequência da inconstitucionalidade” (1949:131).

Contudo, como dissemos, essas não são orientações que prevalecem seja na doutrina, seja na jurisprudência.

Luís Roberto Barroso, defendendo a tese de que a incompatibilidade entre a norma infraconstitucional e a Constituição superveniente se resolve pela revogação assevera que:

“Uma lei posterior, sendo incompatível com a anterior deve revogá-la, desde que seja de hierarquia igual ou superior. Não seduz, com todas as vênias, a tese de que lei posterior de hierarquia mais elevada não possa suceder a norma inferior, com eficácia ab-rogatória. Parece pouco lógico que a norma superveniente, sendo de igual hierarquia, possa retirar de vigência a anterior, mas sendo superior não possa” (2002:80).

Examinando a controvérsia, Sepúlveda Pertence, na ADIN nº 2, citando Victor Nunes Leal asseverou ser

“Mais acertada a corrente que vê na incompatibilidade entre a lei anterior e a Constituição nova um simples caso de revogação e não de inconstitucionalidade. (...), porque o conflito que aí se abre é tipicamente um conflito de normas no tempo: a norma anterior considera-se revogada pela promulgação da norma posterior com ela incompatível. Pouco importando que, na hipótese, a norma posterior não tenha apenas este caráter de norma posterior, mas seja também uma norma superior do ponto de vista hierárquico”.

Refutando a tese da inconstitucionalidade, Paulo Brossard ensina que

“A lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. (...) O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos à Constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda.

É por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham” (1992:126-7).

Ora, para que a norma seja constitucional impõe-se que, em seu processo de elaboração, observe-se critérios de ordem formal e material, definidos na própria Constituição. E qual seria esta Constituição senão a vigente ao tempo de elaboração de referida norma. Infere-se, daí que, a inconstitucionalidade da norma não pode ocorrer senão em relação à Constituição em vigor.

Explicando melhor. “Sendo a Constituição editada após a lei, não pode servir como fundamento de validade desta, mesmo considerando sua supremacia. Logo, se quando da vigência da lei a Constituição ainda não existia, não há como falar na conformidade ou desconformidade daquela a respeito dessa. A inconstitucionalidade, portanto, é vício contemporâneo ao nascimento da lei” (Cf. RAMOS, 1994:68/9).

A esse respeito colacionamos alguns julgados que reiteram o entendimento de que se a lei preexistente é inconciliável com a Constituição superveniente é caso de revogação da ordem normativa precedente e não de inconstitucionalidade, sendo irrelevante o fato das normas não serem de mesma hierarquia. Veja-se:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade - impugnação de ato estatal editado anteriormente a vigência da CF /88 - Inconstitucionalidade superveniente - Inocorrência - Hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção - impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato – Ação Direta não conhecida.

A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja Égide foi instaurado o controle normativo abstrato.

A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a carta política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado.

O entendimento de que leis pré-constitucionais não se dispõem, vigente uma nova constituição, à tutela jurisdicional de constitucionalidade " in abstracto " - orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior ( RTJ 095 / 980 - 095 / 993 - 099/ 544) foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da carta federal de 1988.

A incompatibilidade vertical superveniente de atos do poder público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores.

O exame da revogação de leis ou atos normativos do poder público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico - processual da ação direta de inconstitucionalidade.

(ADI 7/DF – Tribunal Pleno – rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 07/02/1992, DJ 04.09.1992, p. 14087)”

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. - Sendo a lei estadual impugnada (Lei 8.801, de 29 de junho de 1988, do Estado do Paraná) anterior a atual Constituição, o exame de sua compatibilidade em face da Carta Magna superveniente se coloca no plano da recepção, ou não (e nesse caso o que há e revogação), da norma infraconstitucional, questão essa que não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Ação que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido.  
(ADI 75/PR – Tribunal Pleno – rel. Min. p/ acórdão MOREIRA ALVES, j. 01/04/1992, DJ 04.09.1992, p. 14087)”

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPUGNAÇÃO DE LEI PRE-CONSTITUCIONAL E DE ATO REGULAMENTAR EDITADO SOB A EGIDE DA NOVA CONSTITUIÇÃO - INIDONEIDADE DO REGULAMENTO DE EXECUÇÃO PARA EFEITO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DA LEI - INOCORRENCIA - HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DO ATO HIERARQUICAMENTE INFERIOR POR AUSÊNCIA DE RECEPÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. - Regulamentos subordinados ou de execução supõem, para efeito de sua edição, pelo Poder Público, a existência de lei a que se achem vinculados. Falece-lhes, desse modo, a necessária autonomia jurídica para se qualificarem como atos normativos suscetíveis de controle abstrato de constitucionalidade. A regulamentação de lei pré-constitucional por ato estatal editado sob a égide de novo ordenamento constitucional não basta para autorizar, em sede de ação direta, o confronto da espécie legislativa com a Constituição superveniente. - A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pré-constitucionais não se dispõem, vigente uma nova Constituição, a tutela jurisdicional de constitucionalidade "in abstracto" - orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 - 95/993 - 99/544) - foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988. - A incompatibilidade vertical superveniente de atos do PODER Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha a função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade.  
(ADI 29/SP – Tribunal Pleno – rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 07/02/1992, DJ 28.08.1992, p. 13450)”

“Ação direta de inconstitucionalidade: Descabimento, segundo o entendimento do STF, se a norma questionada é anterior a da Constituição padrão. 1. Não há inconstitucionalidade formal superveniente. 2. Quanto a inconstitucionalidade material, firmou-se a maioria do Tribunal (ADIn 2, Brossard, 6.2.92) - contra três votos, entre eles do Relator desta -, em que a antinomia da norma antiga com a Constituição superveniente se resolve na mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. 3. Fundamentos da opinião vencida do Relator (anexo), que, não obstante, com ressalva de sua posição pessoal, se rende à orientação da Corte.

(ADI 438/DF – Tribunal Pleno – rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 07/02/1992, DJ 27.03.1992, p. 3800)”

“Ação direta em que há a arguição a inconstitucionalidade de dispositivo de lei estadual - o artigo 4. da Lei n. 5.098/86 do Estado de Mato Grosso, editada, portanto, anteriormente a Constituição em vigor. - Há pouco, o Plenário desta Corte voltou a reafirmar seu antigo entendimento no sentido de que a incompatibilidade entre norma infraconstitucional anterior e a Constituição posterior da margem a revogação daquela, não podendo esse exame fazer-se em ação direta de inconstitucionalidade. Ação que não se conhece, por impossibilidade jurídica do pedido.

(ADI-MC 167/MT – Tribunal Pleno – rel. Min. p/acórdão MOREIRA ALVES, j. 11/03/1992, DJ 15.05.1992, p. 6780)”

Embora a doutrina reconheça que na prática, seja qual for o entendimento adotado, a norma deixará de vigorar, também reconhece que processualmente há conseqüências diversas:

“Isto é, cuidando-se de norma inconstitucional, o meio adequado ao seu reconhecimento é a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal. Por sua vez, se ao caso se aplica a revogação, desnecessária se mostra a declaração de inconstitucionalidade considerando que desde a data da promulgação da nova Carta a norma deixou de vigorar” (Cf. BARROSO, 2002:77).

Seja como for, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acolhem a tese da revogação da norma anterior incompatível com o novo texto constitucional.

Cuidando-se o artigo 68 do Código de Processo Penal de norma infraconstitucional – Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – anterior, portanto, à Carta de 1988, fazia-se necessária essa digressão para termos claros os elementos e a interpretação empregados no julgamento do recurso extraordinário ora analisado.

Num primeiro momento, chegamos à conclusão de que o conflito apresentado entre o artigo 68, do Código de Processo Penal e os artigos 127, *caput*, 129, inciso IX e 134, da Constituição Federal seria de cunho temporal e se resolveria pela simples revogação. A propósito, se essa fosse a solução, “as relações jurídicas constituídas sob a égide da lei preexistente até a promulgação da nova carta com ela incompatível, seriam plenamente válidas. Somente a partir da vigência do texto constitucional superveniente é que a lei deixaria de operar, sob o

manto da revogação, sendo indiferente que a norma fosse de categoria igual ou superior à da norma anterior revogada” (Cf. BROSSARD, 1992:135).

## 2 – O VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, não conheceu do recurso extraordinário, sob o argumento de que entre o artigo 68, do Código de Processo Penal e o artigo 134, da Constituição Federal não haveria qualquer situação de conflito hierárquico-normativo a justificar o reconhecimento da eiva de inconstitucionalidade. Ademais, a assistência judiciária aos necessitados, verdadeiro direito indisponível, estaria autorizada pelo artigo 129, IX, da Constituição Federal: **“exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...)”**.

Sob esse enfoque, o artigo 68, do Código de Processo Penal subsistiria na nova ordem constitucional, pelos seguintes motivos: porque as funções outorgadas à Defensoria Pública pelo artigo 134, da Constituição Federal não lhe seriam exclusivas; porque a assistência aos ofendidos e aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso – artigo 245, da Constituição Federal – assumiriam relevância social a legitimar a intervenção do *parquet* na tutela dos direitos de pessoas necessitadas; e, porque a proteção jurisdicional aos necessitados seria compatível com as finalidades institucionais do Ministério Público – fiel cumprimento da ordem constitucional e zelo pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos.

Por fim, colacionou considerações feitas pela professora Ada Pellegrini Grinover quanto ao reconhecimento, inclusive internacional, de que a proteção à vítima de crime ultrapassaria a dimensão da satisfação pessoal para tocar à coletividade como um todo. Interpretação essa que conduziria à conclusão da harmonia entre o artigo 68, do Código de Processo Penal e os artigos 129, inciso IX e 127, *caput*, da Constituição Federal.

Nesse momento, apresentavam-se duas posições antagônicas sobre o tema, posições essas que encontravam amparo na doutrina e nos Tribunais inferiores, como demonstrado em capítulos anteriores do nosso trabalho.

### **3 – O VOTO DO MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE**

Foi o inovador voto do Ministro Sepúlveda Pertence, não conhecendo do recurso, que solucionou a controvérsia.

Por princípio, admitiu que a proposição de ilegitimidade do *parquet* para a promoção da ação civil *ex delicto*, em razão de não se amoldar à figura do artigo 129, inciso IX, da Constituição Federal exigia análise conjunta com o artigo 134, da Constituição Federal.

Realçou, também que, o interesse social, referido no artigo 127, *caput*, da Constituição Federal, estaria estampado no pensamento externado por Ada Pellegrini Grinover, qual seja, o reconhecimento, inclusive internacional, de que a proteção à vítima de crime ultrapassa a dimensão da satisfação pessoal – direito privado, patrimonial e disponível – para tocar à coletividade como um todo, seguindo a previsão do artigo 245, da Constituição Federal.

Contudo, reconheceu que, se a Constituição destinou à Defensoria Pública o mister da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, não haveria como manter a atribuição contida no artigo 68, do Código de Processo Penal ao Ministério Público.

Confessou, todavia, a presença de obstáculo ao reconhecimento imediato da perda da vigência daquele artigo, configurado na “precariedade de fato, na maioria dos Estados, do funcionamento da assistência judiciária”. Em função dessa deficiência, optou por inspirar-se na teoria alemã do “apelo ao legislador” e condicionar o termo da vigência do artigo 68, do Código de

Processo Penal à existência de órgão de assistência judiciária no fórum competente para cada causa.

A propósito, vejamos os fundamentos adotados pelo Ministro em seu voto:

“(…)”.

17. A sugestão se inspira na construção germânica do processo de inconstitucionalização da lei (cf. Gilmar F. Mendes, Controle de Constitucionalidade, 1990, p. 88ss.; J. C. Béguin, Le Contrôle de Constitutionnalité des Lois em R. F. d'Allemagne, 1982, p. 273 ss.; Wolfgang Zeidler, relatório VII Conf. dos Tribunais Constitucionais Europeus, em Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade de Normas, Lisboa, 1987, 2ª parte, p. 47, 62 ss.).

18. Tenho o alvitre como fértil e oportuno.

19. O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia **ex tunc**; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e da perda de vigência desde a data da Constituição.

20. Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada -, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

21. É tipicamente o que sucede com as normas constitucionais que transferem poderes e atribuições de uma instituição preexistente para outra criada pela Constituição, mas cuja implantação real pende não apenas de legislação infraconstitucional, que lhe dê organização normativa, mas também de fatos materiais que lhe possibilitem atuação efetiva.

22. Isso o que se passa com a Defensoria Pública, no âmbito da União e no da maioria das Unidades da Federação.

23. Certo, enquanto garantia individual do pobre e correspondente dever do Poder Público, a assistência judiciária alçou-se ao plano constitucional desde o art. 141, § 35, da Constituição de 1946 e subsistiu nas cartas subseqüentes (1967, art. 150 21 32; 1969, art. 153, § 32) e na Constituição em vigor, sob a forma ampliada de “**assistência jurídica integral**” (art. 5º, LXXIV).

24. Entretanto, é inovação substancial do texto de 1988 a imposição à União e aos estados da Instituição da Defensoria Pública, organizada em carreira própria, com membros dotados da garantia constitucional da inamovibilidade e impedidos do exercício privado da advocacia.

25. O esboço constitucional da Defensoria Pública vem de ser desenvolvido em cores fortes pela LC 80, de 12.1.94, que, em cumprimento do art. 134 da Constituição, “**organiza a Defensoria Pública da união, do Distrito Federal e dos territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados**”. Do diploma se infere a preocupação de assimilar, quanto possível, o estatuto da Defensoria e o dos seus agentes aos do Ministério Público: assim, a enumeração dos mesmos princípios institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional (art. 3º); a nomeação a termo, por dois anos, permitida uma recondução, do Defensor Público geral da União (Art. 6º) e do Distrito Federal (art. 54); a amplitude da garantias e prerrogativas outorgadas aos Defensores Públicos, entre as quais, de particular importância, a de “**requisitar de autoridade**

**pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições”** (arts. 43, X; 89, X e 128, X).

26. A defensoria Pública ganhou, assim, da Constituição e da lei complementar, um equipamento institucional incomparável – em termos de adequação às suas funções típicas -, ao dos agentes de outros organismos públicos – a exemplo da procuradoria de diversos Estados -, aos quais se vinha entregando individualmente, sem que constituíssem um corpo com identidade própria, a atribuição atípica da prestação de assistência judiciária aos necessitados.

27. Ora, no direito pré-constitucional, o art. 68 C. Pr. Pen. – ao confiá-lo ao Ministério Público -, erigiu em modalidade específica e qualificada de assistência judiciária o patrocínio em juízo da pretensão reparatória do lesado pelo crime.

28. Estou em que, no contexto da Constituição de 1988, essa atribuição deva efetivamente reputar-se transferida do Ministério Público para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. Será considerado ainda vigente.

29. O caso concreto é de São Paulo, onde, notoriamente, não existe Defensoria Pública, persistindo a assistência jurídica como tarefa atípica de Procuradores do Estado.

30. Desse modo, com a vênua do em. relator e dos que o seguiram, não conheço do recurso extraordinário: é o meu voto.” (grifo no original)

A adoção desta técnica, contudo, pelo que se tem notícia, foi inaugurada com o julgamento no Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus nº 70.514-6/RS, da Relatoria do Ministro Sydney Sanches, julgado em 23.03.1994 e publicado no DJ de 27.06.1997.

Na oportunidade, destacou-se a existência da técnica de controle de constitucionalidade consistente na declaração de inconstitucionalidade sem a declaração de nulidade da norma, resolvida pelo apelo ao legislador. Por ela, a lei ainda não é inconstitucional, mas caminha para tornar-se. Desse modo, o Tribunal Constitucional alemão fixa um certo prazo ao legislador e este, obediente ao provimento oriundo do Tribunal, elabora norma nova para os tempos novos, que substitui a norma prestes a tornar-se inconstitucional.

Assim, em razão das Defensorias Públicas não estarem adequadamente organizadas nos Estados, em condição de igualdade, com a organização do Ministério Público nas unidades da Federação, declarou-se a constitucionalidade do artigo 1º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, que estabelecia o prazo em dobro para o defensor público, o defensor dativo, até que organizadas e aparelhadas as Defensorias Públicas. Diz a ementa:

“Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. "Habeas Corpus". Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica, se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. "Habeas Corpus" deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro. (HC nº 70514-RS – Tribunal Pleno - rel. Min. SYDNEY SANCHES, data do julgamento 23.03.1994, DJ 27.06.1997, p. 30225)”

Posteriormente, com o Recurso Extraordinário nº 147.776-8/SP, da Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 19.05.1998 e publicado no DJ em 19.06.1998, o tema voltou a ser objeto de controvérsia tomando o mesmo caminho do Recurso Extraordinário nº 135.328 – decidido pelo Plenário anteriormente, mas só publicado no DJ de 20.04.2001 -, vale dizer, o Recurso Extraordinário não foi conhecido. A ementa do julgado diz tudo:

“Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se

implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.

(RE nº 147776-SP – Primeira Turma - rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, data do julgamento 19.05.1998, DJ 19.06.1998, p. 9.)”

### **3.1 – A TÉCNICA DE DECISÃO DA “NORMA AINDA CONSTITUCIONAL”**

Toda a norma, por mais clara que seja, exige uma interpretação, um estudo do real significado de seu conteúdo para só então ser aplicada ao caso concreto.

O intérprete, nesse passo, deve buscar compreender a lei sob todos os aspectos possíveis – o gramatical, o histórico, o sistemático, o teleológico e a integração -, é dizer, deve valer-se de todas as regras de hermenêuticas, “para o bom entendimento dos textos legais” (BASTOS, 1997:20). Cabe a ele, inclusive, inovar a ordem jurídica, a fim de que seu trabalho reste completo. A esse respeito, pronuncia-se Miguel Reale:

“O intérprete pode avançar mais, dando à lei uma significação imprevista, completamente diversa da esperada ou querida pelo legislador, em virtude de sua correlação com outros dispositivos, ou então pela sua compreensão à luz de novas valorações emergentes no processo histórico” (1995:287-8).

É por meio da aplicação das regras hermenêuticas, portanto, que o intérprete atinge o verdadeiro sentido e conteúdo da norma.

Atualmente, tem-se buscado extrair do intérprete um trabalho mais intenso no que se refere à interpretação da lei em face da Constituição, em razão do “princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos atos jurídicos” (BASTOS, 1997:166-7), visando preservar a ordem jurídica de eventuais danos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade da lei.

Segundo ensina Celso Ribeiro Bastos:

“Parte-se da idéia de que na maioria dos casos essa inconstitucionalidade da norma, vai dar lugar a um vazio legislativo, que produzirá sérios danos. Procura-se evitar de todas as maneiras a decretação da nulidade da norma tendo em vista os inconvenientes que ela traz, pois a interrupção brusca da vigência de uma lei, sem ter transcorrido tempo suficiente para colocar outra em seu lugar, gera um vazio normativo” (1998).

Essa preocupação em “salvar a norma” deu origem à adoção de novas e modernas técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade.

Dentre essas técnicas, a que mais importa ao nosso estudo, eis que utilizada no julgamento do RE 135.328-7/SP, é a da “lei ainda constitucional”.

Trata-se de uma espécie de solução intermediária ao controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário<sup>8</sup>, “um passo significativo rumo à flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, vez que, introduzido, ao lado da declaração de inconstitucionalidade, o reconhecimento de um estado imperfeito, insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei” (MENDES, 2000:70).

Com efeito, na decisão de “apelo ao legislador”, reconhece-se a constitucionalidade da norma até que o legislador implemente medidas que a torne inconstitucional. Em outras letras,

“não raro reconhece a Corte que a lei ou a situação jurídica não se tornou “ainda” constitucional, conclamando o legislador a que proceda – às vezes dentro de determinado prazo – à correção ou à adequação dessa “situação ainda constitucional” (MENDES, 1998:229).

Como bem observa Celso Ribeiro Bastos:

“ (...), A Corte Constitucional, neste caso, declara constitucional a norma impugnada mas, ao mesmo tempo, alerta que ela encontra-se em trânsito para a inconstitucionalidade. Ou seja, a alteração das circunstâncias fáticas ou mesmo da compreensão do significado da Lei Fundamental pode implicar, para a norma, o inserir-se num processo de “inconstitucionalização””.

Mais uma vez, o fator determinante dessa técnica de ‘declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade’ é a interpretação da própria Constituição, no aspecto da sua atualização.

A alteração das circunstâncias fáticas, do mundo concreto e real sobre o qual o texto da norma deve incidir, determina, inexoravelmente, uma

---

<sup>8</sup> Até então, as possibilidades eram mais limitadas, pois se a norma fosse preexistente à Carta Magna, seria recepcionada ou revogada pela nova ordem constitucional; se contemporânea à Constituição a norma só poderia ser constitucional ou inconstitucional.

'adaptação' da sua normatividade à evolução assim observada" (1997:172-3).

A caracterização dessa técnica também restou assentada na ADIN 3.682/MT, cujo trecho reproduzimos:

"(...).

Outra técnica de decisão, desenvolvida, sobretudo, para os casos de omissão inconstitucional, é o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), decisão na qual se afirma que a situação jurídica em apreço ainda se afigura constitucional, devendo o legislador empreender as medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade. Essa técnica de decisão assumiu relevância ímpar nos casos da legislação pré-constitucional incompatível com a Lei Fundamental. A cassação dessas leis pré-constitucionais poderia levar, em muitos casos, a uma situação de autêntico caos jurídico. Daí ter a Corte Constitucional reconhecido que o legislador haveria de dispor de um prazo razoável para adaptar o direito ordinário à nova ordem constitucional, reconhecendo como 'ainda constitucional' o direito anterior, que deveria ser aplicado nessa fase de transição. A doutrina constitucional mais moderna considera que o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*) configura apenas uma decisão de rejeição de inconstitucionalidade, caracterizando-se essa recomendação dirigida ao legislador como simples *obiter dictum*. Essa qualificação não retira a eficácia desse pronunciamento, não havendo, até agora, registro de qualquer caso de recalitrância ou de recusa do legislador no cumprimento de dever constitucional de legislar."

Segundo ensina Gilmar Ferreira Mendes, a técnica de "apelo ao legislador", na doutrina alemã, apresenta-se sob três espécies:

1 – "o apelo ao legislador em virtude de mudança das relações fáticas ou jurídicas: sendo a mais importante, caracteriza-se pelo desaguar de um processo de mudança nas relações fáticas e/ou jurídicas que conduz à decisão da Corte em reconhecer a norma ainda constitucional, chamando o legislador a proceder ao seu ofício de legislar e, com isso, empreender medidas necessárias à correção da relação" (Cf. 1998:231-3).

É exatamente nessa hipótese, que se enquadra a decisão ora em análise. Em virtude da Constituição Federal de 1988 ter conferido nova destinação ao Ministério Público e previsto a criação da Defensoria Pública, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, houve mudança na situação jurídica existente até então. Desse modo, a decisão proferida impôs ao legislador o dever de adotar medidas quanto à criação e organização efetiva da Defensoria Pública, a fim de que pudesse cumprir seu papel constitucional – assistência jurídica ao hipossuficiente – para só então retirar da atribuição do Ministério Público, o encargo contido no artigo 68, do Código de Processo Penal.

E veja-se que o equilíbrio entre os Três Poderes<sup>9</sup> permaneceu íntegro, já que a Suprema Corte não invadiu a esfera de competência do legislativo, nem mesmo declarou a inconstitucionalidade do artigo 68, do Código de Processo Penal, pelo contrário, declarou-a ainda constitucional até que as medidas necessárias fossem empreendidas para regularizar a assistência jurídica aos necessitados.

2 – “o apelo ao legislador em virtude de inadimplemento de dever constitucional de legislar: refere-se à hipótese em que, ante à omissão legislativa, o Tribunal reconhece ser a norma ainda constitucional e enfatiza o dever do legislador – decorrente de expressa previsão constitucional ou do dever de proteção e defesa de certos valores, pelo Estado, como a vida, a integridade física, a honra – de promulgar as providências exigidas” (Cf. MENDES, 1998:235).

3 – “o apelo ao legislador por falta de evidência da ofensa constitucional: o caminho percorrido pela Corte é inverso nessa circunstância, pois percebe-se na decisão um esforço em afastar a inconstitucionalidade da norma, para tanto, aponta elementos que evidenciam a inexistência da colisão normativa no momento da elaboração da lei – falta segurança para afirmar se o legislador teria condições de identificar o estado de inconstitucionalidade que não é evidente” (Cf. Ibid.:237-8).

O apelo ao legislador como técnica de decisão em sede de controle de constitucionalidade é censurado por parte da doutrina alemã, “afirma-se que o tribunal não dispõe de base legal para proferir esse tipo de decisão; que o apelo ao legislador expressa tentativa de compensar, mediante decisão judicial, o déficit identificado no processo de decisão parlamentar; que se demitiria o legislador da responsabilidade de concretizar a ordem fundamental; e, por fim, que a Corte Constitucional não dispõe de competência para estabelecer prognósticos, sendo limitada a sua capacidade de fazer previsões quanto ao exato momento de conversão da norma ainda constitucional em um estado de inconstitucionalidade” (Cf. Ibid.:59).

---

<sup>9</sup> “Prevista entre os princípios fundamentais está a tripartição de funções, que traz a idéia de um sistema de ‘freios e contrapesos’, onde cada órgão exerce suas competências sem interferir nas competências alheias” (Cf. BASTOS, 1995:149).

Claro que essas considerações são pertinentes, mas ante a inércia do legislador, poucas são as opções do Poder Judiciário se não interpretar a norma de tal maneira, buscando alternativas jurídicas, que causem o menor prejuízo possível às relações sociais.

No que tange aos efeitos da norma ainda constitucional, embora não disciplinados no direito positivo, o Tribunal alemão tem consagrado a prática de reconhecer a constitucionalidade da norma na parte dispositiva da decisão, fazendo integrar, na fundamentação, o apelo ao legislador, com a advertência de que uma determinada situação – eventualmente, após o decurso de determinado prazo – não mais será aceita. Esse procedimento impede que a lei fique isenta de críticas e, ao mesmo tempo, permite que após determinado prazo, seja possível provocar a declaração de sua inconstitucionalidade (Cf. MENDES, 2000:60-1).

Na parte dispositiva da decisão, não se pode impor um dever de legislar, isso porque, os efeitos vinculantes referem-se apenas ao conteúdo da decisão legalmente definido – qualquer outra afirmação que não corresponda a esse conteúdo ficará sem significado jurídico-processual (Cf. Ibid.:62-3).

É certo que a aplicação posterior da norma ainda constitucional, sem que o legislador tenha empreendido as medidas necessárias à correção da relação, ensejará a declaração de inconstitucionalidade. Contudo, o tribunal só poderá atuar mediante provocação (Cf. Ibid., 1998:242-3).

Essas eram, em suma, as explicações necessárias ao conhecimento da técnica de decisão “norma ainda constitucional”, em sede de controle de constitucionalidade, adotada no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, à qual aderiram todos os demais Ministros – aqueles que já haviam proferido voto em sentido oposto retificaram-no.

## VI - CONCLUSÃO

Os fundamentos apresentados ao longo deste trabalho, comprovaram que a atuação do Ministério Público na ação civil *ex delicto*, até então autorizada pelo artigo 68, do Código de Processo Penal, à medida do dinamismo da legislação, em especial a constitucional tornou-se superada.

Entretanto, a inércia do legislador em efetivar a previsão constitucional quanto à criação e organização da Defensoria Pública, exigiu, a adoção da técnica da “norma ainda constitucional”, a fim de, ao mesmo tempo, assegurar a continuidade da assistência jurídica – garantia fundamental – mantendo a atribuição do Ministério Público, e chamar o legislador ao exercício de seu ofício – o dever de legislar.

Essa inovação deve-se ao esforço do intérprete/julgador em harmonizar o conteúdo da norma às transformações e necessidades sociais e às diferenças políticas que, por vezes, impedem a evolução da humanidade.

Atualmente, a Defensoria Pública foi instalada em todos os Estados da Federação, logo, à medida que se organize, efetivamente, o artigo 68, do Código de Processo Penal perderá sua vigência.

## VII - BIBLIOGRAFIA

- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 10ª ed. rev/ampl. Rio de Janeiro:Forense, vol.1., 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 4ª ed., rev/atual. São Paulo:Saraiva, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo:Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo:Celso Bastos editor. Instituto brasileiro de direito constitucional, 1997.
- \_\_\_\_\_. *As modernas formas de interpretação constitucional* . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=89>>. Acesso em: 02 mar. 2009.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro:Revista Forense, 1949.
- BROSSARD, Paulo. A constituição e as leis a ela anteriores. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, 45 (180):125-148, jul./dez., 1992.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo:Saraiva, 2007.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. São Paulo:RT, 1982.
- CAPEZ, Fernando e outros. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo:Saraiva, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo:Saraiva, 1989.

- FRANCO, Alberto Silva & STOCO, Rui (coord.). *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial:doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. rev/atual/ampl. São Paulo:RT, vol. 2, 2004.
- GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo:Malheiros, 2003.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6ª ed. São Paulo:Saraiva, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O Ministério Público na reparação do dano às vítimas do crime. In: *Revista da fundação escola superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios*. Brasília, 2 (4), jul./set., 1994.
- \_\_\_\_\_. e outros. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 6ª ed. rev/atual/ampl. São Paulo:Forense Universitária, 1999.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6ª ed. atual/ampl. São Paulo:Saraiva, 1995.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo:Saraiva, 1989.
- Manual de atuação funcional dos promotores de justiça do Estado de São Paulo*. Associação Paulista do Ministério Público. São Paulo:1999.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao ministério público*. 2ª ed. rev/ampl/atual. São Paulo:Saraiva, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade:aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo:Saraiva, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade*. São Paulo:C.Bastos Instituto brasileiro de direito constitucional, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2ª ed. São Paulo:Saraiva, 1998.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 7ª ed. São Paulo:Atlas, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo:Saraiva, 2005.

- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo:Saraiva. 1988.
- NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 25ª ed. São Paulo:Saraiva,1998.
- NUNES, Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro:Forense, 1943.
- PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 6ª ed. rev/Atual. Rio de Janeiro:Impetrus, 2007.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade:conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo:RT, 1999.
- RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis:vício e sanção*. São Paulo:Saraiva, 1994.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22ª ed. Saraiva:São Paulo, 1995.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual*. 12ª ed. São Paulo:Saraiva, vol 1, 1998.
- SARAIVA, Wellington Cabral. Ação civil ex delicto:legitimidade ativa do Ministério Público. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 86, 741, 484-501, jul. 1997.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 20ª ed., rev/Atual. São Paulo:Cortez. 1996.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. rev/ampl/Atual. São Paulo:Malheiros. 1998.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo:Malheiros, 2001.
- SILVA JÚNIOR, Euclides Ferreira da. *Curso de direito processual penal*. São Paulo:Oliveira Mendes, 1997.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4ª ed. São Paulo:Saraiva, 1999.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 17ª ed. rev/Atual. São Paulo:Malheiros, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 24<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro:Forense, vol. 1, 1998.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte:Del Rey, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo:RT, 2001.