

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999

nº 71 jan./mar. 2019

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Luiza Torezani
Coordenação-Geral

Aginaldo Alves
Controle Administrativo

Rebeca Aismini
Coordenação de Editoração

Carolinne de Oliveira
Estagiária

Cristina Siqueira
Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção

Anderson da Rocha
Catarina Ribeiro
Luiz Otávio Maia
Estagiários

Davi Kaptzki
Projeto Gráfico

Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa

*A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
As reproduções fotográficas utilizadas na capa e no miolo pertencem ao acervo do Museu Histórico Nacional / IBRAM / Ministério da Cultura. As pinturas são de autoria de Carlos Oswald e fazem parte da sala Jenny Dreyfuss do Museu Histórico Nacional, no Rio de Janeiro.
A composição dos órgãos e das entidades constante nas páginas 5, 6 e 7 é a referente ao último dia do trimestre abrangido por esta revista.*

Tiragem: 3000 exemplares | Circulação Nacional
Pede-se permuta | *On demande l'échange* | *We ask for exchange*

Redação e Administração

Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080
Telefones/Fax (21) 2219-3370 e (21) 2219-3371
www.mprj.mp.br | e-mail: revista@mprj.mp.br

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. - Vol. 1, nº 1 (jan./jun. 1995)-. - Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995 - v. ; 23 cm

Trimestral

1995-2018 (1 - 70)
2019 (71,

ISSN 1413-3873

1. Direito - Periódicos. I. Rio de Janeiro (Estado). Ministério Público.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

José Eduardo Ciotola Gussem
Procurador-Geral de Justiça

Eduardo da Silva Lima Neto
Subprocurador-Geral de Justiça de Administração

Fernanda Moreira Jorgensen
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos
Cíveis e Institucionais

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

Ricardo Ribeiro Martins
Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Criminais e de Direitos Humanos

Marfan Martins Vieira
Subprocurador-Geral de Justiça de Relações
Institucionais e Defesa de Prerrogativas

Dimitrius Viveiros Gonçalves
Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Décio Luiz Alonso Gomes
Subcoordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral do Ministério Público

Rita de Cássia Araújo de Faria
Subcorregedora-Geral

Ana Cintia Lazary Serour
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Membros natos

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Dalva Pieri Nunes
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho
Fernando Chaves da Costa
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Márcio Klang
Marfan Martins Vieira
Sérgio Bastos Vianna de Souza
José Maria Leoni Lopes de Oliveira

Membros eleitos

Fátima Maria Ferreira Melo
Dirce Ribeiro de Abreu
Maria da Conceição Lopes de Souza Santos
Márcia Alvares Pires Rodrigues
Patrícia Silveira da Rosa
Joel Tovil
Katia Aguiar Marques Selles Porto
Marlon Oberst Cordovil
Ângela Maria Silveira dos Santos
Cláudio Henrique da Cruz Viana

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Walberto Fernandes de Lima
Marcelo Daltro Leite
Anna Maria Di Masi
Lílian Moreira Pinho

Pelos Promotores de Justiça

Dennis Aceti Brasil Ferreira
Galdino Augusto Coelho Bordallo
Viviane Tavares Henriques
Vera Regina de Almeida

**Associação do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

Ertulei Laureano Matos
Presidente

• • •

**Caixa de Assistência do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

Eduardo da Silva Lima Neto
Diretor-Presidente

• • •

**Fundação Escola Superior do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

Georgea Marcovecchio Guerra
Diretor-Presidente

• • •

**Centro dos Procuradores de Justiça do Estado
do Rio de Janeiro**

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

EDITORIAL

A primeira edição do ano de 2019 da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro incursiona por diversas discussões jurídicas em voga na atual conjuntura social do nosso País. Busca-se, com isso, contribuir para o aprimoramento profissional e cultural dos membros e servidores da Instituição, dos operadores do direito e público em geral, bem como servir de instrumento para o fomento de projetos de pesquisa que contribuam para a compreensão do papel constitucional do Ministério Público em um Estado social e democrático de direito.

Renomados membros do Ministério Público colaboram com esta edição, presenteando-nos com temas de inegável complexidade e importância, tais como: procedimentos relativos aos processos de competência do tribunal do júri; a Emenda Constitucional nº 6, que modifica o sistema de previdência social afeto aos trabalhadores dos setores privado e público; a interface entre os modelos de tutela coletiva, a dimensão individual das demandas coletivas e as ações pseudoindividuais e individuais; liberdade, cidadania e corrupção; revisão criminal; a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário na implantação de políticas públicas; consenso processual penal; além do denso ensaio filosófico intitulado *Direito, Potência e as dificuldades do conceito agambeniano de vida nua*, de autoria do Promotor de Justiça Rogério Pacheco Alves.

No campo da pesquisa, Fábio Lucena de Araújo escreve sobre a evolução tecnológica e o surgimento de novos crimes cibernéticos. Nathália Moreira Nunes de Souza, servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, analisa a destituição do poder familiar à luz dos princípios do direito das famílias.

No observatório jurídico, o constitucionalista Jorge Miranda apresenta um ensaio sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa; a Desembargadora Mônica Maria Costa Di Piero trata da abrangência da Lei nº 11.101/2005, no tocante aos créditos ilíquidos; e o tributarista Ives Gandra aborda a problemática da carga burocrática e da carga tributária.

A prática cotidiana dos membros do Ministério Público, como não poderia ser diferente, é retratada pelas seletas peças e manifestações processuais destacadas para esta edição.

As personalidades em destaque na seção “Memória Institucional” são o Procurador de Justiça Sérgio Andréa Ferreira e a Procuradora de Justiça Déa Araújo de Azeredo, que deixaram, na entrevista realizada, suas impressões sobre a atuação ministerial e a criação de órgãos de execução ao longo do tempo.

Cerceamento de defesa, ilegitimidade ativa *ad causam* de membros do Ministério Público de Contas para atuar perante o Poder Judiciário e homicídio na direção de veículo automotor, sob a influência de álcool, são os assuntos trazidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Do Superior Tribunal de Justiça, trazemos

temas como violência doméstica e familiar contra a mulher, procedimento criminal junto ao Juizado do Torcedor e Grandes Eventos do Rio de Janeiro e intervenção de terceiros em ação civil pública de improbidade administrativa.

Por fim, lembramos que nossa Revista conta com duas versões: uma eletrônica e outra impressa, o que possibilita maior dinâmica e facilidade de acesso, contribuindo para incrementar a democratização do saber.

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

Marcellus Polastri Lima – <i>In memoriam</i>	17
A Revisão Criminal: Antigas e Novas Questões Relevantes <i>Marcellus Polastri Lima</i> <i>Mariana Soares de Rezende</i>	19
A Clemência no Tribunal do Júri no Brasil <i>Diogo Erthal Alves da Costa</i>	49
A Proposta de Reforma da Previdência de 2019: o que se Diz e o que Realmente É <i>Emerson Garcia</i>	77
Aspectos Jurídicos no Combate e Prevenção ao <i>Ransomware</i> <i>Fábio Lucena de Araújo</i>	93
A Interface entre os Modelos de Tutela Coletiva, a Dimensão Individual das Demandas Coletivas e as Ações Pseudoindividuais e Individuais com Efeitos Coletivos <i>Fabício Rocha Bastos</i>	119
Juízo Arbitral – Inconstitucionalidade do Artigo 136-A da LSA <i>Jorge Lobo</i>	149
A Lei É a Causa da Corrupção? <i>Luiz Fabião Guasque</i>	171
A Responsabilização por Improbidade Administrativa por Omissão na Efetivação de Políticas Públicas <i>Michelle Bruno Ribeiro</i>	185
A Destituição do Poder Familiar à Luz dos Princípios do Direito das Famílias <i>Nathália Moreira Nunes de Souza</i>	197
O Consenso Processual Penal Analisado a partir de Hipóteses Negociais Colombianas <i>Rodrigo da Silva Brandalise</i>	223
Direito, Potência e as Dificuldades do Conceito Agambeniano de Vida Nua <i>Rogério Pacheco Alves</i>	239

Observatório Jurídico

Carga Burocrática e Carga Tributária <i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	259
A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa <i>Jorge Miranda</i>	261
Dos Créditos Ilíquidos na Lei nº 11.101/2005 <i>Mônica Maria Costa Di Piero</i>	265

Peças Processuais

Pareceres

Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. *Habeas Corpus*. 3ª Procuradoria de Justiça da Infância e da Juventude Infracional. Ato infracional análogo à conduta do artigo 354 do Código Penal. Pretensão defensiva ao trancamento do processo por atipicidade. Pertinência do *writ*. Figura delitiva com previsão de crime próprio, cuja prática está adstrita a quem ostente a condição jurídica de preso. Hipótese que não contempla adolescente. Ilegalidade pela submissão de adolescente à ação socioeducativa pelo crime do artigo 354 do CP. Parecer pela concessão da ordem. *Dennis Aceti B. Ferreira* 271

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento Institucional. Relatório conclusivo da Comissão Especial para Estudo sobre o Redimensionamento das Centrais de Inquéritos e das Promotorias de Justiça de Investigação Penal. *Leila Machado Costa*
Clisângera Ferreira Gonçalves 275

Peças

Peça Processual. Ação de Improbidade Administrativa. Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania Núcleo Niterói. Demanda ajuizada em face da gestão do Prefeito Municipal de Niterói, por irregularidades praticadas no curso de processo licitatório que culminou na celebração de dois contratos de concessão de serviço público de transporte de passageiros por ônibus. *Leonardo Cuña de Souza* 319

Peça Processual. Réplica. 5ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital. Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público, tendo como causa de pedir ilegalidade da cláusula contratual que estabelece taxa de administração em dobro pelos serviços de administração condominial no último mês de cada ano, sem qualquer justificativa plausível, em evidente prática abusiva. *Pedro Rubim Borges Fortes* 351

Memória Institucional – Personalidades

Nota Introdutória 379

Déa Araújo de Azeredo & Sérgio de Andréa Ferreira: Ministério Público: Muito Além da Acusação 381

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.025.694 / Rio de Janeiro. Agravante condenado a 8 anos, juntamente com outros 2 corréus, todos policiais, como incurso no crime de sequestro (art. 159 do CP). Alegação de

cerceamento de defesa na não observação pelo juízo de primeiro grau da aplicação dos arts. 402 e 184 do CPP, levando a ofensa ao art. 5º, LV e LVII do texto constitucional. Segunda Turma, 04.02.2019 413

Habeas Corpus nº 124.687 / Mato Grosso do Sul. *Habeas Corpus*. Homicídio na direção de veículo automotor, sob influência de álcool. Desclassificação. Nulidade da pronúncia. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Primeira Turma, 29.05.2018 423

Jurisprudência Cível

Agravo Regimental na Reclamação nº 24.156 / Distrito Federal. Ajuizamento, perante o Supremo Tribunal Federal, por membros do Ministério Público Especial junto aos Tribunais de Contas. Impugnação a ato da Secretaria de Estado da Casa Civil do Governo do Estado de Goiás. Ausência de legitimidade ativa *ad causam*. Reclamação não conhecida. Segunda Turma, 24.10.2017 431

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Recurso Especial nº 1.727.501 / Rio de Janeiro (2018/0046510-5). Juizado do Torcedor e Grandes Eventos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Artigo 340 do Código Penal. Comunicação falsa do crime de roubo qualificado. Provocação da autoridade policial. Tipicidade. Sexta Turma. 26.06.2018 439

Recurso Especial nº 1.643.051 / Mato Grosso do Sul (2016/0325967-4). Recurso submetido ao rito dos repetitivos (art. 1.036 do CPC, c/c o art. 256, *i*, do RISTJ). Violência doméstica e familiar contra a mulher. Danos morais. Indenização mínima. Art. 397, IV, do CPP. Pedido necessário. Produção de prova específica dispensável. Dano *in re ipsa*. Fixação consoante prudente arbítrio do juízo. Terceira Seção, 28.02.2018 463

Jurisprudência Cível

Recurso Especial nº 1.804.572 / São Paulo (2019/0041304-2). Processual Civil e Administrativo. Ofensa aos arts. 489, §1º, inciso VI, e 1.022 do CPC/2015 não demonstrada. Ação civil pública de improbidade administrativa. Intervenção de terceiros. Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Assistência. Intervenção negada. Ausência de relação jurídica a ser afetada pelo resultado da demanda. Segunda Turma, 14.05.2019 497

Noticiário

Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro empossa novos membros 513

Eduardo Gussem é reconduzido ao cargo de Procurador-Geral de Justiça do MP RJ... 515

Discurso do Procurador-Geral de Justiça na cerimônia de recondução 517

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 523



Detalhe da imagem da capa

Doutrina





MARCELLUS POLASTRI LIMA

In memoriam

Marcellus Polastri foi um grande jurista brasileiro, autor de inúmeras obras e artigos de inegável relevância e, acima de tudo, membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Ingressou na Instituição em 1987, no cargo de Promotor de Justiça, sempre dedicado à seara criminal. Em 2001, foi promovido ao cargo de Procurador de Justiça e durante 10 anos foi examinador titular da disciplina Processo Penal no concurso de ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público. Em 2011, foi agraciado com o Colar do Mérito.

Digno dos mais elevados enaltecimentos, era doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Foi professor-doutor da Universidade Federal do Espírito Santo e professor da Pós-Graduação em Ciências Penais do Instituto de Educação e Pesquisa do MPRJ; foi, ainda, pesquisador visitante no Instituto de Ciências Criminais do Departamento de Direito Penal, Estrangeiro e Internacional da Universidade de Göttingen, na Alemanha, e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

A Revisão Criminal: Antigas e Novas Questões Relevantes

Marcellus Polastri Lima*

Mariana Soares de Rezende**

Sumário

1. Introdução. 2. Natureza. 3. Competência. 4. Legitimidade. 5. Efeito Suspensivo. 6. Precedentes e Revisão Criminal – O CPC de 2015 e a Sua Aplicação Subsidiária. 7. A Execução Provisória da Pena e a Revisão Criminal. 8. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo analisa a impugnação processual penal denominada de revisão criminal. Depois de analisar sua natureza, competência e legitimidade, pontos em que permanecem as já antigas lições da doutrina de processo penal, salvo quanto à questão da competência para decisões dos juizados especiais criminais, passa a ser analisado tema específico ainda não pacificado, como é caso da possibilidade de se obter efeito suspensivo do cumprimento da pena imposta ao acusado. Em seguida, o estudo passa a abordar novos temas que podem gerar indagações, como é a possibilidade da revisão criminal com o surgimento de um novo precedente, já que essa fonte do direito foi adotada pelo CPC/2015 e, por fim, uma situação que gera perplexidade, criada pelo recente precedente do STF que passou a admitir a execução provisória da pena quando interposto recurso excepcional, o que faz com que o acusado já possa estar cumprindo a pena e, mesmo assim, ficar impedido de propor a revisão criminal quando estiver de posse de prova nova.

Palavras-chave: Revisão Criminal. Efeito Suspensivo. Precedentes. Supremo Tribunal Federal. Execução Provisória.

1. Introdução

Ao proferir uma decisão, o julgador, como ser humano que é, por variados motivos, não está livre de prolatar injusta ou errônea decisão. Na esfera criminal, em

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisador visitante em Processo Penal Comparado no Instituto de Ciências Criminais do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional na *Georg-August Universität* de Göttingen, Alemanha. Professor-Doutor da Universidade Federal do Espírito Santo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

** Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio.

virtude dos gravames que acarretam a condenação, a sentença penal condenatória ou absolutória imprópria¹, *após findo o processo*², poderá, a qualquer tempo, ser desconstituída por meio da revisão criminal.

A origem da revisão criminal se deu no Código de Instrução Criminal francês de 1806 e, no Brasil, no início do Império, vigoravam as Ordenações Filipinas³ e, assim, os *processos findos* podiam ser impugnados pela *revista*, que era prevista na legislação portuguesa. Sobrevindo a Constituição Imperial de 1824, também foi prevista a *revista* no seu art. 164, sendo que a competência para julgamento era do então Supremo Tribunal de Justiça, e daí passou a ser tradição no Brasil a previsão da Revisão Criminal (mesmo quando era chamada de *revista*) nas Constituições, constituindo-se em uma garantia constitucional.

Na lei de 18.09.1828, também foi disciplinada a *revista* e, em seu artigo 9º, se previu que “nas causas criminais poderá ser apresentada, não só enquanto durar a pena, mas ainda mesmo depois de executadas as sentenças, quando os punidos quiserem mostrar sua inocência, alegando que não lhes foi possível fazê-lo antes”⁴.

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância (lei de 29.11.1832) só tratou da *revista* em poucos artigos, já que sua competência era da segunda instância, mas, na primeira reforma do Código, em 1841 (Lei nº 1.261 de 03.12), foram mencionadas as hipóteses de seu cabimento.

Mas, foi na República que, no direito brasileiro, a impugnação recebeu o nome de *revisão*, ou seja, no Decreto nº 847, de 11 de novembro de 1890, e depois foi mantida a denominação pela Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894⁵.

A primeira Constituição Republicana (de 24.02.1891) previu a revisão criminal e fixou a competência do Supremo Tribunal Federal (art. 59, III) e, de igual modo, a mesma foi mantida na Constituição Federal de 1934.

¹ O STJ já reconheceu que, da sentença absolutória imprópria, ou seja, aquela que absolve, mas impõe medida de segurança, também cabe revisão criminal: “é admitida a revisão criminal para atacar sentença absolutória imprópria, que é aquela em que o juiz reconhece o injusto penal (tipicidade e antijuridicidade, afasta o crime em virtude da existência de alguma causa excludente de culpabilidade e aplica medida de segurança, visando ao tratamento do réu” – art. 386, parágrafo único, III, CPP (STJ, REsp nº 329346).

² A expressão é diversa do “trânsito em julgado” para se propor a rescisória no cível, mas a doutrina a equipara ao trânsito em julgado, pois, conforme Gustavo Badaró: “[...] a revisão criminal só é possível se houver *sentença condenatória transitada em julgado*. Embora o art. 621, *caput*, do CPP, se refira a ‘processo findo’, o que permitiria incluir as sentenças terminativas, a revisão criminal só é possível no caso de sentença condenatória transitada em julgado. O art. 625, §1º, exige que o requerimento seja instruído com a *certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória*” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. São Paulo: RT, 2016, p.436).

³ Assim estabeleceu o Decreto da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império, de 20.10.1823, que, em seu art. 1º, determinava que as Ordenações, as Leis, os Regimentos, os Alvarás, os Decretos e as Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, pelas quais se governava até a retirada de D. João VI, e todas as legislações que foram promulgadas pelo Regente do Brasil Império, ficavam vigentes enquanto não se organizasse novo Código.

⁴ Cf. O esboço histórico feito na obra de Sérgio de Oliveira Médici (MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000), às p. 111/140, onde demonstra que havia uma separação entre a *revista cível*, recurso a ser interposto em prazo certo, e a *revista crime*, a ser apresentada a qualquer tempo.

⁵ FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. Volume 3, p.183.

Em 1937, no regime ditatorial (Estado Novo), nada se dispôs sobre a revisão criminal, que, assim, passava a ser regulada somente pela legislação ordinária, mas a Constituição de 1946 restabeleceu a garantia do acusado à revisão criminal, cuja competência era do STF e do TFR (arts. 101, IV, e 104, II).

Mesmo a Constituição de 1967, do regime militar, manteve a revisão criminal e a Constituição de 1988, apesar de não a prever entre os direitos e garantias individuais, a prevê quando trata da competência originária do STF, do STJ e TRF⁶.

Na legislação ordinária, atualmente, a revisão está prevista no art. 621 e seguintes do Código de Processo Penal – CPP – de 1941, onde se prevê que poderá ser cabível em “processo findo”, desde que respeitadas suas hipóteses de cabimento. Ademais, no Brasil, a revisão só é cabível *pro reo*⁷, sendo que o art. 626, parágrafo único, deixa claro que, “de qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista”. Esse entendimento é pacificado, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, que advertiu não ter sido previsto pelo ordenamento jurídico a revisão criminal *pro societate*⁸.

Neste liame, o presente estudo propõe investigar além de questões em muitos casos já pacificadas sobre a natureza, o cabimento, a competência e a legitimidade da revisão criminal, aquela relativa à possibilidade de se aferir efeito suspensivo à revisão criminal e, ainda, abordar novas questões desafiadoras, como a possibilidade de se propor a revisão criminal em face de precedente e as dificuldades que advieram com a decisão do STF, que passa a admitir a execução provisória da sentença penal.

2. Natureza

A doutrina define, comumente, a revisão criminal como ação autônoma de impugnação de competência dos tribunais.

Porém, equivocadamente, o instituto está previsto no Capítulo VII, do Título II, que trata dos “recursos em geral”. E essa inserção topológica na codificação processual penal acabou por trazer divergência na doutrina, uma vez que, para uns, a revisão seria um recurso e, para outros, a natureza da mesma seria de ação autônoma de impugnação. Para uma terceira corrente, teria natureza mista de recurso e de ação.

⁶ Arts. 102, I, f; 105, I, e; e art. 1108, I, b, da Constituição Federal de 1988.

⁷ Algumas legislações alienígenas admitem a Revisão *pro societate*, que seria “aquela que tem cabimento quando os erros *in iudicando* ou *in procedendo* ocorrerem em decisão de mérito absolutória transitada formalmente em julgado. Ela tem por objetivo a desconstituição da sentença favorável ao acusado, proferida em desacordo com a lei e/ou com a verdade material dos fatos – a verdade proveniente das provas coligadas lícitamente nos autos –, em prejuízo da sociedade e da própria justiça”. (CERONI, Carlos Roberto Barros. *Revisão Criminal: características, consequências e abrangência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.24). Admitem, por exemplo, mesmo sendo as hipóteses mais restritas, a legislação alemã (StPO, §362) e portuguesa (CPP, art. 499, letras a e b).

⁸ “INCOMPETÊNCIA. SENTENÇA. TRÂNSITO EM JULGADO. A sentença absolutória transitada em julgado, mesmo que emanada de juízo absolutamente incompetente, não pode ser descartada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos (*ne bis in idem*). Embora nula, essa sentença pode tornar definitiva a absolvição do acusado, porque tem por consequência a proibição da *reformatio in pejus*. Note-se que o ordenamento jurídico pátrio não previu a revisão criminal ‘*pro societate*’, o que impõe, no caso, o acatamento à coisa julgada material como forma de se garantir as necessárias segurança e estabilidade jurídicas. (STF: HC nº 80.263/SP, DJ 27/6/2003).”

Mas, tem prevalecido na doutrina que a mesma tem a natureza de ação penal de conhecimento de caráter desconstitutivo (ou constitutivo negativo).

Sobre a questão, Pontes de Miranda⁹ já vaticinava que:

[...] o que caracteriza o recurso é ser impugnativo dentro da mesma relação jurídica processual em que ocorreu a decisão judicial que se impugna. A ação rescisória e a revisão criminal não são recursos; são ações contra sentenças, portanto, remédios jurídicos processuais com que se instaura outra relação jurídica processual.

Defendendo a hipótese de revisão como ação autônoma de impugnação, aduz Eugênio Pacelli, de forma abrangente, que:

A ação de revisão criminal tem precisamente este destino: permitir que a decisão condenatória passada em julgado possa ser novamente questionada, seja a partir de novas provas, seja a partir da atualização da interpretação do direito pelos tribunais, seja, por fim, pela possibilidade de não ter sido prestada, no julgamento anterior, a melhor jurisdição¹⁰.

Para Magalhães Noronha, entretanto, seria mista a natureza jurídica da revisão criminal, uma vez que se trataria de um “recurso de natureza toda peculiar e *sui generis*”.¹¹

Fato é que, quando da propositura da revisão criminal, instaura-se uma nova relação jurídica, que tem por finalidade desfazer os efeitos da sentença condenatória – ou mesmo absolutória imprópria – que transitou em julgado. Não há, portanto, dilação procedimental. Neste sentido, um dos autores deste artigo, já se posicionou: “Apesar de a revisão criminal possuir as características de ação, não há dúvida de que tem algo de recurso, mas para nós, predomina a natureza de ação, mormente porque se instaura outra relação processual, não havendo prorrogação da primeira¹².”

Também, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes defendem ser a revisão criminal:

[...] Induvidosamente, ação autônoma impugnativa da sentença passada em julgado, de competência originária dos tribunais. A relação processual atinente à ação condenatória já se encerrou e

⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 172.

¹⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.914.

¹¹ NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p.504.

¹² LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p.1234.

pela via da revisão instaura-se nova relação processual, visando a desconstituir a sentença (juízo rescindente ou revidente) e a substituí-la por outra (juízo rescisório ou revisório).¹³

É, por outro lado, ação constitutiva, pois tem por objetivo a revisão do julgado, *criando nova situação jurídica*, consoante se vê da lição de Rogério Lauria Tucci:

Trata-se, outrossim, de ação – ação de conhecimento de caráter constitutivo –, destinada, precipuamente, a desconstituir a condenação imposta em sentença de que já não caiba mais recurso, vale dizer, uma autêntica ação rescisória penal, assim por nós definida: ação adequada ao reexame da causa penal finalizada com sentença condenatória, a fim de, no interesse da justiça, reparar-se um erro judiciário.¹⁴

Tomando partido sobre a questão, o projeto do novo Código de Processo Penal (em tramitação no Congresso) localiza o instituto no Livro IV, classificando-o como Ação de Impugnação, juntamente com o Mandado de Segurança e com o *Habeas Corpus*.

Para nós, não há dúvida de que a revisão criminal se trata de ação autônoma de impugnação e que pode ser proposta a qualquer tempo, ou sem limite temporal para tanto, ao contrário do que ocorre na ação rescisória, conforme se extrai do art. 621 do CPP.

3. Competência

A revisão criminal ação, cuja competência será sempre originária dos Tribunais, ou seja, originariamente a competência para seu julgamento é do segundo grau de jurisdição ou do Tribunal Superior, conforme o caso. Sua finalidade é a desconstituição das sentenças ou dos acórdãos condenatórios, desde que *findo o processo* (art. 621 do CPP)¹⁵.

O Tribunal de segundo grau é o competente também para julgar revisões criminais das decisões proferidas pelos seus juízes singulares (em primeiro grau), que estejam findos, na forma do art. 621 do CPP.

Assim, tendo o Tribunal de segundo grau prolatado acórdão que substitui a anterior decisão (sentença) do primeiro grau, caberá ao Tribunal apreciar revisão criminal e, por outro lado, incumbe ao STF e ao STJ o processo e o julgamento das ações de revisão quanto às condenações por eles proferidas, sendo que o requisito necessário para que a competência seja do Tribunal Superior é que dele tenha advindo

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no processo penal*. 6ª edição. São Paulo: RT, 2009, p.239.

¹⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Habeas corpus, ação e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p.70-71.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Aúrea Maria Ferraz de. *Revisão criminal: não suspende a execução da pena*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100921200708273>. Acesso em: 16.06.2017.

a condenação¹⁶ ou a absolvição imprópria, mesmo que seja essa mantida, ou mesmo seja ratificada a decisão condenatória ou de aplicação de medida de segurança do Tribunal de segundo grau ou decisão exarada por Tribunal Superior, conforme o caso. Desta forma, em recurso excepcional, se esse não for conhecido pelo Tribunal Superior e, em consequência, não for analisado o mérito daquele recurso, não haverá condenação ou confirmação da condenação ou absolvição imprópria por aquele Tribunal e, assim, não será ele o competente para a análise da revisão criminal, salvo se para não conhecer do recurso se adentrou de alguma forma na apreciação de mérito, como é comum ocorrer nas hipóteses das letras *a* dos arts. 102, III, e 105, III, da CF.

Nos demais casos, de condenações de primeiro e segundo graus, a competência será dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, segundo o disposto no art. 624, §§ 2º e 3º, do CPP, incluídos os Tribunais Regionais Eleitorais¹⁷.

Questão importante a ser observada quanto à competência da *revisão* é em relação às hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo.

Quanto ao cabimento, Sérgio de Oliveira Médici nos explica que:

A Constituição Federal de 1988, no art. 98, I, institui juizados especiais, com competência para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. A indicação destas infrações e as regras processuais, entretanto, foram estabelecidas pela Lei Federal nº 9.099, de 26.09.1995, que não admite, expressamente, ação rescisória nas causas cíveis sujeitas ao seu procedimento especial (art. 59).¹⁸

Assim, a própria Lei nº 9.099/95 deixou implícita a recepção da competência para exame da revisão criminal pelo Tribunal de Justiça ou TRF's, conforme o caso, ao excluir expressamente somente a rescisória nas pequenas causas civis (art. 59¹⁹) da possibilidade de impugnação, sem semelhante disposição restritiva na parte que trata dos juizados especiais criminais. Em consequência, será cabível, por determinação implícita da lei, a ação de revisão criminal, quanto aos crimes de menor potencial ofensivo.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça – STJ – emitiu decisão que foge à regra de ser a revisão uma *ação autônoma de impugnação de competência originária dos Tribunais*, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 47718/RS, já que esse Tribunal Superior entendeu que a competência para processar e julgar infrações de menor potencial ofensivo, emitidas pelos Juizados Especiais Criminais, em sede de revisão, seria da Turma Recursal. Se não, veja-se:

¹⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.920.

¹⁷ *Idem*, p.921.

¹⁸ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.176-179.

¹⁹ Art. 59 da Lei nº 9.099/95 – Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE TRIBUNAL DE JUSTIÇA E COLÉGIO RECURSAL. REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. AMEAÇA. AÇÃO PENAL QUE TEVE CURSO PERANTE OS JUIZADOS ESPECIAIS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL EXPRESSA PARA A REVISÃO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS. GARANTIA CONSTITUCIONAL. VEDAÇÃO TÃO SOMENTE QUANTO À AÇÃO RESCISÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA REVER O *DECISUM* QUESTIONADO. IMPOSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DE GRUPO DE TURMAS RECURSAIS. UTILIZAÇÃO ANALÓGICA DO CPP. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONVOCAÇÃO DE MAGISTRADOS SUPLENTE A FIM DE EVITAR O JULGAMENTO PELOS MESMOS JUÍZES QUE APRECIARAM A APELAÇÃO. COMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL. 1. Apesar da ausência de expressa previsão legal, mostra-se cabível a revisão criminal no âmbito dos Juizados Especiais, decorrência lógica da garantia constitucional da ampla defesa, notadamente quando a legislação ordinária vedou apenas a ação rescisória, de natureza processual cível. 2. É manifesta a incompetência do Tribunal de Justiça para tomar conhecimento de revisão criminal ajuizada contra *decisum* oriundo dos Juizados Especiais. 3. A falta de previsão legal específica para o processamento da ação revisional perante o Colegiado Recursal não impede seu ajuizamento, cabendo à espécie a utilização subsidiária dos ditames previstos no Código de Processo Penal. 4. Caso a composição da Turma Recursal impossibilite a perfeita obediência aos dispositivos legais atinentes à espécie, mostra-se viável, em tese, a convocação dos magistrados suplentes para tomar parte no julgamento, solucionando-se a controvérsia e, principalmente, resguardando-se o direito do agente de ver julgada sua ação revisional. 5. *Competência da Turma Recursal*. (STJ – CC: 47718 RS 2005/0000421-7, Relatora: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Data de Julgamento: 13/08/2008).

Assim, o Superior Tribunal de Justiça entende ser a Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais o órgão recursal competente para o julgamento e processamento da *revisio*, o que é contraditório e controvertido (e para nós até incabível), uma vez que, como é sabido, esse próprio Tribunal não considera a Turma Recursal dos Juizados Especiais um Tribunal em sentido estrito, até porque o STJ possui entendimento sumulado e taxativo ao vedar o cabimento de recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais (v.g. súmula 203 do STJ²⁰). A justificativa seria de que o texto constitucional, ao tratar das hipóteses de

²⁰ Súmula 203 do Superior Tribunal de Justiça: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

cabimento do recurso especial, no art. 105, inciso III²¹, utiliza-se do termo *Tribunal*, excluindo, desta maneira, esse colegiado do rol dos “Tribunais”.

Neste sentido, o Magno Texto impõe como requisito para o cabimento do recurso especial que a decisão a ser recorrida tenha sido proferida por um Tribunal, enquanto que, para o caso de Recurso Extraordinário, tal não seria necessário, conforme art. 102, III, da Constituição Federal, que não restringe que a decisão a ser apreciada no recurso extraordinário seja proferida por Tribunal.

Mas, de forma ambígua e contraditória, o mesmo STJ parece estender o caráter de *Tribunal* à Turma Recursal quando se trata de revisões criminais, entendendo que esse órgão colegiado composto de juízes de primeiro grau, e que não é considerado *Tribunal* para efeito de Recurso Especial, seria o órgão competente para o *processamento e o julgamento* da revisão.

Tal postura fere o princípio de que a ação de revisão seria de competência originária dos Tribunais e, por outro lado, a permanecer esse entendimento, teria que se admitir, também, pelo Superior Tribunal de Justiça, a competência para o exame das impugnações de decisões da Turma Recursal através de recurso especial. Ou a Turma Recursal tem a natureza de *Tribunal*, ou não. Não se compreende poder se entender que não é *Tribunal* para fins de recurso especial, mas ser *Tribunal* para fins de revisão criminal.

4. Legitimidade

Quanto à legitimidade para propor a ação de revisão criminal, versa o art. 623 do Código de Processo Penal: “Art. 623 – A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.”

Sobre o tema, em primeiro lugar, dois pontos chamam a atenção: a capacidade postulatória do réu sem que seja através de advogado e a ausência do Ministério Público no rol de legitimados.

No que diz respeito à primeira situação, vislumbra-se o choque entre normas constitucionais, já que a defesa da liberdade, expressa no art. 5º, *caput*, do texto Constitucional, e o amplo acesso à Justiça, previsto no inciso XXXV do mesmo dispositivo, prevaleceriam em relação ao princípio da indispensabilidade de advogado (art. 133 da CF). Neste sentido, poderia o réu, mesmo sem advogado constituído ou dativo, figurar legitimamente no polo ativo da ação de revisão criminal.

O problema a ser enfrentado refere-se à questão da fundamentação vinculada às hipóteses de cabimento da revisão. É que para a proposição da ação revisional, se fica adstrito às hipóteses de cabimento, cuja apreciação envolve um necessário

²¹ Constituição Federal, art. 105, III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida.

conhecimento técnico, que não é dominado pelo réu ou mesmo seu familiar (sucessor em caso de morte), caso não sejam advogados, pois são questões afetas ao direito e desconhecidas pelo público leigo. Assim, ao contrário do *habeas corpus*, no qual também a legitimidade é estendida para o próprio paciente, na revisão criminal a fundamentação é mais vinculada, exigindo maior capacidade técnica e formalidades para a proposição da ação. Portanto, em regra, o condenado (ou absolvido impropriamente) na ação penal não possui capacidade técnica para valer-se desta ação autônoma de impugnação, diante de uma fundamentação vinculada.

Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover²² leciona:

A melhor solução consiste em buscar um ponto de equilíbrio entre os valores constitucionais em jogo: pensamos que ao condenado deve ser assegurada a capacidade postulatória para requerer a revisão. Após o que, o tribunal competente nomeará defensor dativo para que este, com seus conhecimentos técnicos, deduza juridicamente a pretensão. Com isso, estarão assegurados tanto o exercício direto da ação ao condenado, como também seu direito à correta formulação do pedido.

Destarte, o condenado poderia propor a revisão, mas devendo ser feita a nomeação de um defensor, capaz de representá-lo tecnicamente, caso evidentemente o condenado ou seu sucessor não seja também advogado. Inclusive, é esta a disciplina do Projeto do novo Código de Processo Penal – Projeto de Lei nº 8045/2010, que versa em seu art. 657, parágrafo único: “Art. 657 – (...) Parágrafo único. No caso de revisão proposta pelo próprio condenado, ser-lhe-á nomeado defensor.”

Quanto à questão da legitimidade do Ministério Público para propor a revisão, evidentemente, inexistindo no nosso direito a revisão *pro societate*, tal legitimidade se restringiria à propositura em favor do réu e, nessa hipótese, a melhor doutrina entende pela possibilidade, já que o *Parquet* é parte legítima, pois a ele compete zelar pela defesa da ordem jurídica, conforme previsão do art. 127, da Carta Magna.²³

Neste sentido, observam os Tribunais pátrios, v.g.:

Revisão Criminal. Tráfico de Drogas. Nulidade. Inexistência. Desclassificação para uso – *O Ministério Público é parte legítima para propor revisão criminal, posto que, conforme a Constituição da*

²² GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. com a reforma do Judiciário (em. nº 45/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.314.

²³ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

República, deve funcionar como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. – O Juiz pode proferir sentença condenatória, mesmo quando o representante ministerial opina pela absolvição. Encontrado o agente na posse de drogas, não havendo provas seguras do tráfico e sendo ele tido como seu contumaz usuário, impõe-se a desclassificação para o delito de porte para uso de substâncias entorpecentes proibidas. (Revisão Criminal nº 1.0000.05.430638-6/000 – Comarca de Estrela do Sul. – Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Desª Jane Silva, julgado em 13.11.2006)

Ada Pellegrini Grinover aduz ainda que “a omissão da lei explica-se pelo fato de o Código rotular a revisão entre os recursos, tendo o Ministério Público ampla legitimidade para recorrer (art. 577)”²⁴. Ou seja, se o legislador entendeu (mesmo que de forma equivocada) que a revisão criminal é um recurso, localizando-a no tópico respectivo, não haveria motivo para se reiterar a legitimidade do Ministério Público, uma vez que este possui ampla recorribilidade, pautada no art. 577 do CPP.

Em contraponto, o Supremo já entendeu que o Ministério Público não é parte legítima para propor a *revisio*. Se não, veja-se:

REVISÃO CRIMINAL – LEGITIMIDADE. O Estado-acusador, ou seja, o Ministério Público, não tem legitimidade para formalizar a revisão criminal, pouco importando haver emprestado ao pedido o rótulo de *habeas corpus*, presente o fato de a sentença já ter transitado em julgado há mais de quatro anos da impetração e a circunstância de haver-se arguido a competência da Justiça Federal, e MO da Justiça Estadual, sendo requerente o Procurador da República (RHC nº 80796, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 29/05/2001).

Desta forma, no que se refere à legitimidade do *Parquet* para a propositura da revisão criminal, inobstante a maior parte da doutrina e dos Tribunais entenderem pela legitimidade, não foi este o entendimento da Suprema Corte brasileira no julgado referido. Entendemos, sem qualquer dúvida, que a melhor posição é aquela que é majoritária na doutrina, ou seja, a que possibilita a propositura em favor do réu, já que nada impede que o Ministério Público, como fiscal da lei, nesse caso, proponha a revisão criminal.

Por fim, a parte final do art. 623 estabelece que a revisão criminal pode ser interposta “[...] no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.315.

Conforme Sérgio Demoro Hamilton, “na doutrina, usa-se a feliz expressão *reabilitação da memória* para indicar a ação proposta quando já ocorrido o óbito do réu”.²⁵

Havendo a morte do condenado, tornam-se partes legítimas para propor a revisão o cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão e, segundo Badaró, “trata-se de legitimação concorrente não preferencial, sendo inaplicável a regra do art. 36”.²⁶ Mas, se a morte se der depois do condenado já ter adentrado com a revisão, o Tribunal deverá nomear *curador* para que se prossiga com a revisão, conforme o art. 631 do CPP²⁷.

Arrematando, a legitimidade passiva é do Estado, no caso representado pelo Ministério Público, que deve contestar a revisão, se for o caso, pois é evidente que, como *custos legis*, pode concordar com o pedido de revisão. O Estado é responsável também por indenização por erro judiciário, mas o Tribunal Criminal não pode fixar o valor da indenização, pois a ele só cabe reconhecer ser o caso de indenização e não fixá-la, uma vez que esta será fixada através de liquidação no cível, na forma do art. 630 do CPP.

5. Efeito Suspensivo

Conforme já definiu o Supremo Tribunal Federal, efeito suspensivo é a suspensão dos efeitos da decisão de um juiz ou tribunal, até que o tribunal tome a decisão final sobre um recurso²⁸.

Em regra, a doutrina sustenta que a revisão criminal não possui efeito suspensivo, consoante se vê de Luiz Flávio Gomes e Áurea Maria Ferraz de Sousa:

Se a revisão criminal pode ser ajuizada antes ou depois de extinta a pena e se ela dá origem a uma nova relação jurídica processual, é certo que, se ajuizada durante o período de cumprimento de pena, ela não tem o condão de suspendê-lo. Em outras palavras, havendo cerceamento de liberdade em razão de cumprimento de pena, uma vez ajuizada revisão criminal, ela não produz o efeito de suspender essa execução de pena a ponto de pôr em liberdade o sentenciado, simplesmente porque ela pressupõe uma decisão com trânsito em julgado.²⁹

²⁵ HAMILTON, Sérgio Demoro. *As ações de impugnação no projeto de Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, jan./mar., 2012, p.139.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. São Paulo: RT, 2016, p.456.

²⁷ Segundo, ainda, Badaró, não cabe a revisão póstuma, interposta por um sucessor para simplesmente se obter o reconhecimento de aplicação de pena excessiva para o fim de redução da mesma, já que faltaria “interesse em se propor a revisão criminal, se de tal decisão não advirá nenhuma repercussão penal direta” (obra citada, p.455).

²⁸ Efeito suspensivo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=145>>. Acesso em: 25 de junho de 2016.

²⁹ GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Revisão criminal*: não suspende a execução da pena. Disponível em: <<http://www3.lfg.com.br/>>. Acesso em: 16.06.2017.

Neste sentido, a revisão criminal não teria o condão de suspender o cumprimento da pena.

Porém, Guilherme de Souza Nucci acena com a possibilidade, mas recomenda que a decisão favorável à liberdade do acusado durante o curso da revisão criminal deve ser excepcional, tal como pode ocorrer em “casos teratológicos de erros judiciais”.³⁰

Para esta corrente, assim, a possibilidade do efeito suspensivo fica na pendência de exame de presença da teratologia. Mas, o que ocorre é que não existe um conceito sobre a chamada *teratologia*, já que essa depende do exame do caso em concreto e, conforme Flávio Cheim Jorge, “[...] nada se sabe e nada se construiu cientificamente para a compreensão do que venha a ser uma decisão teratológica” e complementa com a afirmativa de que o que temos a respeito é o que é definido por dicionários jurídicos, onde geralmente consta como algo monstruoso, aberrante ou extraordinário³¹.

Mas, o certo é que, nos casos de teratologia, a propositura da revisão criminal poderia resultar, excepcionalmente, na suspensão do curso da sanção penal e o STF já se pronunciou pela possibilidade de suspensão nesse caso:

Habeas corpus. Penal e processual penal. Decisão de Ministro do Superior Tribunal de Justiça indeferitória de liminar em revisão criminal. Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do CP. Peculiaridades do caso concreto. Possibilidade de suspensão da execução da pena para aguardar o julgamento da ação revisional em liberdade. 1. Decisão indeferitória de liminar requerida em revisão criminal, na qual se busca aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 16 do Código Penal, segundo o qual, “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”, em virtude de o impetrante ter, antes do recebimento da denúncia, celebrado acordo amigável com a vítima, visando ao ressarcimento da quantia indevidamente apropriada. 2. A jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que “o ajuizamento da ação revisional não suspende a execução da sentença penal condenatória. Assim, não há como deferir a pretensão de o paciente aguardar em liberdade o julgamento” (HC nº 76.650/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 15/12/2000). 3. O caso concreto contém peculiaridades que recomendam a suspensão da execução da pena imposta ao paciente e a permissão para que ele aguarde em liberdade o julgamento da ação revisional. 4. Caso hoje fosse aplicada a redução máxima prevista no

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2007, p.886.

³¹ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015, p.292.

artigo 16 do Código Penal (2/3), daqui a dezesseis dias o paciente terá cumprido integralmente a sua pena. 5. *Habeas corpus* concedido para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da Revisão Criminal nº 1.146/RS, ficando, neste período, suspenso o prazo prescricional da pretensão executória. (STF – Primeira Turma – HC nº 99.918/RS – Rel. Min. Dias Toffoli – DJ 01/12/2009)

Certo é que, em regra, não é possível atribuir-se o efeito suspensivo à revisão. No entanto, como apreciado no acórdão *supra*, podem ocorrer casos específicos em que pode se dar tal efeito, por exemplo, quando com a possibilidade de redução da pena já estaria autorizada de pronto a liberdade do réu ou em outros casos em que a decisão condenatória seja claramente absurda – a depender da peculiaridade de cada caso concreto – e, nesses casos, seria possível a suspensão da execução da pena imposta.

6. Precedentes e Revisão Criminal – O CPC de 2015 e a Sua Aplicação Subsidiária

Já se discutia a possibilidade de se utilizar da jurisprudência mais benéfica para se adequar à hipótese de cabimento da revisão, prevista no inciso I, do art. 621, do CPP, que dispõe que cabe a revisão criminal quando seja *a sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos*.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça adotou a concepção de que o dispositivo faria alusão somente ao texto expresso da lei penal e não à jurisprudência. Se não, veja-se:

O art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, determina que caberá revisão criminal “quando a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei”, o que não pode ser confundido com mudança de orientação jurisprudencial a respeito da interpretação de determinado dispositivo legal. (STJ, RESP nº 706.042 RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 07/11/05).

Assim, para os Tribunais Superiores, a interpretação do dispositivo não abrangeria a mudança de orientação jurisprudencial.

Em sentido oposto, aduz Eugênio Pacelli de Oliveira, defendendo que “a mudança na interpretação do direito é fato de alta relevância e significado”³². Por conseguinte, segundo o autor, se a modificação acerca de determinada interpretação jurisprudencial emanasse do Supremo Tribunal Federal, última instância do Poder Judiciário, deveria, então, ser abrangida pelo tipo.

³² OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.917.

O certo é que antes da adoção do sistema de precedentes como fonte primária do direito pelo CPC/2015, tendo em vista o sistema da *civil law* que era adotado quanto à questão, a razão estava com o STJ. Mas, agora, foi adotado o sistema de precedentes pelo CPC de 2015, dada a influência a respeito do sistema da *common law*, ou seja, a utilização dos precedentes como fonte primária do direito, apesar de isso já ocorrer em países que adotam o sistema da *civil law*.

Mas, frise-se, tal só é possível em se tratando de *precedente* que é agora *norma* e, assim, fonte primária do direito. Mas o mesmo não seria possível com a simples jurisprudência.

Os precedentes podem advir de só uma decisão ou de mais de uma, mas não é a mesma coisa do que a jurisprudência, pois essa é apenas a reiteração de decisões que apontam para uma *tendência* de resultado, ou seja, só é útil para uma melhor apreciação da lei em um caso concreto (por sua boa qualidade), mas não vincula obrigatoriamente casos futuros, enquanto o precedente obrigatoriamente vincula, de forma vertical e horizontal, as decisões futuras. A jurisprudência possui somente valor persuasivo, sendo, no dizer de Hermes Zaneti: “[...] o conjunto de decisões reiteradas do tribunal que, sem força normativa formalmente vinculante, orientam o julgador subsequente em critérios possíveis de decisão, segundo o seu convencimento subjetivo a respeito das razões adotadas.”³³

Mas, como já adiantado, agora passamos a ter uma definição sobre o problema, pois, com o novo CPC, surge uma nova fonte do direito, que são os *precedentes*, como se vê do seu artigo 926, onde se permite a utilização dos precedentes para fins “de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Esse sistema de precedentes como verdadeira *fonte* do direito, evidentemente, também valerá para o processo penal.

A utilização dos precedentes já se dá em outros países de tradição da *civil law*, já que as influências ou a mistura de sistemas já vêm se tornando comum, tanto assim que, mesmo na *common law*, já ocorre a utilização de leis (*statutory law*) e, consoante Hermes Zaneti Jr., existe uma aproximação e influência entre os tradicionais sistemas jurídicos, *verbis*:

Dizer que os juízes do *common law* apenas aplicam precedentes é uma equivocada caricatura do que realmente ocorre nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Igualmente, negar a progressiva e expressiva admissão da força normativa dos precedentes no *civil law* seria deixar de enxergar o óbvio, quer na internalização de uma “presunção a favor dos precedentes”, quer pela crescente legislação que torna vinculatória a observância de precedentes nestes países.³⁴

³³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.98.

³⁴ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.98.

E, segundo o autor, os precedentes “consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”.³⁵

Hoje, portanto, com o Código de Processo Civil de 2015, que se aplica ao Processo Penal, por força do art. 3º desse último diploma³⁶, deverá haver uma vinculação dos casos futuros dos precedentes firmados pelos Tribunais, de forma vertical, ou seja, a “observância obrigatória do precedente por todos os tribunais inferiores que estão submetidos à decisão do tribunal de hierarquia institucional superior”³⁷ e, horizontalmente (o *stare decisis* que assegura a existência de uma estabilidade), deve se ter uma vinculação no próprio tribunal (considerando seus órgãos decisórios) aos próprios precedentes desse tribunal (resultado obtido com o *stare decisis*).

Assim, um precedente irá influenciar as decisões posteriores (*ratio decidendi*), pois para casos similares deve se ter a coerência de julgamentos ou de decisões similares. Já as argumentações secundárias ou paralelas, que não estão na *ratio decidendi*, não irão vincular as decisões posteriores, o que se chama de *obiter dictum*.

De acordo com o artigo 927 do CPC de 2015:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II – os enunciados de súmula vinculante;
- III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Portanto, os precedentes agora no Brasil, segundo Mitidiero, seriam uma fonte primária do direito, dada a sua “força vinculante da interpretação jurisdicional, isto é, da força institucional da jurisdição como função básica do Estado.”³⁸

³⁵ Obra citada, p.304.

³⁶ O art. 3º do Código de Processo Penal autoriza a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito, ou seja, a aplicação subsidiária ou supletiva do CPC.

³⁷ ZANETI JR., obra citada, p.308.

³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.98-99.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 incorporou o sistema de precedentes judiciais, que representa uma mudança de paradigma não só no direito processual civil do país, mas na cultura jurídica brasileira como um todo³⁹, a qual Fredie Didier, Rafael Oliveira e Paula Braga elucidam como as decisões judiciais sustentadas à luz do caso concreto. Seu núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento de casos análogos que surjam posteriormente⁴⁰.

Sendo os precedentes *fontes de direito*, em se tratando de norma processual penal, a aplicação será imediata mesmo para os casos já em andamento, pois, conforme Zaneti, dar-se-á uma aplicação supletiva do novo CPC, *verbis*:

Aplicação supletiva ou complementar ocorre quando uma lei completa a outra, dando-lhe um sentido geral. O novo CPC irá fundar uma série de novos princípios e regras como normas processuais fundamentais [...] Assim, mesmo que o Código de Processo Penal, a legislação eleitoral e o microsistema do processo coletivo não contenham normas sobre precedentes, a regra geral estabelecida no art. 927, que prevê que os juízes e tribunais observarão os precedentes, é aplicável para todos estes sistemas [...] O Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento quanto ao princípio da presunção de inocência. Para a atual composição do tribunal, é possível a execução provisória da pena após o juízo confirmatório da segunda instância. Com esta decisão, o STF retornou ao entendimento que a Corte aplicava até 2009. O Ministro Teori Zavascki afirmou que o princípio da não culpabilidade se exaure no segundo grau, quando acaba o juízo sobre fatos e provas [...] (STF, HC nº 126 292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016). Esta decisão, sendo considerada uma decisão meramente processual, permite sua aplicação como precedente, por força do art. 927, V, CPC, (“art.927. Os juízes e Tribunais observarão [...] V – a orientação do plenário ou do órgão especial ao qual estiverem vinculados”) inclusive com caráter retroativo. Ocorre [...] a partir da publicação do texto do precedente, a sua aplicação imediata. Isso porque no processo penal *tempus regit actum*. Logo, sobrevivendo nova norma, poderá ser requerida sua aplicação aos casos em andamento, uma vez que a norma nova incide no curso do processo (arts. 14 e 1.046, CPC 2015). O juiz deve levar os fatos novos em consideração, a lei nova e o precedente novo são fatos novos (art.493, CPC).⁴¹

³⁹ Cf. <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, p.385.

⁴¹ ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria

O mesmo não ocorre com precedentes acerca de normas penais materiais, já que, de acordo, ainda, com Zaneti:

[...] a função legislativa penal deve ser exercida pelo legislador e não pode ser delegada aos juízes e aos tribunais através da edição de tipos penais excessivamente abertos, contendo cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados [...] o direito penal deve ser compreendido como *Magna Charta* do delinquente [...] confiar em precedentes para harmonizar a lei penal é, não somente um equívoco grave, mas um enorme risco para os fundamentos iluministas deste ramo do direito [...] No processo penal, devem ser respeitadas as normas e os vetores de interpretação da irretroatividade *in malam partem* para crimes praticados antes da fixação do precedente (precedente é norma jurídica).⁴²

Mas, ao contrário, quando se tratar de um precedente penal *in bonam partem*, ou mais benéfico, poderá se dar a retroatividade e, assim, como norma jurídica que é, poderá autorizar a interposição da ação de impugnação da revisão criminal a favor do réu.

Neste sentido, também, a conclusão de Zaneti:

[...] caso o precedente seja favorável ao réu, deve ser aplicado imediatamente, inclusive, possibilitando a revisão criminal com base no art. 621 ("quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos"). Isso porque, uma vez definida norma mais benéfica no direito penal, esta retroage para beneficiar o réu. Assim, no direito brasileiro, mesmo após o trânsito em julgado, caberá revisão criminal, nestes casos⁴³.

Portanto, em se tratando de aplicação de norma penal, se em *malam partem* só poderá ser aplicado em casos futuros (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), não podendo ter efeito vinculante para casos pretéritos, mas, se em *bonam partem*, poderia o precedente ser aplicado para casos passados, retroativamente, ou até já havendo *processo findo*, autorizando-se a revisão criminal.

Porém, o que ocorre é que o STF já fixou ser impossível o conhecimento da revisão criminal, quando fundamentada na aplicação de lei nova mais benigna, sob

penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: CABRAL, Antonio do Passo; PACCELI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. *Processo penal*. Coleção Repercussões do Novo CPC. Coordenação Geral: DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.13, p.461-464.

⁴² Obra citada, p.458-462.

⁴³ Obra citada, p.463.

o fundamento de que esta hipótese seria matéria afeta ao juízo de execução⁴⁴. Existe, inclusive, o enunciado de súmula 611, que versa que “transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”.

Sérgio de Oliveira Médici também sustenta que qualquer lei nova que beneficie o condenado deverá ser apreciada pelo juízo das execuções. O autor afirma que o pedido da aplicação da lei favorável deve ser dirigido, originariamente, ao juízo da execução. Caso haja o indeferimento transitado em julgado deste pedido, “nada impede o requerimento de revisão, com o objetivo de demonstrar que a improcedência do pedido de aplicação da *lex mitior* configura sentença contrária ao texto expresso da lei penal”⁴⁵.

Portanto, é evidente que, em sendo adotado o precedente no processo penal, por interpretação extensiva do processo civil (CPC de 2015), no caso de um precedente que implique tratamento melhor ao réu ou *abolitio criminis*, será possível a aplicação do precedente benéfico ao apenado em processo que tenha trânsito em julgado.

Isso, em sentido lato, nada mais é do que uma “revisão criminal”, pois o julgado transitado em julgado será revisto, mas o caminho previsto em lei é aquele do art. 66, inciso I, da Lei de Execução Penal – LEP, que estabelece ser competência do juízo da execução a aplicação, aos casos já julgados, de lei posterior que de qualquer modo beneficie o condenado⁴⁶.

Assim, na hipótese de um novo precedente mais favorável ao réu, que agora é fonte primária do Direito, mesmo que passe a se amoldar à hipótese do art. 621, I, do CPP, que trata da contrariedade a texto expresso da lei (e que deve se entender agora também como precedente, pois este também é norma), quando houver benefício ao réu em vista de um novo precedente em matéria de direito penal, em primeiro plano, a hipótese não será resolvida pela revisão criminal, do mesmo modo que uma lei nova mais benéfica ao condenado não é, já que a resolução se dá diretamente via o juízo da execução penal.

De outra parte, é de se considerar que há uma diferença de uma nova lei (cujo mandamento é claro) e um novo precedente, pois este se dá a partir do *overruling*, ou seja, da superação da *ratio decidendi* originária, sendo firmada uma nova tese sobre a matéria. É necessário, assim, o exame das razões de decidir o que demanda atenção mais detida e complexa.

⁴⁴ EMENTA: – REVISÃO CRIMINAL. FATO NOVO: LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. SÚMULA 611 DO STF. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENIGNA: JUÍZO DAS EXECUÇÕES. A hipótese de aplicação de lei nova mais benigna não figura no elenco do artigo 621 do Código de Processo. Cuida-se de matéria afeta ao juízo de execução, à vista do que dispõem os incisos I-a e III do artigo 66 da lei de execuções penais. Aplicação do verbete 611 da súmula de jurisprudência do STF. Revisão criminal não conhecida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revisão Criminal nº 5010/SP*, de 11 de novembro de 1994. Severino Souza e Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1994. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RvC%24%2ESCLA%2E+E+5010%2ENUM%2E%29+OU+%28RvC%2EACMS%2E+ADJ2+5010%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yc2jzkaq>>. Acesso em: 06 ago. 2018).

⁴⁵ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.186-187.

⁴⁶ Art. 66 do CPP: Compete ao Juiz da execução: “I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado”.

Uma coisa é se aplicar uma lei nova, outra é ter o juízo da execução que apreciar uma nova interpretação de razões de decidir, ou seja, fundamentos de uma decisão que, em muitos casos, em juízos colegiados não é unânime, o que pode ser complexo e resultar em não ser obtida a pretensão do réu pela via do pedido ao juiz da execução penal e, nesta hipótese, ainda não havendo eventual recurso a alterar a decisão do juízo da execução penal, não há dúvidas da possibilidade de incidência da ação revisional, já que presente uma decisão que contraria um precedente firmado que beneficie o réu. A norma mais benéfica oriunda do precedente tem que retroagir.

Assim, ante uma negativa do juiz da execução e mesmo em casos mais complexos, poderá ser admitida a revisão criminal, com fundamento do artigo 621, I, do CPP.

Pensamos que a questão é muito nova e que o caminho a ser seguido seria a futura modificação legislativa do inciso I do art. 621, do CPP, para abranger também a hipótese do precedente novo mais benéfico ao réu. Assim, se ficaria com as duas vias, a do juízo da execução, que é mais célere, e a da revisão para casos mais complexos com detido exame da *ratio decidendi*.

7. A Execução Provisória da Pena e a Revisão Criminal

Apesar de, originalmente, o CPP não dar efeito suspensivo aos recursos excepcionais, a partir de 2009 começou a se firmar a jurisprudência do STF no sentido de se permitir tal efeito suspensivo⁴⁷. Porém, em 17.02.2016, o Pleno do STF julgou o HC nº 126.292, que discutia a legitimidade de decisão do TJ/SP, que, após confirmar a condenação do primeiro grau, determinou, em consequência, o início da execução provisória da pena e, assim, por maioria (7 votos a 4), mudou sua orientação a respeito, formando o *precedente* de que é possível a execução provisória da pena depois de decisão condenatória em segunda instância.

O relator do processo foi o ministro Teori Zavaski e seu voto condutor foi no sentido da mudança da jurisprudência (consolidada a partir de 2009), afirmando a impossibilidade de se conceder efeito suspensivo a recurso excepcional, no que foi seguido pela maioria. Argumentou o Ministro Gilmar Mendes naquele julgamento:

[...] Seja porque a presunção de inocência é um direito com âmbito de proteção normativo, passível de conformação pela legislação ordinária, seja porque a garantia da ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias, tenho que o entendimento do STF merece ser revisitado.

⁴⁷ A partir de 2009, firmou-se a tendência em se considerar como derogada a possibilidade de se dar efeito suspensivo no recurso excepcional (apesar de o CPP no seu art.637 o vedar, prevendo existir somente o efeito devolutivo), por se entender não ter sido o art. 637 recebido pela Constituição de 1988 e, assim, não seria possível a vedação do efeito suspensivo e, consequentemente, não ser possível a imediata execução da pena (mesmo provisoriamente).

Assim, a nova orientação do STF considera que não se deve reconhecer o efeito suspensivo e impõe a possibilidade da execução provisória da pena imposta em segundo grau, quando interposto o recurso excepcional.

Mas, a questão merece ser examinada com mais profundidade, seja pela doutrina e mesmo pelo STF, tendo em vista o sistema adotado no Brasil acerca dos recursos excepcionais, do qual resulta a natureza dessas impugnações (recursos extraordinário e especial), pois esta mudança de posicionamento pelo STF se traduz ao menos em uma incoerência. Entre nós, os recursos excepcionais são *recursos*, ao contrário de outros países, como Portugal, por exemplo, onde, apesar de existir o *recurso extraordinário*, esse é, na verdade, uma *ação rescisória* ou uma *revisão criminal*, conforme a área do direito, ou seja, uma *verdadeira ação de impugnação*. Assim, em Portugal e em outros países, *após o trânsito em julgado do segundo grau*, já existe a execução penal. Em outras palavras, para que se possa interpor o *recurso extraordinário* português, é necessário que se dê o *trânsito em julgado*, enquanto nos nossos recursos excepcionais (extraordinário e especial), ao contrário, se exige que não se dê a preclusão, *inexistindo, assim, trânsito em julgado*, pois a questão federal, ao menos no que tange ao direito objetivo, ainda fica na pendência, em caso da interposição recursal excepcional, de exame pelo Tribunal Superior a respeito: *portanto, a decisão “a quo” não transita em julgado*.

Tais meios de impugnação são oriundos do sistema da *common law*⁴⁸, especialmente do direito americano e, na forma que foram assumidos no Brasil, esteja certa ou errada tal opção brasileira, *impedem a preclusão e, conseqüentemente, o trânsito em julgado material de determinada relação processual*.⁴⁹

Portanto, com a decisão do STF, se abandona a tradicional opção brasileira, aproximando-se, nessa matéria, da legislação de alguns países europeus, como é o

⁴⁸ Barbosa Moreira, fazendo um esboço histórico, salienta que o recurso extraordinário “é instituto de origem norte-americana [...] Foi o *Judiciary Act* de 1789 que permitiu a revisão pela Corte Suprema de decisões finais dos mais altos tribunais dos Estados, mediante *writ of error*, em diversas hipóteses relacionadas com a constitucionalidade de leis e com a legitimidade de normas estaduais, bem como de títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Constituição, dos tratados e das leis da União.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. 5, p.580/582).

⁴⁹ Na verdade, como dispõe Barbosa Moreira, a diferenciação é histórica e reside entre as diferenças de sistemas: “A distinção entre recursos ordinários e recursos extraordinários, a que alude à parte final do art. 467 (antigo CPC), é nítida e importante em alguns sistemas jurídicos: por exemplo, no português, onde, a vista de textos expressos (Código de Processo Civil, arts. 676 e 677), os recursos chamados extraordinários se diferenciam com toda a clareza dos ordinários pelo fato de que a interdisponibilidade de qualquer destes últimos impede o trânsito em julgado, ao passo que a decisão já se considera passada em julgado mesmo que ainda suscetível de impugnação por algum dos primeiros. [...] Diversa é a sistemática do ordenamento brasileiro, no qual a mencionada distinção não tem relevância teórica nem prática. Merece ela, em nossa opinião, ser arquivada para todo o sempre, além do mais, pelos equívocos que é capaz de gerar, e de fato tem gerado, mercê da constante e notável flutuação dos critérios doutrinariamente sugeridos para fundá-la. A rigor, não existe entre nós uma classe de recursos a que se possa aplicar, segundo critério preciso do ponto de vista científico e útil do ângulo prático, a denominação genérica de extraordinários. Há, sim, um recurso a que (sem qualquer preocupação de ordem dogmática) se acertou de dar esse nome, assim como há outro (a rigor, um conjunto heterogêneo de figuras recursais) que a vigente Carta Federal rotula de ordinário (arts. 102, nº II, e 105, nº II)”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. 5, p. 579/583)

caso de Portugal. Porém, isso não poderia se dar de maneira tão simples, ou seja, apenas através de fixação de um precedente, pois, para que se fizesse essa *guinada*, teríamos que rever toda a doutrina e a legislação a respeito, inclusive a constitucional, pois nessa se prevê se tratar a impugnação excepcional de um recurso e, como tal, com sua interposição se prorroga a relação processual e, assim, incabível seria a execução provisória da penal.⁵⁰

Após esse julgamento, a comunidade jurídica esperava uma mudança de posição do STF, já que alguns ministros continuavam decidindo, monocraticamente, em sentido contrário e a questão, assim, não estava pacificada.

Porém, em 05 de outubro de 2016, ao apreciar pedidos liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nºs 43 e 44, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) voltou a examinar a questão e, também por maioria, entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu as liminares⁵¹. Em 1º de setembro, o relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, já tinha votado no sentido da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, concedendo a cautelar pleiteada, mas, com a retomada do julgamento na sessão de 05.10.2016, por apertada maioria (um voto), prevaleceu o entendimento de que a norma do art. 283 do CPP não veda o início do cumprimento da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias.

Em que pesem os argumentos da maioria, pensamos que, dada a natureza recursal e não de ações de impugnação dos chamados recursos especial e extraordinário, com a interposição dos mesmos, se impede a preclusão e a coisa julgada e, assim, qualquer execução que se faça antes é uma execução provisória da pena, o que deve ser repudiado, principalmente no processo penal.

O meio adequado para se mudar a natureza dos recursos excepcionais seria através da via legislativa (ordinária e constitucional), transformando-se tais *recursos* em

⁵⁰ Eis a ementa do julgado: “17/02//2016 – PLENÁRIO – *HABEAS CORPUS* Nº 126.292/SÃO PAULO. RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI. PACTE(S): MARCIO RODRIGUES DANTAS. IMPTE(S): MARIA CLAUDIA DE SEIXAS. COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. 2. *Habeas corpus* denegado.”

⁵¹ Nas ADCs, o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os autores das ações, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, mudando o posicionamento fixado no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 126292, acórdão que teria ferido princípio constitucional da presunção de inocência, e não teriam apreciado o que é disposto no artigo 283 do CPP, que seria contraditório com a decisão.

ações de impugnação. Se tal fosse feito, não teríamos que aferir incidência ou não de lesão ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, simplesmente porque, se assim previsto na Constituição e na lei infraconstitucional, já se daria o trânsito em julgado com a decisão de segundo grau ou até mesmo de decisões de tribunais que julgam em competência originária agentes que detêm prerrogativa de função (parlamentares, juízes, promotores etc.)⁵².

Mas, o certo é que agora temos um precedente a respeito e, ratificando que a decisão se tornou um precedente, por maioria, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 964246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Tribunal deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias⁵³. O ministro Teori Zavascki se manifestou pela existência de repercussão geral na matéria e, no mérito, pelo desprovimento do recurso, com reafirmação da jurisprudência do Supremo, fixando a tese de que *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*. A manifestação do relator, pelo reconhecimento da repercussão geral, foi seguida por unanimidade no Plenário Virtual. O mérito foi decidido diretamente no mesmo sistema, por tratar-se de reafirmação da jurisprudência consolidada no STF, mas, o entendimento, nesse ponto, foi firmado por maioria, vencidos os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. A ministra Rosa Weber não se manifestou.

Fato é que, já em relação ao tema do presente estudo, vislumbramos uma contradição que terá de ser resolvida. É que, se após a condenação, sobrevier uma nulidade ou uma nova prova e tendo o STF fixado o precedente que a questão

⁵² No caso de competência originária ou de prerrogativa de função, o agente é julgado diretamente pelo Tribunal competente para julgamento e, assim, não teríamos o duplo grau de jurisdição e, portanto, nesse caso, segundo a decisão do STF, os condenados já poderiam ser presos em uma execução provisória. Isso se dá porque o art. 637 do CPP não distingue, ou seja, em qualquer hipótese, seja em duplo grau, ou não, o recurso excepcional não terá efeito suspensivo.

⁵³ No sentido de que a decisão é um precedente, a doutrina de Hermes Zanetti: “O Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento quanto ao princípio da presunção de inocência. Para a atual composição do tribunal, é possível a execução provisória da pena após o juízo confirmatório da segunda instância. Com esta decisão, o STF retornou ao entendimento que a Corte aplicava até 2009. O Ministro Teori Zavascki afirmou que o princípio da não culpabilidade se exaure no segundo grau, quando acaba o juízo sobre fatos e provas [...] (STF, HC nº 126 292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016). Esta decisão, sendo considerada uma decisão meramente processual, permite sua aplicação como precedente, por força do art. 927, V, CPC (art.927. Os juízes e Tribunais observarão [...] V - a orientação do plenário ou do órgão especial ao qual estiverem vinculados’). inclusive com caráter retroativo. Ocorre [...], a partir da publicação do texto do precedente, a sua aplicação imediata. Isso porque no processo penal *tempus regit actum*” (ZANETTI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: CABRAL, Antonio do Passo; PACCELI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. *Processo penal*. Coleção Repercussões do Novo CPC.Coordenação Geral: DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.13, p.461-464).

probatória já fica resolvida com a decisão de segundo grau, uma vez que, depois disso, *já não mais teria possibilidade de se verificar prova*⁵⁴ e, estando autorizada a execução provisória da pena, passaríamos a ter uma situação esdrúxula: *o réu não pode adentrar com a revisão criminal, mesmo que de posse de uma prova nova que demonstre sua inocência, caso tenha impugnado a decisão de segundo grau mediante recuso excepcional, enquanto já estaria suportando os efeitos da condenação, pois já se começou a executar a pena contra o mesmo, mesmo que provisoriamente.*

É que, segundo o precedente do STF, o exame da situação probatória ou fática no processo já estaria julgado e só estaria pendente, com o recurso excepcional, a análise de questão objetiva acerca de matéria infraconstitucional (recurso especial) ou constitucional (recurso extraordinário), pois, segundo ainda os fundamentos do precedente, *a matéria fática e probatória do processo já estaria preclusa.* Entretanto, *contraditoriamente, tecnicamente, não se teria ainda um trânsito em julgado para autorizar a revisão da condenação.* Mas, na prática, ainda de forma contraditória, *o processo quanto aos elementos probatórios, já estaria findo.*

Essa é uma questão a ser discutida, ou seja, é mais um paradoxo que foi criado com a decisão do STF, pois, se em caso de nulidade evidente se poderá propor *habeas corpus*, por outro lado, esse remédio heroico *não é cabível para exame de prova nova.* Assim, com a nova posição do STF que adota a execução provisória da pena, sem que haja o trânsito em julgado, *o réu, absurdamente, teria que aguardar anos* esperando o deslinde do seu recurso excepcional para poder apresentar revisão criminal ou, para propor a ação revisional, ser obrigado a *desistir* do recurso excepcional interposto, quando obtivesse uma prova nova que pudesse gerar sua absolvição ou diminuição da pena⁵⁵, *mesmo considerando o STF estar o processo findo ou tendo ocorrido a*

⁵⁴ Na decisão proferida pelo Tribunal Pleno no HC nº 126.292/SP, em que se reconheceu a possibilidade de execução provisória de provimento condenatório sujeito a recursos excepcionais, parte da premissa segundo a qual, nas palavras do eminente Ministro Teori Zavascki, é *“no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado.”* E o Ministro Edson Fachin, no mesmo julgamento, e reiterando a posição no HABEAS CORPUS nº 133.387, afirma que: [...] *“Da leitura que faço dos artigos 102 e 105 da Constituição da República, igualmente não depreendo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça terem sido concebidos, na estrutura recursal ali prevista, para revisar injustiças do caso concreto. O caso concreto tem, para sua escorreita solução, um Juízo monocrático e um Colegiado, este formado por pelo menos três magistrados em estágio adiantado de suas carreiras, os quais, em grau de recurso, devem reexaminar juízos equivocados e sanar injustiças. O revolvimento da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve estar ao alcance das Cortes Superiores, que podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão. As instâncias ordinárias, portanto, são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes.”* Em razão disso, fixou-se a tese no sentido de que: *“A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.”* [...]

⁵⁵ Ora, o recurso excepcional não é sede para se examinar prova nova e examinar pedido revisional, já que segundo os próprios fundamentos do precedente do STF para reconhecer a possibilidade de se executar provisoriamente a condenação, o exame da matéria fática e probatória já está exaurido com a decisão de segundo grau, pois conforme o Ministro Edson Fachin, em seu voto no julgamento dos pedidos liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nos 43 e 44: “[...] É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras,

preclusão quanto à matéria probatória, o que é um despropósito, pois o réu já estaria, provisoriamente, tendo executada a sua pena.

No que diz respeito ao Tribunal do Júri, a questão é ainda mais tormentosa, já tendo a 1ª Turma do STF admitido a execução provisória da pena, inclusive após o julgamento popular *em primeiro grau*, independentemente de interposição de recurso para o segundo grau⁵⁶.

Não seria de se estranhar que surja entendimento sustentando como solução a possibilidade da interposição da revisão criminal nos casos de confirmação da condenação em segundo grau e já interposto o recurso excepcional, sob o argumento de que, em relação à matéria probatória, já teríamos a preclusão e, assim *um processo findo* na área criminal e, como acentuam os próprios fundamentos do julgado precedente, *só se tornaria possível a modificação da análise probatória, via revisão criminal*⁵⁷.

com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, §2º, da Lei nº 8.038/1990”.

⁵⁶ Em julgamento na 1ª Turma do STF, prevaleceu o voto divergente do ministro Luís Roberto Barroso, julgou que “a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade” (HC nº 118.770, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 07/03/2017). Para o ministro Barroso:

“[...] a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/1988, artigo 5º, XXXVIII, c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/1988, artigos 5º, *caput*, e LXXVIII, e 144). Assim, interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas”.

⁵⁷ Lenio Streck, conforme notícia o site Conjur, pensa ser possível: se a condenação em segunda instância é o suficiente para formação de culpa e para afastar a presunção de inocência, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal em 2016, o mesmo deve valer para se admitir a análise de revisão criminal. Está é a opinião do jurista Lenio Streck em parecer usado pela defesa de uma mulher condenada por lavagem de dinheiro, na esteira das investigações do conhecido assalto ao Banco Central em Fortaleza, em 2005. Em 2012, a pena da mulher foi reduzida a 10 anos e 8 meses de prisão pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sediado no Recife, e os recursos extraordinário e especial foram rejeitados pela vice-presidência da corte. Contra essas decisões, a defesa interpôs agravos, que aguardam julgamento. A revisão criminal é possível em três situações: quando a sentença contrariar o texto da lei penal ou as provas apresentadas; quando a condenação for baseada em depoimentos, em exames ou em documentos comprovadamente falsos; quando, após a sentença, forem descobertas novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que permita a redução da pena. “O Supremo Tribunal Federal relativizou o princípio da presunção de inocência. Isto é um fato. Portanto, discordando ou não, é preciso atentar para os efeitos colaterais dessa exegese. Ou seja, é impossível introduzir manobra de tal magnitude no sistema sem que se façam os reajustes necessários. É preciso ser coerente inclusive no âmbito de eventuais incoerências. E parece-nos que a hipótese da revisão criminal é um desses reajustes”, argumenta Streck. O jurista explica que, já que a condenação em segundo grau permite a prisão do réu, é preciso que ele tenha direito a recursos compatíveis com sua nova condição. Isso porque, continua, o Estado não pode exigir que o cidadão desista dos recursos nas instâncias superiores para que possa ajuizar a revisão criminal. “Atendidos os pressupostos do artigo 621 do Código de Processo Penal, não se pode impedir o condenado de buscar o reexame de seu processo – por meio da revisão criminal –, porque, para o Estado juiz-acusação, o segundo grau já constitui elemento suficiente, de mérito,

Mas essa solução radical⁵⁸ iria de encontro a toda construção histórica da revisão criminal, bem como a doutrina sobre a mesma, pois sempre se considerou que, para que se possa interpor a ação de revisão, seria necessária a ocorrência do trânsito em julgado, mas aqueles que defendessem tal solução poderiam argumentar que já se teria um processo *findo* (equiparável à coisa julgada para a matéria probatória) no caso de uma decisão de segundo grau que fosse impugnada por recurso excepcional e, com isso, se autorizaria a propositura da revisão criminal nesse caso, mesmo estando pendente de julgamento o recurso excepcional.

A origem do fundamento desta imaginada corrente, que gera perplexidade, estaria no próprio precedente fixado pelo STF, pois, como reconheceu o Ministro Teori, Relator do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 964246, que teve repercussão geral reconhecida, *"ressalvada a via da revisão criminal, é nas instâncias ordinárias que se esgota a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado"* Isso porque, ainda segundo o relator, os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, por não se prestarem ao debate de matéria fático-probatória. Assim, conforme o ministro, com o julgamento da segunda instância se exaure a análise da matéria envolvendo os fatos da causa.

Entretanto, apesar de o artigo 621 do CPP só exigir "processo findo" para autorizar a propositura da revisão criminal, e não o trânsito em julgado como se faz na rescisória cível, é certo que a expressão desde a origem do instituto sempre foi equiparada à coisa julgada, ou seja, sempre se exigiu que já não mais fosse possível qualquer recurso, e isso desde as Ordenações Filipinas, antes de termos normas brasileiras a respeito e, no Brasil, desde a lei de 18.09.1828, que dispunha, em seu art. 9º, ser a *revista* possível "não só enquanto durar a pena, mas ainda mesmo depois de executadas as sentenças, quando os punidos quiserem mostrar sua inocência, alegando que não lhes foi possível fazê-lo antes"⁵⁹.

Assim, seria temerário se entender o contrário, até porque, antes da coisa julgada, haveria, inclusive, um sério problema de competência, pois, se o recurso excepcional já está para ser examinado no Tribunal Superior, esse só poderia conhecer de matéria de direito objetivo ou questão federal, e seria um despropósito que, concomitantemente, se instaurasse uma revisão criminal no Tribunal de segundo grau.

ao cumprimento da pena. Em outras palavras: o Estado-juiz acusação passou a entender que o Segundo Grau esgota o mérito. Sendo isso verdadeiro, e neste momento é assim que entende o STF, então o uso do único remédio para desconstituir o acórdão condenatório é a revisão criminal", conclui. (Cf. Os dois lado da Moeda-Prisão antecipada permitiria revisão criminal antes do trânsito em julgado, *in*: <<http://www.conjur.com.br/ago-13/prisao-antecipada-permitira-revisao-criminal-antes-fim-acao>>. Acesso: em 13.08.2017).

⁵⁸ Mas aqueles que assim defendessem, a prevalecer o entendimento da 1ª Turma do STF, que depois do julgamento que resultou em condenação pelo Tribunal do Júri já poderia se dar a execução provisória da pena, não poderiam sustentar ser cabível a revisão nessa hipótese, pois ainda seria possível o reexame no segundo grau e só nesse caso se esgotariam as vias ordinárias e passaria a ser possível o recurso excepcional.

⁵⁹ Cf. O esboço histórico de Sérgio de Oliveira Médici, na sua obra *Revisão Criminal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, às p.111/140, onde se demonstra que, para a revisão criminal, durante toda a nossa história sempre se fez necessário o trânsito em julgado da decisão e que este era o sentido da expressão *processo findo*.

Melhor solução seria se aceitar o cabimento de *habeas corpus* para o fim de exame de prova nova quando fosse o caso de execução provisória da pena, pois, apesar de esta possibilidade ser rechaçada pela doutrina e pela jurisprudência em casos normais, o certo é que, desde a Constituição Republicana de 1891⁶⁰, da forma que foi previsto, o *habeas corpus* nunca teve um cabimento restrito para a coação da liberdade de locomoção do indivíduo⁶¹ e, assim, em um caso extraordinário, como este provocado pelo precedente do STF, poderia ser utilizado o *writ*. Justamente por ter o *habeas corpus* um espectro muito amplo, o *writ* encontrou um campo fértil para a sua utilização para fazer às vezes de recursos ou de outras ações de impugnação. Por esta razão é que surgiu a chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que fazia com que esse fosse um *remédio* para todas as coações, as ilegalidades e o abuso de poder.⁶²

O certo é que o infeliz precedente do STF traz mais esta incoerência, ou seja, a situação esdrúxula de o acusado já estar cumprindo pena (execução provisória) e não poder se utilizar da ação revisional, no caso de ter interposto recurso excepcional, e a solução para essa hipótese irá gerar dificuldades por se esbarrar em empecilhos jurídicos seja qual for o meio de impugnação que se pense. Mas, a persistir o precedente do STF, deverá ser encontrada uma solução para as hipóteses em que o réu esteja de posse de uma *prova nova* que possa gerar sua absolvição ou diminuição de pena, mas já esteja, efetivamente, cumprindo uma pena mediante execução provisória e impossibilitado de buscar a pronta reapreciação da decisão, o que causará uma evidente injustiça.

8. Conclusão

A falibilidade humana não pode se tornar eterna, imutável e inquestionável. Operadores do Direito são passíveis de cometer erros e injustiças, assim, as decisões condenatórias injustas ou errôneas transitadas em julgado não podem se tornar

⁶⁰ “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.”

⁶¹ Teori Zavascki parece entender que qualquer problema gerado pela execução provisória da pena poderia ser resolvido mediante *habeas corpus*, em seu voto no julgamento pelo Plenário do STF que apreciou as liminares pedidas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nos 43 e 44, quando frisou que: “o que se afirmou, quando no julgamento do HC nº 126.292, foi que a presunção de inocência, encampada pelo art. 5º, LVII, é uma garantia de sentido processualmente dinâmico, cuja intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal, em especial quando tomadas em consideração as características próprias da participação dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que são sobretudo duas: (a) a impossibilidade da revisão de fatos e provas; e (b) a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente mediante *habeas corpus*. Embora a ação de *habeas corpus* não deva ser utilizada para estimular técnicas defensivas per saltum, é inevitável reconhecer que a jurisdição dos Tribunais Superiores em relação a imputações, a condenações e a prisões ilegítimas é, na grande maioria dos casos, ‘antecipada’ pelo conhecimento deste instrumento constitucional de proteção das liberdades, que desfruta de ampla preferencialidade normativa em seu favor, seja constitucional, legal ou regimentalmente. Isso vai a ponto de percebermos que, em qualquer Tribunal, há Câmaras, Seções ou Turmas cuja competência é integralmente (ou quase) dedicada ao julgamento dessa *persona* processual, formando verdadeiros ‘colegiados de garantias’, cujo âmbito de cognição é muito maior do que aquele inerente aos recursos de natureza extraordinária”. Porém, certamente que o saudoso Ministro não cogitou, naquele momento, de apreciação de “prova nova” via *habeas corpus*, pois, evidentemente, a cognição sumária desse *writ* colide com a possibilidade de um profundo exame probatório.

⁶² Evidente que, uma vez se dando o trânsito em julgado com o julgamento do recurso excepcional, mantendo-se a condenação, o *remédio* seria a revisão criminal quando surgisse a prova nova.

imutáveis e inquestionáveis. Essas decisões devem ser combatidas, já que o erro ou a injustiça do caso gera efeitos devastadores para aquele que fora condenado.

Assim, a ação de revisão criminal inaugura nova relação jurídica processual, visando rescindir os efeitos destas decisões condenatórias maculadas, respeitando-se as hipóteses de cabimento, podendo esta ser interposta a qualquer tempo, mesmo após a morte do réu, através de seus sucessores e, extraordinariamente, pode ser detentora de efeito suspensivo quando a peculiaridade do caso concreto demonstrar que a decisão fora aberrante.

Quanto ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da competência das Turmas Recursais para o julgamento de *revisões* provenientes de decisões que envolvam as infrações de menor potencial ofensivo, pensamos que tal posicionamento é notoriamente ambíguo, uma vez que, em regra, a competência para processar e julgar a revisão é de Tribunais. Assim, embora a Turma Recursal represente o segundo grau de jurisdição dos Juizados Especiais, a mesma não é denominada *Tribunal*. E, como já mencionado, o STJ tem posicionamento sumulado no sentido de que é incabível recurso especial das decisões proferidas por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais, uma vez que o texto Constitucional, ao tratar deste recurso excepcional, impõe como requisito que a decisão recorrida seja proferida por Tribunal e o STJ, nesse caso, não reconhece a característica de “Tribunal” às Turmas Recursais, restringindo o acesso dos jurisdicionados àquela Corte em se tratando de recurso especial, dando, assim, contraditório tratamento à revisão criminal, quando, para essa, reconhece ser a Turma Recursal um Tribunal.

Agora, também, com o novo CPC, surge uma nova fonte do direito, que são os *precedentes*, dispondo a nova lei processual civil de 2015, em seu artigo 926, sobre a utilização dos precedentes para fins de *uniformizar a jurisprudência dos Tribunais e mantê-la estável, íntegra e coerente*, sendo certo que tal, igualmente, se aplicará ao processo penal, onde se aplicará, inclusive, aos processos já em andamento. Enquanto na área do direito penal deve ser considerada a irretroatividade *in malam partem* para crimes praticados antes da fixação do precedente, já que o precedente é uma norma jurídica, ao contrário, quando se tratar de um precedente *in bonam partem*, ou mais benéfico, poderá se dar a retroatividade e, assim, como norma jurídica que é, poderá autorizar a interposição da ação de impugnação da revisão criminal a favor do réu.

Assim, em caso de precedente que trata de norma penal, se a interpretação for *in malam partem* só poderá ser aplicada em casos futuros, não podendo ter efeito vinculante para casos pretéritos, mas, se for em *bonam partem*, poderá o precedente ser aplicado para casos passados, retroativamente, ou até em já havendo processo findo, autorizando-se, nesse caso, a revisão criminal.

Por fim, passamos a ter um novo problema a ser resolvido, em razão do precedente do Pleno do STF que considera que a matéria fática e probatória a ser examinada no processo se exaure com o julgamento do segundo grau, autorizando a execução provisória da pena, em caso de interposição de recurso excepcional. Teremos que conviver, assim, com uma situação absurda, pois o réu não pode adentrar com a

revisão criminal, mesmo quando obtiver uma prova nova que demonstre sua inocência ou possa reduzir sua pena, no caso de ter impugnado a decisão de segundo grau mediante recurso excepcional, enquanto, contraditoriamente, já suporta os efeitos da condenação, pois já se começou executar a pena contra o mesmo.

Alguns, apressadamente, poderiam considerar já termos um processo *findo* (equiparável à coisa julgada para a matéria probatória) quando fosse a hipótese de se ter uma decisão de segundo grau que fosse impugnada por recurso excepcional e, com isso, se defender a propositura da revisão criminal, mesmo estando pendente de julgamento o recurso excepcional. É que um dos fundamentos do precedente do STF consiste no argumento de que, com o julgamento da segunda instância, se exaure a análise da matéria envolvendo os fatos da causa, o que significa que já teríamos a preclusão e, assim, um *processo findo* na área criminal e o artigo 621 do CPP só exige para a propositura da revisão criminal que haja um *processo findo*, e não o trânsito em julgado, como ocorre com a rescisória cível.

Porém, essa solução, que gera grande perplexidade, vai de encontro à origem da revisão criminal, não só no Brasil, mas, também, em países estrangeiros, além de ir de encontro à lei que, no art. 625, §1º, do CPP, exige que o requerimento de revisão seja instruído com *a certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória*, se chocando, ademais, com toda a doutrina que equipara a expressão *processo findo* ao efetivo trânsito em julgado.

Outra solução, que poderia ser mais aceitável, seria o cabimento de *habeas corpus* para o fim de exame de prova nova surgida após a condenação, nos casos de execução provisória da pena, até porque esse remédio heroico, na chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, tem um amplo espectro, podendo em casos extremos ser substituto de recursos e ações de impugnação.

O que é certo é que o precedente trazido pelo STF, além de todas as críticas que vem recebendo da doutrina, traz mais este paradoxo e esta situação incontornável e, persistindo o mesmo, deverá ser encontrada uma solução para as hipóteses em que o réu esteja de posse de uma *prova nova* que possa gerar sua absolvição e, de forma injusta e absurda, esteja cumprindo uma pena mediante execução provisória e, por ter impugnado a decisão condenatória com recurso excepcional, ficaria impossibilitado de buscar uma revisão criminal.

Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. São Paulo: RT, 2016.
- CERONI, Carlos Roberto Barros. *Revisão Criminal: características, consequências e abrangência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, volume 3.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Revisão criminal: não suspende a execução da pena*. Disponível em: <<http://www3.lfg.com.br/>>. Acesso em: 16.06.2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Recursos no Processo Penal*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Recursos no Processo Penal*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. com a reforma do Judiciário (em. nº 45/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *As ações de impugnação no projeto de Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público, jan./mar., 2012.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 8ª ed. atual. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

MARQUES, José Frederico. *O júri no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. V.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio. Os dois lado da Moeda-Prisão antecipada permitiria revisão criminal antes do trânsito em julgado, in: <<http://www.conjur.com.br-ago-13/prisao-antecipada-permitira-revisao-criminal-antes-fim-acao>>. Acesso em: 13.08.2017.

TUCCI, Rogério Lauria. *Habeas corpus, ação e processo penal*. São Paulo, 1978.

ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria

processual penal). In: CABRAL, Antonio do Passo; PACCELI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. *Processo penal*. Coleção Repercussões do Novo CPC. Coordenação Geral: DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 13.

_____. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional>>. Acesso em: 08 ago. 2017. (citação 39).

A Clemência no Tribunal do Júri no Brasil

Diogo Erthal Alves da Costa*

“Ser bom é fácil. O difícil é ser justo.”¹

Sumário

1. Introdução. 2. A Organização do Tribunal do Júri no Brasil. 3. Clemência e Estado Democrático de Direito. 3.1. A Clemência e os Princípios Estruturantes do Estado. 3.2. A Especial Exigência de Punição. 3.3. A Clemência e os “Ditames da Justiça”. 3.4. A Clemência e o Perdão. 4. Clemência Justificada? 4.1. Compaixão como Clemência? 4.2. Clemência como Desnecessidade da Pena? 5. Conclusões. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A Constituição Federal Brasileira, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, reconheceu a instituição do júri, assegurando a plenitude de defesa; o sigilo das votações; a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, cabendo à legislação ordinária a sua organização (artigo 5º, XXXVIII).

O procedimento relativo aos processos de competência do tribunal do júri foi regulado pelo Código de Processo Penal brasileiro (CPP – Decreto-lei nº 3.689/41 e posteriores alterações), que dispõe que o conselho de sentença responsável efetivamente pelo julgamento da causa será composto por juízes leigos escolhidos por sorteio, a saber, 07 cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade (artigo 436, *caput*).

Após a instrução em plenário e os debates entre Ministério Público e defesa técnica, o conselho de sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido, devendo responder por meio de voto, de forma sigilosa, a quesitos redigidos “em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão” (CPP, artigo 482, parágrafo único), sem qualquer exposição da fundamentação, que se restringe à íntima convicção de cada julgador.

O mencionado diploma legal estabelece no artigo 483 a ordem em que os quesitos deverão ser formulados, iniciando-se com indagação acerca da existência do fato (materialidade do crime). Resposta negativa implica absolvição. Se positiva, segue-se pergunta quanto à autoria. Da mesma forma, resulta em absolvição a resposta

* Mestrando em Direito Penal e Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa. Especialista em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública pela Faculdade Milton Campos/INASIS. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Victor Hugo.

negativa. Havendo resposta afirmativa, será submetido aos jurados o seguinte quesito: “O jurado absolve o acusado?”

O chamado quesito genérico foi introduzido por alteração legislativa trazida pela Lei nº 11.689/08, que possibilitou a reunião de diversas teses defensivas, que antes eram indagadas separadamente, em uma única pergunta.

Parte substancial da doutrina² e jurisprudência³ brasileiras entendeu que a referida alteração legislativa autorizou a absolvição do réu por clemência, sem qualquer restrição, apesar de não existir previsão legal expressa nesse sentido. O veredicto, fruto do “senso de justiça” dos jurados leigos e revestido de soberania, prevaleceria sobre qualquer tentativa de controle.

Mas há espaço para poder sem limites no Estado Democrático de Direito? A decisão do conselho de sentença, qualquer que seja seu conteúdo, estará em harmonia com a pretensão de justiça inerente ao próprio Direito?

2. A Organização do Tribunal do Júri no Brasil

A clemência não encontra definição legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro. É definida pelos dicionários da língua portuguesa como “virtude que modera o rigor da justiça, perdoadando ofensas e minorando os castigos; bondade, doçura, indulgência”⁴.

Com a prática do delito surge para o Estado o *ius puniendi*, consistente no direito de aplicar, mediante processo judicial prévio, a pena constante do preceito secundário da lei penal⁵. Por meio da clemência, não obstante o reconhecimento da prática de ato típico, ilícito e culpável, o Estado deixa de aplicar ou determina a extinção da pena já aplicada antes do integral cumprimento.

A doutrina aponta diversas manifestações estatais de clemência em institutos positivados, como a anistia, o indulto e o perdão judicial⁶.

No presente estudo, a clemência, considerada como fundamento da absolvição de réu no tribunal do júri, deve ser compreendida como ato judicial

² Nesse sentido, por exemplo, NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 296-303; JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal anotado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 446-459; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal, comentada artigo por artigo*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Método, 2009. p.110-114; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 766-771; RANGEI, Paulo. *Direito processual penal*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 697-702.

³ Nesse sentido, por exemplo, acórdãos proferidos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (acórdão nº 0008183-87.2008.8.19.0029, julgado em 15/08/2017), Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (acórdão nº 0033024-49.2008.8.26.0451, julgado em 31/01/2018) e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (acórdão nº 70074873951, julgado em 11/10/2017).

⁴ <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/clem%C3%Aancia/>. Acesso em: 09/01/2018.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p.20. volume 1.

⁶ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011. p.234-235. Em Portugal, cf. CANOTILHO, Mariana; e PINTO, Ana Luíza. *As medidas de clemência na ordem jurídica portuguesa*, separata de estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

colegiado, pois manifestação do conselho de sentença, de efeitos individuais, já que incide apenas sobre aquele em relação ao qual se formulou o quesito genérico, mediante o qual os jurados, apesar de reconhecerem previamente a prática de ato típico, ilícito e culpável pelo acusado, o absolvem em ato de benevolência que dispensa qualquer motivação específica, impedindo a aplicação de sanção de natureza penal. Investidos na função de julgadores, portanto, representantes do Estado-juiz, os jurados manifestariam imotivada dispensa estatal à punição.

A clemência, neste contexto, não se confunde com os institutos mencionados que também se traduzem como ato de renúncia do Estado à aplicação ou execução de pena. Sendo judicial, se difere da anistia, que não é individual e se insere na competência do Legislativo (art. 48, VIII, da CF), e do indulto, atribuição do Executivo (art. 84, XII, da CF). O perdão judicial, por sua vez, não obstante também ser ato judicial de dispensa de pena, ao contrário da clemência invocada nos tribunais do júri, encontra-se devidamente positivado, tendo o legislador estabelecido as hipóteses restritas de sua aplicação.

A celeuma quanto à possibilidade de absolvição por clemência ganhou músculos com a alteração legislativa que reuniu em um único quesito a indagação acerca de diversas teses defensivas que outrora eram feitas em separado. Nem o referido modelo de quesito genérico nem qualquer diploma legislativo autorizam expressamente a absolvição por clemência no tribunal do júri.

Ilustrando a posição majoritária da doutrina nacional, Guilherme de Souza Nucci⁷ entende que a possibilidade de absolvição por clemência deriva da amplitude de defesa garantida ao acusado e da soberania dos veredictos, o que permite aos jurados leigos julgar o caso como bem entenderem, podendo absolver o acusado por qualquer razão, inclusive clemência. No entanto, o autor assevera que no caso concreto, ainda que a tese defensiva se limite à clemência, o defensor obrigatoriamente deverá apresentar tese subsidiária quando da quesitação genérica sobre a absolvição. Esse não parece ser o melhor entendimento, pois se os jurados pudessem julgar da forma como quisessem, não faria sentido exigir a criação e apresentação de tese subsidiária desprovida de qualquer fundamento, o que poderia, inclusive, fragilizar o poder de convencimento da tese principal.

Prosseguindo na análise do tema, o doutrinador admite, em consonância com a jurisprudência majoritária já mencionada, que a absolvição por mera clemência ensejaria a anulação do julgamento por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos (artigo 593, III, *d*, CPP), mas, como tal recurso só seria manejável uma vez (parágrafo 3º do referido dispositivo), havendo nova absolvição por clemência no plenário subsequente, não seria possível impugnar tal decisão, sendo inatacável a absolvição por mera benevolência*.

⁷ *Tribunal do júri*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 300-301.

⁸ Apesar de não haver qualquer limitação legal à interposição do recurso e da jurisprudência pacífica em sentido contrário (por exemplo, no STF, HC 142621 AgR, Relator Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 15/09/2017, processo eletrônico DJE-222, divulgado em 28/09/2017, publicado em 29/09/2017, no STJ AgRg no REsp 1477395/RN, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em

Importante notar que não se trata de exigência de revisão da decisão ou reexame obrigatório, mas reconhecimento de nulidade da absolvição. Lastrear a possibilidade de clemência em tal fundamento importa admitir que a nulidade reconhecida judicialmente seria sanada apenas por conta de sua repetição em novo julgamento.

A possibilidade ou não de impugnar decisão por meio de recurso não pode ser confundida com sua constitucionalidade. Esta diz respeito à harmonia com as normas constitucionais. A possibilidade de recurso se refere à opção do legislador sobre a criação de meios de revisão do *decisum*. Nesse sentido, por exemplo, há hipóteses de julgamento em foro especial por prerrogativa de função que não permitem o duplo grau de jurisdição. Apesar de não poderem ser impugnadas, não se pode concluir apenas pela inexistência de recurso cabível que qualquer que seja a decisão de mérito ela esteja em harmonia com os ditames constitucionais. O fato de o ordenamento não prever o manejo de recurso contra determinada decisão não lhe confere automaticamente constitucionalidade, apenas impede seja eventual inconstitucionalidade reconhecida por outro órgão.

Além disso, seguindo o raciocínio referido, também seria válida a condenação de alguém evidentemente inocente, pois a defesa, de igual modo, poderia manejar o recurso uma única vez para anular o julgamento. Assim, se a ilegal condenação se confirmasse no segundo plenário do júri, também não haveria qualquer recurso apto a reformá-la⁹. Por certo, tal conclusão não pode ser reputada correta, pois inadmissível a condenação de réu manifestamente inocente, não servindo a soberania dos veredictos como justificativa para tamanha inversão da lógica do sistema penal.

Assim, a impossibilidade de interposição de recurso contra eventual segunda absolvição por clemência, atrelada à redação genérica do quesito, não parecem servir como fundamento coerente e suficiente para admitir-se a absolvição por clemência.

3. Clemência e Estado Democrático de Direito

Importa agora confrontar a interpretação dominante exposta acima acerca da admissibilidade irrestrita da clemência com a Constituição Federal. São conciliáveis? Indo além, mesmo se houvesse expressa disposição legal autorizando a absolvição por clemência, tal possibilidade estaria em harmonia com a Constituição?

A doutrina majoritária no Brasil¹⁰ responde positivamente, lastreando sua conclusão na previsão constitucional de soberania dos veredictos e na plenitude de

15/12/2015, DJe 02/02/2016) há doutrina que advoga a inconstitucionalidade da interposição de recurso pelo Ministério Público contra decisão absolutória alegando manifesta contradição com a prova produzida (Nesse sentido, CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda; e SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 116, set.-out./2015, p. 149-172).

⁹ Anote-se, sobre o tema, os acórdãos do STJ (Resp 1050816/SP) e STF (HC 71878) que ilustram a atual posição jurisprudencial dominante acerca da possibilidade de impugnação da condenação após o trânsito em julgado por revisão criminal, que tem natureza jurídica de ação autônoma (artigo 621 e seguintes do Código de Processo Penal).

¹⁰ Nesse sentido, os doutrinadores já mencionados na nota nº 1, *supra*.

defesa (artigo 5º, XXXVIII, *a* e *c*). Para tal corrente doutrinária, a mencionada soberania é interpretada como total ausência de limites para o poder decisório do jurado.

Historicamente, antes do Estado de Direito, a graça era vista como algo fora do Direito e que prevalecia sobre ele¹¹. O soberano utilizava-se de atos de clemência, com lastro apenas em seu poder ilimitado, sem vinculação obrigatória com qualquer sentido de justiça, o que servia, inclusive, como instrumento político para agradar aos súditos e qualificar o monarca como virtuoso, bom. Ao rei era reconhecido o poder de atuar de forma arbitrária, podendo, assim, punir e perdoar, sem necessidade de justificativa legítima¹².

Com o surgimento do Estado de Direito, consagrado logo no *caput*, do artigo 1º, da Constituição Federal, a clemência, como todas as manifestações estatais, não pode se traduzir em mera arbitrariedade, calcada apenas no poder, mas deve estar em harmonia com o Direito¹³. Conforme lição de J. J. Gomes Canotilho¹⁴, todos os atos dos poderes públicos devem guardar conformidade com a Constituição, obediência a seus parâmetros formais e materiais, seja em manifestações gerais como a elaboração de leis, seja em atos de efeitos concretos.

A proteção e promoção dos direitos do indivíduo são a justificativa legítima da própria existência do Estado. Configuram o limite e o fundamento do poder, devendo o Estado promovê-los e regular o seu exercício, assim como solucionar conflitos advindos da convivência em comunidade¹⁵. A liberdade é a regra, mas o seu exercício ilimitado por todos é inviável, diante do inevitável surgimento de conflitos dos interesses de cada um com os dos outros. Desta forma, indispensável reconhecer que “os direitos fundamentais, mesmo os direitos, liberdades e garantias, não são absolutos nem ilimitados”¹⁶.

Assim, admite-se a restrição das liberdades na medida necessária para permitir a harmônica convivência em sociedade¹⁷. Nas palavras de Schäfer Streck, “a lei é o custo para se viver em sociedade”¹⁸. Nesse sentido, é através do Direito Penal, intervenção mais drástica na esfera de liberdades do cidadão, que o Estado tutela os bens essenciais e mais relevantes da sociedade. Palma leciona que o Estado moderno depende do poder punitivo para garantia de seus fins, assim, as instituições penais “exprimem uma parte essencial do acordo político que justifica a configuração da Sociedade como Estado”¹⁹.

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português – Parte Geral II – As consequências jurídicas do crime*. 1ª edição. Lisboa: Editorial Notícias, 1993. p. 690.

¹² CARVALHO, Américo Alexandrino Taipa de. História do direito da clemência, in: *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*. Lisboa, 2002. p. 111-146.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português – Parte Geral II – As consequências jurídicas do crime*. 1ª edição. Lisboa: Editorial Notícias, 1993. p. 690.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 19 reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 246.

¹⁵ OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*, volume I, 3ª reimpressão da edição de setembro de 2007. Coimbra: Almedina, 2017. p. 486-487.

¹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 263.

¹⁷ Nesse sentido, ilustrativo o dispositivo contido na Constituição Portuguesa ditando que a “lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (artigo 18, 2).

¹⁸ *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p.19.

¹⁹ PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 18.

No entanto, tamanha invasão da esfera de liberdades do cidadão só se legitima quando ultrapassa o filtro do princípio da necessidade da pena, em sua dupla faceta, relacionado à relevância do bem e gravidade da lesão praticada, assim como à inexistência de alternativas de políticas criminais menos agressivas²⁰.

A aplicação de pena, desta feita, é consequência de conclusão positiva acerca de sua inafastável necessidade para tutela de direitos de outrem, não se podendo admitir que no Estado Democrático de Direito tal indispensável instrumento seja repellido por mera arbitrariedade, ato de benevolência vazio de qualquer finalidade justificável perante as razões que legitimam a existência do Estado e, em última análise, do próprio tribunal do júri.

Indo além, se o poder dos jurados não encontrar limites, como advogam os defensores da tese majoritária, ele não poderá, nem mesmo, ser reduzido à clemência. Qualquer argumento, por mais odioso e injusto, permitirá a absolvição do réu. Se a soberania for sinônimo de poder absoluto, o acusado poderá ser absolvido em razão de pleito defensivo racista no sentido de que julgadores brancos devem absolver o réu branco, apesar de culpado, pois a vítima era negra. Ou que julgadores de uma determinada religião devem absolver o réu que professa a mesma fé, apesar de culpado, pois a vítima era seguidora de outra religião.

Mesmo quando o argumento não for explícito, a total falta de controle acerca da concessão de clemência permite que sob a forma de mera liberalidade com o réu se escondam motivos reprováveis e inconciliáveis com o atuar estatal e a solução de controvérsias submetidas ao Judiciário. Pode, na verdade, ocultar outras motivações para a renúncia à pena, como preconceitos, antipatia pela vítima, simpatia pelo réu ou defensor, orientações ideológicas, medo de represálias em caso de condenação etc. Tais motivações inconstitucionais estariam imunes a qualquer controle, afastadas até do debate em contraditório, pois não se pode debater o desconhecido, principalmente subjetividades que não guardam qualquer relação com o fato imputado e o conjunto de evidências. É a razão possível que deve pautar a decisão, pois o julgador “não tem legitimidade para submeter o cidadão à ditadura de suas emoções – de suas aversões, seus preconceitos, de suas misérias”²¹.

O juiz togado não está sempre imune a estes mesmos estímulos, mas seu atuar é limitado pela devida obediência à lei e necessária fundamentação de suas decisões em consonância com o conjunto probatório, existindo ainda, em regra, a possibilidade de revisão por outro órgão por meio do recurso. Se a clemência for admitida como manifestação de poder absoluto, tais limitações não existiriam. Como o voto é secreto e decorrente de íntima convicção, não há exposição das razões e, principalmente, não há qualquer exigência de harmonia com as provas produzidas,

²⁰ Sobre a crise do princípio da necessidade da pena causada pela expansão do Direito Penal ver PALMA, Maria Fernanda. O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade, in: *Revista Julgar*, nº 29, (maio-agosto 2016). Editora Almedina. p. 105-118.

²¹ LÁZARO, Fernando Sánchez. Sobre la irracionalidad de las intuiciones punitivas: hacia unos mayores márgenes de racionalidad decisória, in: PALMA, Maria Fernanda *et al.* (Coords.). *Emoções e Crime: filosofia, ciência, arte e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 55.

tornando o ato insindicável. Note-se que o mesmo não ocorre com a decisão de condenação, pois não obstante a exposição do jurado às mesmas interferências quanto ao seu convencimento, o decreto condenatório não deriva de poder ilimitado, devendo encontrar lastro nas provas produzidas, sob pena de nulidade, nos termos do disposto no artigo 593, inciso III, *d*, do Código de Processo Penal.

3.1. A Clemência e os Princípios Estruturantes do Estado

A imprevisibilidade do resultado do processo feriria de morte, também, a necessária segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito²² (art. 1º, *caput*, CF), pois, como o pronunciamento final do Judiciário seria fruto de puro arbítrio, impossível estabelecer *a priori* qual a consequência jurídica do ato, trazendo insuperáveis prejuízos para a estabilidade social e os fins almejados pelas penas criminais. Ressaltando a ideia de Justiça como segurança jurídica, Arthur Kaufmann²³ adverte que “apenas existe segurança através do direito, quando o próprio direito é seguro”.

Apesar da grande margem de liberdade conferida ao jurado, decorrente da dificuldade de controle sobre o julgamento por ausência de motivação, barreiras mínimas, como a necessidade de que a decisão seja lastreada na prova produzida e que apenas teses defensivas válidas possam embasar a absolvição, podem limitar a subjetividade e o arbítrio, conferindo algum grau de racionalidade ao veredicto.

A total ausência de limites e a concordância com a subjetividade absoluta negam a própria cientificidade do Direito, uma vez que, nas palavras de Kirchmann, “o sentimento nunca e em nenhuma parte é um critério de verdade: é o produto da educação, do costume, da ação, do temperamento, numa palavra, do acaso”²⁴.

A clemência como mero ato de benevolência também encontra óbice no princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal), pois, sendo pura arbitrariedade do jurado, poderia ser concedida a uns e negada a outros, mesmo que em situações iguais. Poderia, por exemplo, beneficiar um acusado e ser negada ao corréu, dando solução diametralmente oposta a duas hipóteses idênticas submetidas ao Judiciário no mesmo processo. Permitiria que na análise de um único crime, não obstante a certeza quanto à prática, houvesse absolvição de um autor e condenação de outro por simples arbítrio estatal²⁵. Levaria a que, como regra, não como exceção, situações idênticas pudessem ser tratadas de forma desigual, sem que ao menos fosse possível conhecer a existência, ou não, da semelhança, dado que, sob o manto da clemência, as reais razões da absolvição, sem qualquer compromisso com a prova produzida, seriam intangíveis.

A clemência só teria lugar depois de evidenciada a prática do crime, assim, não se relaciona com tipicidade, ilicitude e culpabilidade, configurando renúncia à

²² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Direitos fundamentais. Tomo IV, 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 365-376.

²³ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 281-288.

²⁴ *Apud* NEVES, António Castanheira. *Questão de facto questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967. p. 60.

²⁵ Relembre-se de que os quesitos são individuais e separados para cada um dos réus.

sanção. Ao largo das questões de fundo relacionadas à possibilidade de afastar por razões de política criminal a aplicação de pena necessária, que serão tratadas mais à frente, importante ressaltar que apenas a lei, com a generalidade que lhe é inerente, mas desde que dotada da necessária densidade normativa, poderia dispor sobre o tema sem que fosse criada possibilidade franca de prática de arbítrio apto a gerar aplicação odiosamente desigual do Direito²⁶.

Mais que isso, não basta a mera existência formal de lei, necessário que a mesma tenha algum grau de especificação, sob pena de configurar ilegítima omissão do legislador em estabelecer regramento geral de acordo com a política criminal que lhe cabe escolher. Tal cenário acaba por afetar o fundamento democrático da reserva de lei, pois relega à individualidade insindivível do jurado o posicionamento ocasional acerca de tema que deve ser tratado em termos gerais pelo legislador²⁷. Cabe ao legislador ditar a política criminal, dentro das balizas constitucionais.

Justificar o ato de renúncia de pena apenas pelos benefícios proporcionados ao réu, olvidando-se dos fins das penas e sua relevância na proteção de direitos fundamentais dos demais cidadãos, importaria, ademais, em flagrante ofensa ao princípio da proporcionalidade e à proibição de proteção deficiente (artigo 5º, LIV, CF), violação aos deveres de proteção do Estado²⁸, em especial o de garantir o direito à vida e à segurança (artigo 5º, *caput*, CF).

Com a passagem do Estado liberal clássico para o Estado Democrático de Direito, o enfoque deixou de ser conferido apenas à limitação do poder punitivo do Estado, mas se estendeu ao compromisso com a proteção de direitos individuais e transindividuais, inclusive contra ataques perpetrados por outros particulares²⁹⁻³⁰.

Permitir a absolvição por mera clemência significa tolher por completo e de forma arbitrária a eficácia do Direito Penal como instrumento de proteção, desguarnecendo, assim, os bens cuja tutela se impõe ao Estado, em especial a vida, no caso do tribunal do júri.

²⁶ Sobre o tema, Jose de Sousa e Brito aponta as dificuldades de conciliar manifestações de clemência estatal, no caso anistia e indulto, com os princípios da igualdade e da divisão de poderes. Salienta que a benesse deve ser pautada pela racionalidade e ter lugar apenas quando, na busca da defesa da comunidade, não dos interesses individuais do réu, se mostrar mais útil que a punição (*Sobre a Amnistia in: Revista Jurídica*, nº 06, abril/junho 1986, p. 15-47). O referido autor traz à baila as lições de Beccaria, para quem "a clemência é virtude do legislador e não do executor das leis", devendo resplandecer no Código e não nos julgamentos particulares, sob pena de os réus, iludidos com a possibilidade de perdão arbitrário, se este não for concedido, considerarem a condenação um abuso da força ao invés de emanção da justiça (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 136-137).

²⁷ Sobre a reserva de lei como reserva de densificação normativa, não obstante no âmbito do Direito Administrativo, com fundamentos que podem ser adaptados e aplicados na seara penal, vide SOUSA, Marcelo Rebelo de; e MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral: introdução e princípios fundamentais*. Tomo I. 2ª ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2006. p. 174-175.

²⁸ Sobre a utilização da proporcionalidade para encontrar o ponto de equilíbrio entre os deveres de proteção e as liberdades, ver SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, *in: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47, mar.-abr., 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 60-122.

²⁹ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo (penal) integral?* In: CALABRICH, Bruno et al. (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p. 39-49.

³⁰ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal, a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 23 e 75.

Além de impedir a proteção eficiente dos bens, a clemência, ao ignorar as funções preventivas da pena, poderia se revelar criminógena pela desresponsabilização que suscita³¹.

3.2. A Especial Exigência de Punição

Não obstante ser garantida constitucionalmente ao tribunal do júri competência para julgar os crimes dolosos contra a vida (artigo 5º, XXXVIII, d), em tese, qualquer outro delito comum pode ser submetido ao seu julgamento, desde que seja conexo a um crime doloso contra a vida, conforme estabelece o disposto no artigo 78, inciso I, c/c artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal.

Assim, a clemência deve ser confrontada, ainda, com o disposto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, em que, em sede de elencos dos direitos fundamentais, dita que:

[A] lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

A Lei nº 8.072/90 elencou, entre outros delitos, o homicídio doloso (qualificado ou quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio) como crime hediondo. Além disso, vedou expressamente a concessão de anistia, graça ou indulto³² aos autores destes delitos (artigo 2º, I).

Tal interpretação acerca da soberania dos veredictos do júri também se choca com os diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e em relação ao combate à criminalidade, como, por exemplo, as convenções internacionais contra o crime organizado e lavagem de dinheiro; o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas; o tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças e a corrupção³³.

A arbitrária renúncia estatal à pena devida também não se harmoniza com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)³⁴, na

³¹ Segundo a abordagem econômica do crime, o poder de dissuasão da lei penal é reduzido quando se torna incerta a efetiva punição pela prática do delito. Nesse sentido, BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach in: _____*; and LANDES, William M. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1974. p. 1-54. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em: 21/02/2018.

³² Ressalte-se que o STF tem entendimento no sentido de que a disposição constitucional de vedação de graça abarca o indulto. Nesse sentido, por ex., HC 118213, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/05/2014, publicado em 04/08/2014.

³³ Promulgados pelos decretos presidenciais nºs 5.015/2004, 154/1991, 5.017/2004 e 5.687/2006, respectivamente.

³⁴ Promulgado pelo decreto presidencial nº 678/1992.

interpretação conferida pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos. Analisando atos genéricos de clemência estatal consubstanciados em leis de anistia, já firmou entendimento de que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidades que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis por violações graves dos direitos humanos” (Caso Barrios Altos vs. Peru)³⁵.

Assim, a admissão da clemência de forma ilimitada no tribunal do júri permitiria a absolvição infundada de autores de qualquer tipo de crime, não importando sua gravidade, mesmo os hediondos, os expressamente mencionados na Constituição Federal como insuscetíveis de ato de benevolência e os considerados grave violação dos direitos humanos. Tal compreensão se revela extrema até quando cotejada com os atos de graça anteriores ao Estado de Direito, pois “houve, em todas as épocas, delitos que, pela sua perversidade ou pela periculosidade dos seus agentes, sempre foram, ao menos em teoria, considerados imperdoáveis”³⁶.

Se a Constituição Federal veda os atos de clemência com natureza de benefício coletivo (anistia e indulto coletivo), assim como o de natureza individual que exige fundamentação legítima (graça ou indulto individual)³⁷, não se pode concluir que a própria Constituição admitiria a benevolência de natureza individual de forma arbitrária.

3.3. A Clemência e os “Ditames da Justiça”

Não se pode, ainda, olvidar que o Código de Processo Penal dita que os jurados deverão decidir a causa de acordo com a sua consciência e os ditames da justiça (artigo 472). É o Direito que permite a liberdade de todos ao conter o arbítrio de cada um, segundo uma lei universal de liberdade³⁸. A ideia de Direito não pode ser desvinculada de “uma pretensão de validade, no sentido de pretensão de justiça”³⁹. Apesar da dificuldade de conceituar a justiça, com Radbruch ela pode ser compreendida em três vertentes, sendo a igualdade como forma, o bem comum como conteúdo e a segurança jurídica como função⁴⁰.

³⁵ No mesmo sentido, entre outros, caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil e Caso Gelman vs. Uruguai.

³⁶ CARVALHO, Américo Alexandrino Taipa de. *História do direito de clemência*, in: *Estudos dedicados ao prof. Dr. Mário Júlio Brito de Almeida Costa*. 1ª edição. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2002. p. 145.

³⁷ A concessão de indulto individual exige provocação, instrução e manifestação do Conselho Penitenciário antes da apreciação pelo Presidente da República (artigos 188 a 192 da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal). Ressalte-se que até mesmo o indulto coletivo de atribuição do Presidente da República deve se sujeitar a controle judicial. Nesse sentido, com acerto, o Min. Luís Roberto Barroso, em análise de pleito liminar, suspendeu os efeitos de alguns dispositivos do Decreto Presidencial nº 9.246, de 21.12.2017 (indulto de Natal), entre outras razões, por entender que o este configura violação à “efetividade mínima do Direito Penal e aos deveres de proteção do Estado quanto à segurança, justiça, probidade administrativa e direitos fundamentais dos cidadãos” (ADI 5874-DF, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática proferida em 01/02/2018). A questão já começou a ser analisada pelo Pleno da Corte, mas não teve desfecho até a data de conclusão do presente.

³⁸ KANT, Immanuel. *A metafísica dos Costumes*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 43.

³⁹ MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 33.

⁴⁰ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 226-227.

A prática do crime significa a ilegítima ampliação da esfera de autonomia do autor em detrimento da dos demais, “daí que, no domínio do jurídico, o recurso a meios de coação para repor a Justiça seja, não apenas *legítimo*, mas até exigível”⁴¹. Assim, a contenção do arbítrio no julgamento é um imperativo de justiça, sendo injusto tanto a condenação de inocente quanto a absolvição de culpado.

Se a conduta praticada pelo réu é em alguma medida desculpável, a absolvição ou atenuação da sanção, conforme o caso, lhe é devida, pode ser exigida, não se confunde com clemência. No tribunal do júri, a clemência teria lugar apenas após a comprovação da prática do delito, evidenciados todos os seus elementos constitutivos e afastadas as causas de justificação e desculpa.

A clemência arbitrária se choca frontalmente com este ideal de justiça, pois permite o tratamento desigual entre iguais, ao autorizar a condenação de uns culpados e a absolvição de outros por puro subjetivismo dos julgadores, viola o bem comum ao desprezar o Direito Penal e as finalidades da pena e cobre de insegurança jurídica o julgamento no Tribunal do júri ao desfazer qualquer tipo de vinculação entre as provas e o veredicto.

3.4. A Clemência e o Perdão

Ao incidir apenas nas hipóteses de comprovada prática do delito, sobre o indesculpável, a clemência no júri se traduziria como pretensa manifestação de perdão.

A falibilidade humana faz com que o cometimento de erros seja uma certeza, males causados no passado que se perpetuam no presente e correm para o futuro por conta da memória. É o perdão que, como oposto à vingança, liberta executor e vítima do automatismo do processo de ação e reação, devolvendo-lhes a liberdade⁴².

A falta paralisa o indivíduo e o “perdão difícil” representa a “suspensão dessa incapacidade existencial”⁴³. No entanto, como reconhece Ricoeur⁴⁴, no âmbito institucional, no processo penal, sendo a impunidade “uma grande injustiça”, “o imperdoável de direito permanece” e a sanção devida deve ser aplicada. Assim, o perdão deve ter espaço nos males menores e cotidianos das relações humanas, não abarcando o “crime e o mal intencional”⁴⁵.

A prática de delito de ação pública incondicionada, como é o caso dos crimes dolosos contra a vida, afeta de tal forma a sociedade como um todo que a questão transcende a esfera de interesses exclusivos da vítima. Assim, mesmo o perdão da vítima (no caso de crime tentado), apesar de sua relevância para a pacificação do conflito, não tem aptidão para diminuir o desvalor que recai sobre a conduta do culpado e obstar a justa e necessária punição.

⁴¹ MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 35.

⁴² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 248-255.

⁴³ RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Editora da Unicamp, 2007. p. 465.

⁴⁴ RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Editora da Unicamp, 2007. p. 476.

⁴⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 248-255.

A inviabilidade da absolvição calcada em perdão é ainda mais evidente quando o intento criminoso se consuma e a vítima morre. Kant, firme em sua compreensão retributiva da pena, ao tratar do poder soberano de graça, o qualifica como o mais propício ao cometimento de injustiças, lecionando que não pode ser causa de impunidade, devendo ser exercido apenas quando o próprio soberano for a única vítima do delito, mesmo assim, com parcimônia, para impedir que a falta de punição ponha em perigo a segurança do povo⁴⁶.

Derrida, estendendo tal compreensão ao perdão, com clareza, expõe que cabe apenas à vítima perdoar, pois “não se pode pedir perdão aos vivos, aos sobreviventes, por crimes cujas vítimas estão mortas”⁴⁷.

Mas há algum espaço para o perdão no sistema penal? A resposta é positiva. Nos crimes de ação privada ganha relevância como causa de extinção da punibilidade. Nos de ação penal pública condicionada, pode culminar com a retratação da representação. Mas, nos de ação pública incondicionada, com Ricoeur, importante reconhecer que seu lugar é marginal⁴⁸. Não incide diretamente sobre a responsabilização do acusado culpado, mas vai exigir que este seja tratado com a dignidade destinadas a todas as pessoas.

Estando inviabilizada a clemência pela via do perdão, resta compreendê-la como tentativa forçada de esquecimento, que se contrapõe ao sentido de justiça do Direito. Admitir a clemência é desprezar a evidência do crime, a perenidade de suas consequências e a necessidade da pena. A absolvição vai impedir até que o relato fiel do ocorrido seja perpetuado, sob pena de crime de calúnia⁴⁹.

Impedindo que a punição dê justo cabo do processo, a clemência deixaria que feridas abertas pelo delito se inflamassem e vítima sobrevivente ou enlutados da morta, tomados pelo sentimento de injustiça, reproduzissem o mal em ato de vingança⁵⁰. É a ausência da resposta justa do Estado que esvazia o monopólio da violência e cria terreno fértil para que o vendedor de cavalos Michael Kohlhaas, da famosa obra de Heinrich Von Kleist, deixe de ser “modelo de um bom cidadão” e se transforme em um dos homens “mais terríveis de sua época”.

4. Clemência Justificada?

Além da renúncia arbitrária à aplicação de pena, lastreada unicamente em suposta ausência de limites do poder dos jurados, não é incomum nas sustentações em plenário que a defesa técnica pleiteie ao conselho de sentença, também sob o

⁴⁶ KANT, Immanuel. *A metafísica dos Costumes*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 218.

⁴⁷ DERRIDA, Jacques. *Pardonner: L'impardonnable et l'imprescriptible*. Paris: Galilée, 2012. p. 31-37.

⁴⁸ RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Editora da Unicamp, 2007. p. 480.

⁴⁹ A imputação falsa de fato definido como crime configura o delito tipificado no artigo 138 do Código Penal brasileiro. A prova da verdade da imputação, no entanto, não é admitida quando “se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível” (§3º, inciso III).

⁵⁰ Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, no contexto da criminologia, expõem a teoria psicossociologia que trata do crime praticado por sentimento de injustiça, onde, ao ser negada a justiça, a vítima se transforma em delinquente (*Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 233-235).

título de clemência, que mesmo havendo a comprovação do delito imputado, haja a absolvição por compaixão ou por desnecessidade da pena no caso concreto.

Tal situação parece guardar algum alinhamento com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça⁵¹ ao admitir a absolvição por clemência, mas exigir lastro probatório mínimo para tal, sem especificar sobre exatamente o que recairia a exigência de prova.

Nota-se aqui uma relevante ambiguidade terminológica que precisa ser esclarecida para a correta compreensão do tema analisado. A clemência referida por doutrina e jurisprudência, na verdade, abarcaria, ao menos, três situações diversas.

A primeira já foi abordada no capítulo anterior. Tratemos em separado das duas hipóteses restantes: a compaixão e a desnecessidade da pena.

4.1. Compaixão como Clemência?

Iniciemos com a compaixão. Antônio Damásio⁵² leciona que os comportamentos éticos derivam de duas vertentes, uma de natureza cognitiva e outra, afetiva. As emoções integram “quadro da homeostasia”, da regulação da vida, que se estende desde funcionamento do corpo até instrumentos de controle social. Apesar de serem decorrentes de transmissão genética, portanto, essencialmente automáticas, “se realiza em todos nós uma atualização e se estabelece uma relação verdadeiramente única entre emoções e entre certas causas de emoção. De tal modo que a emoção é, ao mesmo tempo comum a todos nós, e inteiramente única e especial.”⁵³.

O neurocientista ensina que é preciso distinguir sentimento e emoção. Esta é fenômeno público, pode ser percebida pelo outro, pois tem manifestação externa. O sentimento corresponde à nossa leitura mental, interior, daquilo que acontece durante uma emoção. Compaixão seria uma emoção social, tendo o sofrimento de outro indivíduo como estímulo emocionalmente competente. “O sentimento que

⁵¹ Nesse sentido, HC 350.895/RJ, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/03/2017, publicado em 17/05/2017. Nesta decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a uniformização da interpretação das leis federais, reconheceu, por maioria, a viabilidade de absolvição por clemência no tribunal do júri, admitindo, no entanto, a possibilidade de anulação do julgamento se a absolvição for manifestamente contrária à prova dos autos e não houver “lastro fático mínimo” a embasar clemência concedida pelos jurados. Note-se, no entanto, que o referido tribunal nada menciona acerca de eventual desnecessidade da pena ou compaixão, restringe-se a admitir a clemência desde que haja “elemento fático que autorize a sua concessão”. Em voto divergente, o Min. Nefi Cordeiro asseverou que: “O que se chama de clemência, na verdade, é o simples impedimento a um segundo julgamento pelo júri. Não existe clemência no direito, não existe clemência a juiz togado, nem a qualquer julgamento popular ou por juiz que não precise externar a motivação, seja no júri, seja no conselho de sentença da justiça militar.” Também admitindo a clemência como causa de absolvição, mas exigindo que a mesma não esteja “dissociada de qualquer elemento de prova”, o HC 443.089/RJ, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19/06/2018, publicado em 28/06/2018. No mesmo sentido, o HC 313.251/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 28/02/2018, DJe 27/03/2018 e o AgRg no AgRg no AREsp 1026920/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 30/11/2018.

⁵² A Neurobiologia da Ética: sob o signo de Espinosa, in: *Ordem dos Advogados, Conferências de S. Domingos, O cérebro entre o bem e o mal – o Corpo/Alma*, AO 29 Especial (suplemento), nov.-dez. 2003. p. 31-39.

⁵³ *Ibidem*, p. 32.

lhe segue é o que tem como consequência o conforto, o reequilíbrio do outro ou do grupo. A base desta emoção social é o apego, a vinculação e a tristeza⁵⁴.

No campo do Direito Penal, há que diferenciar quando a compaixão é vivida pelo réu e quando surge no outro, no julgador, em relação ao réu. No primeiro caso, ilustrativa a disposição do artigo 133 do Código Penal português ao tratar como homicídio privilegiado aquele praticado por agente dominado por compaixão, desde que esta seja apta a diminuir “sensivelmente a sua culpa”. Funda-se na redução relevante da exigibilidade de outro comportamento⁵⁵⁻⁵⁶. O Código Penal Brasileiro não faz expressa previsão da compaixão ao tratar do homicídio. No entanto, se o agente praticar o crime impelido por ela, dependendo das angularidades do caso, há a possibilidade de que esta configure relevante valor moral e atraia a incidência de causa especial de diminuição de pena, nos termos do artigo 121, §1º, CP⁵⁷.

Note-se que para a atenuação da responsabilidade é necessário que as emoções guardem correspondência com base fática e conduzam necessariamente à diminuição sensível da culpa, sob uma perspectiva minimamente objetiva⁵⁸.

A compaixão também pode ser despertada no julgador em relação ao réu culpado. Seria justificativa suficiente para concessão de clemência?

Por certo, sendo fruto do reconhecimento do outro como semelhante, a compaixão constitui um valor digno de proteção, podendo também configurar uma razão de justiça apta a afastar a responsabilização penal⁵⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro é a referida emoção que legitima a existência de algumas hipóteses do chamado perdão judicial⁶⁰, elencado entre as

⁵⁴ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁵ Nesse sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131º a 201º*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p.48.

⁵⁶ Sobre o papel das emoções na análise da responsabilização penal, vide PALMA, Maria Fernanda. Modelos de relevância das emoções no Direito Penal e sua relação com diferentes perspectivas filosóficas e científicas, in: _____ et al. (Coords.). *Emoções e crime: filosofia, ciência, arte e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 113-127.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.232-233. O autor ainda esclarece que o relevante valor moral pode, residualmente, configurar circunstância atenuante genérica (art. 65, III, a, do CP) quando o agente não estiver impelido, dominado, por ele, mas apenas motivado.

⁵⁸ Nesse sentido, NEVES, João Curado. *As emoções no sistema exculpatório do Código Penal Português*, in: PALMA, Maria Fernanda et al. (Coords.). *Emoções e crime: filosofia, ciência, arte e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 169-181. O autor apresenta pertinente exemplo em que filho condoído com o sofrimento do pai que vivencia estado terminal de doença o mata, contra a vontade expressa do genitor de continuar vivendo e lutando contra o mal que lhe acometeu. Não obstante ser possível reconhecer o compartilhar da dor do outro como motivo do delito, não há qualquer redução na culpa do homicida. Para Maria do Céu Rueff, situação diversa ocorre na eutanásia, onde a compaixão em harmonia com o reconhecimento da autodeterminação do indivíduo justificariam o ato médico de reduzir o sofrimento do paciente, mesmo que para tal a vida deste fosse abreviada (*Leges Artis*, fim de vida, compaixão, direito penal, in: PALMA, Maria Fernanda et al. (Coord.). *Emoções e crime: filosofia, ciência, arte e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 183-201.

⁵⁹ PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 220.

⁶⁰ A doutrina aponta algumas hipóteses de perdão judicial que nada tem a ver com compaixão, mas calçadas em outras razões, como a pequena ofensividade da conduta ou ausência de dignidade penal (ex. artigo 176, parágrafo único, CP) ou opção de política criminal vinculada à utilidade da medida (ex. colaboração premiada, art. 1º, §1º, da Lei nº 12.850/13). (Elencando hipóteses de perdão judicial, CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal, Parte Geral (arts. 1º ao 120)*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 329-331).

causas de extinção de punibilidade. Nos termos do artigo 107, IX, do Código Penal, só incide nos casos previstos em lei.

Exemplo dele é o disposto no artigo 121, §5º, do Código Penal: “Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”. Imagine-se o genitor que, ao preparar a refeição para a família, de forma culposa, deixa gás de cozinha vazando, o que acaba por causar intoxicação e morte de seu próprio filho. Não obstante o dispositivo mencionar a desnecessidade da pena, o sofrimento do agente culpado não afasta a necessidade da sanção pelo viés retributivista, nem pelo da prevenção geral, limitando-se, no máximo, a torná-la dispensável sob o aspecto da prevenção especial. Na verdade, é o sofrimento extremo do culpado que pode desencadear a compaixão e, esta, como valor digno de proteção, preponderar sobre as finalidades da pena no caso concreto, autorizando a extinção da punibilidade.

No tribunal do júri, apesar de não haver previsão legal de perdão judicial para crimes dolosos contra a vida, é comum que a defesa técnica apele à compaixão dos jurados, advogando que esta pode fundamentar absolvição no quesito genérico sob o manto da clemência.

Não havendo qualquer tipo de motivação expressa, perde espaço a racionalidade da análise da prova por critérios com pretensão de objetividade, abrindo-se o flanco para o distanciamento da justiça através das narrativas processuais sem compromisso com a aproximação da verdade, com forte apelo ao estado psicológico do julgador, a chamada íntima convicção⁶¹.

Em busca da comiseração dos jurados, toda a sorte de argumentos, inclusive não jurídicos, é trazida à baila, como o tempo decorrido desde a prática do delito, a ocorrência da chamada tentativa branca sem maiores consequências para a vítima sobrevivente, a reconciliação desta com o réu, a idade avançada ou debilidade do estado de saúde do acusado, o arrependimento, as mazelas do cárcere, o passado da vítima, o sofrimento que a pena imporia aos familiares do acusado, doutrinas religiosas de perdão e redenção etc. Nestes termos, o pleito de perdão judicial sob o rótulo de clemência acaba por alcançar no homicídio doloso contornos bem mais amplos do que o previsto para o homicídio culposo, em que, como visto, restringe-se à consideração das consequências do crime para o agente⁶².

Com Martha Nussbaum, é preciso reconhecer que a compaixão pode ter um lugar na decisão penal, mas compreender que ela é falível⁶³. A comiseração das pessoas

⁶¹ Sobre o tema, ver TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdade*. El juez y la construcción de los hechos. Madri: Marcial Pons, 2010. p. 38 e ss.

⁶² No tópico, importante anotar que a jurisprudência adota um critério adicional para a concessão do perdão no caso de homicídio culposo, exigindo, além do extremo sofrimento do autor, o prévio vínculo afetivo entre este e a vítima. Nesse sentido, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça, o REsp 1444699/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 01/06/2017, publicado em 09/06/2017.

⁶³ NUSSBAUM, Martha C. *Upheavals of thought: the intelligence of emotions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 441.

é “imprevisível e inconstante” e pode variar severamente conforme “preconceitos antecedentes contra certos tipos de acusados e em favor de outros”⁶⁴. Segundo a autora, os elementos cognitivos da compaixão, especificamente a valoração da gravidade e merecimento do sofrimento e a relação estabelecida entre julgador e réu, são altamente maleáveis, dependentes da história de vida de cada julgador e vulneráveis à retórica⁶⁵. Indispensável, então, construir um conceito de compaixão razoável⁶⁶. Desta feita, para reduzir a possibilidade de desvios na redução ou afastamento da sanção penal, a compaixão deve ser vinculada à evidência e limitada por fatores institucionais⁶⁷.

Conforme já exposto, a sanção penal tem relevância crucial na ordenação social e a não punição injustificada de acusado culpado configura injustiça. São hipóteses excepcionais em que a compaixão, como valor a ser tutelado pelo Direito, constitui o próprio critério de justiça preponderante para nortear a decisão penal, afastando a punição. Esse sensível equilíbrio não pode ser fruto de puro arbítrio e subjetividade, mas precisa ter pauta mínima que respeite a igualdade e tenha pretensão de alcançar a objetividade possível. A lei é o instrumento adequado para dar o balizamento apto a impedir o abuso indevido da compaixão, evitando distorções e garantindo a justiça na decisão penal. A ausência de lei atrai para esta hipótese as mesmas críticas já apresentadas para a clemência desprovida de justificativa, diante da incompatibilidade da arbitrariedade com o Estado Democrático de Direito, lesão ao princípio da igualdade e da segurança jurídica, gerando proteção deficiente da sociedade.

Nesse sentido, precisa a lição de António Damásio⁶⁸ de que as emoções, como se relacionam com a regulação da vida, têm “importância extraordinária na construção da Ética, na construção do Direito”. Entretanto, “no espaço social e cultural em que hoje vivemos (...) a regulação da vida precisa ser muito mais complexa do que a regulação proporcionada pelas emoções apenas. Exige convenções sociais, princípios e leis”.

O Código Penal, como visto, exige lei específica regulando as hipóteses de perdão judicial. Por certo, sendo situação excepcional, são poucas as autorizações legais neste sentido, não havendo para os crimes dolosos contra a vida.

Ressalte-se, ainda, que o dolo reflete vontade de lesão de bens jurídicos, evidenciando o maior grau de reprovabilidade, afastando a possibilidade de analogia com o perdão judicial previsto para o homicídio culposo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a não previsão de perdão na parte especial da legislação penal para um determinado crime não se traduz em lacuna legislativa, ao contrário, revela clara manifestação de exclusão do perdão para a hipótese, sendo

⁶⁴ NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from humanity: disgust, shame, and the law*. Princeton: Princeton University Press, 2004. P. 49.

⁶⁵ NUSSBAUM, Martha C. *Upheavals of thought: the intelligence of emotions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 304-327.

⁶⁶ NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from humanity: disgust, shame, and the law*. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 49.

⁶⁷ NUSSBAUM, Martha C. *Upheavals of thought: the intelligence of emotions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 445 e 447.

⁶⁸ A Neurobiologia da Ética: sob o signo de Espinosa, in: *Ordem dos Advogados, Conferências de S. Domingos, O cérebro entre o bem e o mal – o Corpo/Alma*, AO 29 Especial (suplemento), nov.-dez. 2003, p. 37-38.

vedada a analogia⁶⁹. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também é contrária ao perdão judicial sem que haja expressa previsão legal⁷⁰.

Mesmo que equivocadamente fosse dispensada a exigência de lei específica permitindo o perdão ou clemência lastreada na compaixão, sua natureza seria de causa de extinção de punibilidade, não abarcada pela competência dos jurados leigos, mas restrita à do julgador togado, nos exatos termos do artigo 497, IX, do Código de Processo Penal⁷¹.

Reforça tal conclusão o fato de a causa de extinção de punibilidade não dar azo à absolvição, não sendo possível inferir eventual autorização tácita para concessão da clemência por compaixão dos termos do quesito genérico, justamente pois este cuida de absolvição do réu.

Assim, seja pela ausência de lei autorizando e estabelecendo parâmetros mínimos de objetividade, seja pela falta de competência para analisar as causas de extinção de punibilidade, não é possível a absolvição por clemência lastreada na compaixão dos jurados pelo réu.

4.2. Clemência como Desnecessidade da Pena?

Importa agora analisar a possibilidade de concessão de clemência por desnecessidade da pena no caso concreto.

A aplicação de sanção penal configura restrição à esfera de direitos do condenado, em especial de sua liberdade no caso da prisão. Como qualquer medida restritiva, a pena deve superar o filtro de proporcionalidade, seja no tocante à atuação legislativa na criminalização da conduta com a previsão em abstrato da sanção, seja na aplicação em concreto pelo julgador.

Relaciona-se com tal compreensão o princípio da necessidade da pena. A doutrina fundamenta nele dois requisitos para a criminalização, a saber, a dignidade punitiva da conduta, referindo-se à gravidade da lesão ou ameaça praticada e à relevância dos bens protegidos, e a carência de proteção penal, consubstanciada em ausência de alternativas de política criminal⁷².

A temática é deveras controversa, havendo quem afirme que “difícilmente, porém, conhecerá a ciência penal matéria que suscite maior desencontro de opiniões”⁷³. Abundam as divergências dogmáticas acerca da forma e do momento de intervenção

⁶⁹ Nesse sentido, *HC 116254*, Relatora Min.^a Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, publicado em 14/08/2013.

⁷⁰ Nesse sentido, por exemplo, *HC 359.018/RS*, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 27/09/2016, publicado em 10/10/2016.

⁷¹ Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: (...) IX – decidir, de ofício, ouvidos o Ministério Público e a defesa, ou a requerimento de qualquer destes, a arguição de extinção de punibilidade.”

⁷² PALMA, Maria Fernanda. O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade, in: *Revista Julgar*, nº 29, (maio-agosto 2016). Editora Almedina. p. 106.

⁷³ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime, in: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 2, 2º, abril-junho de 1992, p. 175.

destas categorias, em especial vinculando-as a uma das categorias tradicionais da teoria do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) ou criando uma nova (punibilidade ou responsabilidade)⁷⁴.

Apesar da celeuma, há pontos em que existe algum consenso, possibilitando o desenvolvimento do estudo com segurança. No tocante à dignidade penal, exige-se que a conduta configure ofensa intolerável de valores fundamentais, ganhando importância tanto a relevância do bem quanto a danosidade⁷⁵. Relaciona-se a esta ideia o princípio da fragmentariedade ou intervenção mínima segundo o qual o Direito Penal deve tutelar apenas os bens mais relevantes contra as agressões ou ameaças mais graves⁷⁶.

Tal valoração pode mesmo ocorrer na análise da configuração do tipo, sendo exemplos desta abordagem a “determinação da ‘esfera de proteção da norma’, as cláusulas de ‘adequação social’, as situações de ‘risco permitido’ e de ‘diminuição de risco’, a eliminação do tipo de comportamentos socialmente insignificantes”⁷⁷. Figueiredo Dias, entretanto, defende que o surgimento de uma quarta categoria na teoria do crime, a punibilidade, fundada na dignidade, abarcaria de forma mais segura os casos de criminalidade bagatela⁷⁸.

Trata-se, na verdade, de juízo de desproporcionalidade entre a sanção penal e a conduta, segundo as angularidades do caso concreto⁷⁹. A jurisprudência brasileira admite a insignificância como causa suprallegal de exclusão da tipicidade, tendo o Supremo Tribunal Federal, no entanto, estabelecido que o seu reconhecimento depende do preenchimento dos seguintes requisitos: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) nenhuma periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada⁸⁰.

Cuidando o tribunal do júri de crimes dolosos contra a vida, em especial de homicídios dolosos, resta afastada a possibilidade de insignificância diante da extrema relevância do bem tutelado⁸¹ e da danosidade da conduta. Nesse sentido,

⁷⁴ Para ampla e profunda exposição acerca dos diversos posicionamentos doutrinários vide PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *A categoria da punibilidade na teoria do crime*. Tomos I e II. Coimbra: Almedina, 2013. Na obra, o autor defende que a punibilidade terá incidência difusa nas demais categorias, mas tem autonomia apta a dar azo ao surgimento de um quarto degrau na teoria do crime.

⁷⁵ ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime, in: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 2, 2º, abril-junho de 1992. p. 184.

⁷⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Editora da UCP, 1995. p. 217.

⁷⁷ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *A categoria da punibilidade na teoria do crime*. Tomos I e II. Coimbra: Almedina, 2013. p. 987-988.

⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o estado actual da doutrina do crime, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, fasc. 1, janeiro-março 1992. p. 40.

⁷⁹ Nesse sentido, FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 191-194.

⁸⁰ HC 84412, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19/11/2004.

⁸¹ A centralidade da vida humana no ordenamento jurídico permite a conclusão defendida no texto independentemente do conceito material de crime adotado, seja buscando a legitimação do Direito Penal na proteção de direitos subjetivos, de cariz liberal-contratualista (*Feuerbach*) ou de bens jurídicos, tendo como referência a estrutura estatal, a comunidade e seus valores (*Birnbaum*). Sobre o tema, vide PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos, Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 35-49.

o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que não é bagatelar a conduta revestida de violência contra a pessoa⁸².

Desta feita, sob o viés da dignidade penal da conduta configuradora de crime doloso contra a vida, inviável a absolvição pelos jurados.

Apesar da ligação entre ambas, a dignidade penal não implica carência de tutela penal, havendo distinção entre merecer e necessitar de pena. A dignidade penal configura a legitimação negativa, exigindo-se para criminalização também a legitimação positiva, que depende da conclusão de que a tutela penal seja “adequada e necessária para a prevenção da danosidade social e não trará efeitos secundários desproporcionalmente lesivos”⁸³. Em consonância com a subsidiariedade do Direito Penal, a criminalização fica sujeita à inexistência de outros meios menos gravosos e igualmente eficazes para proteção do bem jurídico. São juízos distintos, a dignidade se referindo à valoração de bens como essenciais e indicação de quais condutas os ameaçam ou ferem de forma intolerável, a necessidade se preocupando com a forma de protegê-los⁸⁴. Havendo meio menos drástico de tutelar o bem, com a mesma eficácia, a sanção penal seria inconstitucional por não superar o filtro da proporcionalidade.

Não obstante haver uma “tendencial convergência” entre a dignidade e a necessidade, pois quanto mais relevante o bem e intolerável o ataque mais provável que a atuação do Direito Penal seja necessária, não há que se dispensar a verificação da suficiência de outros meios menos graves. Tal tema traz à baila a necessidade de adoção de metodologia mais objetiva possível, tocando questões de política criminal e empíricas⁸⁵.

A primeira dificuldade que se apresenta é que as conclusões acerca da necessidade da pena dependem de posicionamento acerca dos fins desta. Por certo, para afirmar que algo é necessário ou não, indispensável saber qual a sua finalidade. Não há consenso quanto ao ponto nem no campo filosófico nem no jurídico. As principais concepções se referem à retribuição, à prevenção geral e à prevenção especial⁸⁶.

Com Palma, pode-se concluir que isoladamente nenhuma das teorias dá “resposta satisfatória ao problema”, sendo certo que, atento à realidade da pena e à legitimidade do poder punitivo do Estado, devem-se reconhecer finalidades retributivas (não relacionadas à moralidade subjetiva, mas à necessidade para a finalidade preventiva, como o controle das emoções geradas pelo crime e a proteção contra o criminoso) e preventivas, estas em âmbito geral e especial, mas sempre limitadas pela culpa⁸⁷. Tal inteligência se harmoniza com o Código Penal brasileiro,

⁸² HC nº 10952, Relator Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 13/03/2012, DJ 16/04/2012.

⁸³ ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime, in: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 2, fasc. 2, abril-junho de 1992, p. 173-205.

⁸⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Editora da UCP, 1995. p. 220-221.

⁸⁵ PALMA, Maria Fernanda Palma. O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade, in: *Revista Julgar*, nº 29, maio-agosto 2016. p. 108.

⁸⁶ Sobre as diversas teorias, vide LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Madri: Dykinson, 1999.

⁸⁷ PALMA, Maria Fernanda Palma. *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos, Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 57-60.

que dita que o juiz deverá estabelecer o montante de pena “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (artigo 59, *caput*).

Os obstáculos persistem na imensa dificuldade de investigação e comparação entre as medidas disponíveis para tutelar os bens. Nessa seara, relevante mencionar a infinidade de variáveis a serem consideradas, impedindo experimentações controláveis do tipo laboratorial, e as diversas possibilidades de interpretação dos resultados obtidos, dificultando conclusões seguras acerca da necessidade e utilidade da pena⁸⁸.

A questão da sanção ainda se relaciona com a política criminal, sendo o Direito Penal o núcleo do “conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”⁸⁹. Ocorre que, não obstante a busca por objetividade e os limites constitucionais, resta margem de liberdade conferida ao legislador para definir a política criminal a vigorar, não se resumindo a um único programa possível⁹⁰.

Diante das combinações viáveis entre práticas penais (direito material, direito processual⁹¹ e execução da pena) e não penais (repressivas e não repressivas), para além do relevo de iniciativas não estatais, são infindáveis as estratégias possíveis para enfrentar o crime dentro da moldura de constitucionalidade⁹².

Tais escolhas são fortemente influenciadas pela ideologia daqueles que exercem o poder, se alterando conforme a necessidade de segurança é “apreciada, sentida, compreendida por meio de um ou outro valor considerado fundamental”⁹³, tendo reflexo nos movimentos inerentes ao universo da política criminal, seja dentro de um mesmo modelo, seja na passagem de um modelo a outro⁹⁴.

No caso da clemência, seria restrito o campo de análise da inconstitucionalidade, pois não trata de reconhecer a norma em abstrato como incompatível com a Constituição, mas identificar peculiaridade existente apenas naquele caso concreto que fizesse com que a aplicação ordinariamente constitucional da sanção se transmutasse em inconstitucional, mesmo diante da ampla margem política que envolve a questão da definição da pena.

Ocorre que, ao menos em relação a uma das funções da pena, a prevenção geral positiva, a decisão cabe ao legislador, não tendo o julgador no caso concreto

⁸⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime* – uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Editora da UCP, 1995. p. 252-263.

⁸⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole, 2004. p. 03-04.

⁹⁰ PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal* – Conceito material de crime, princípios e fundamentos, Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 60-66.

⁹¹ Sobre o tema, vide FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 25-77.

⁹² Nesse sentido, ao tratar de opções de política criminal relacionadas a consenso e oportunidade, Manoel da Costa Andrade, sem descartar a possibilidade de reconhecimento em concreto da desnecessidade da pena, assevera que compete exclusivamente ao legislador penal a competência para definir o programa político-criminal a ser levado à prática. Assim, dificilmente “um princípio geral de oportunidade – que representaria a sobreposição de um programa político-criminal apócrifo e afrontaria o princípio constitucional da divisão de poderes – poderia encontrar legitimação à luz da nossa tradição jurídico-constitucional.” (Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo, in: *Jornadas de Direito Processual Penal* – O novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1989. p. 319-358).

⁹³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole, 2004. P. 44-45.

⁹⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole, 2004. p. 326-404.

legitimidade para decidir sobre os padrões éticos de merecimento, sob pena de confundir sua consciência ético-social com tais padrões⁹⁵⁻⁹⁶.

Além disso, a análise do merecimento da pena pressupõe o prévio reconhecimento da dignidade penal da conduta, pois, conforme Figueiredo Dias, esta ainda integra a teoria do crime, enquanto aquela já se refere às consequências do delito. Em outras palavras, a possibilidade de afastamento da pena por desnecessária dependeria da identificação de circunstância que, não obstante a constatação da prática de conduta dolosa contra a vida, preenchidos os requisitos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, estando, ainda, evidenciada a dignidade penal do ato, levasse à conclusão de que a pena de prisão não seria proporcional, havendo alternativa menos drástica e tão eficaz quanto.

Ilustrativo, neste ponto, os institutos da dispensa de pena e suspensão da execução de pena existente no Direito Português. No primeiro, o legislador já previu em abstrato justamente a situação em que, não obstante a dignidade penal da conduta, não haveria necessidade da pena (artigo 74, CP). Trata-se da declaração de culpa sem imposição de pena. Para tanto, foram estabelecidos pressupostos cumulativos: pena máxima de 06 meses ou multa não superior a 120 dias; ilicitude do fato e culpa diminutos; reparação do dano e não oposição de razões de prevenção especial ou geral.

No segundo, a depender da personalidade do agente, das condições da sua vida, da sua conduta anterior e posterior ao crime e das circunstâncias deste, há suspensão da execução de pena de prisão não superior a 05 anos se o tribunal “concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição” (artigo 50 e seguintes do CP).

Apesar de não haver previsão do instituto da dispensa de pena ou semelhante na parte geral do Código Penal brasileiro, nem na especial no que se refere aos crimes dolosos contra a vida⁹⁷, razões de política criminal⁹⁸ embasaram o surgimento da suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal), em que, também dependente do preenchimento de condições legais, a pena de prisão fica suspensa, devendo o condenado cumprir sanções menos graves como a prestação de serviço.

Ressalte-se que, em tese, tal instituto tem aplicação inclusive quanto a crimes dolosos contra a vida, podendo incidir, por exemplo, na hipótese de homicídio privilegiado tentado ou aborto, quando a pena poderia ser fixada em montante igual ou inferior a 02 anos. Até as circunstâncias relacionadas à idade avançada ou saúde

⁹⁵ PALMA, Maria Fernanda. As alterações reformadoras da Parte Geral na revisão de 1995: dismantling, reforço e paralisia da sociedade punitiva, in: _____; e BELEZA, Teresa Pizarro (Orgs.). *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*. Lisboa: AAFDL, 1998. p. 45.

⁹⁶ Nesse sentido, equivocado o entendimento de Carol S. Steiker de que a clemência, mesmo que arbitrária, possa ser legitimamente utilizada para combater o que chama de excesso de criminalização e de encarceramento. Por certo, não cabe ao jurado eleger qual seria a melhor política criminal aplicável ao caso sob julgamento (Criminalization and the Criminal process: prudential mercy as a limit on penal sanctions in an era of mass incarceration, in: RA DUFF, Lindsay Farmer et al. (Editores). *Boundaries of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 27-58).

⁹⁷ Na parte especial podem ser encontradas algumas hipóteses de isenção de pena que ostentam a mesma fundamentação da dispensa de pena portuguesa.

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 428.

precária do condenado, usualmente invocadas em plenário para embasar a clemência por desnecessidade da pena, já foram devidamente consideradas pelo legislador, tendo como efeito a ampliação para 04 anos do limite máximo de pena apto a admitir o benefício.

Percebe-se, assim, que a desnecessidade de aplicação ou execução de sanção penal se relaciona apenas à criminalidade menos grave, o que, por certo, não se coaduna com os crimes dolosos contra a vida. Em relação a estes, o legislador brasileiro já estipulou, em consonância com as limitações constitucionais e dentro de reconhecida margem de liberdade de política criminal, as circunstâncias concretas que levariam, não ao afastamento da sanção penal, mas, à aplicação de penas menos severas do que a privação de liberdade, sem desconsiderar a incidência desta em caso de descumprimento das condições legais durante o prazo de suspensão.

Desta feita, não obstante os critérios de justiça que impõe ao julgador a análise da constitucionalidade da norma no caso concreto antes de aplicá-la⁹⁹, quanto aos crimes dolosos contra a vida, não há que se falar em reconhecimento da inconstitucionalidade da pena prevista por desnecessidade no caso concreto. Como visto, a elevada dignidade penal da conduta, a expressa manifestação legal por meio do instituto da suspensão condicional da pena e o amplo campo de opção política, cujo mérito não compete ao julgador, impedem que na prática surja caso de desproporcionalidade da pena.

Some-se a estes argumentos o fato de que não compete aos jurados leigos a análise da pena base cabível no caso concreto¹⁰⁰. Conforme já asseverado, a carência da pena é atinente às consequências jurídicas do crime, não sendo englobada pela teoria do delito. Desta feita, mesmo que fosse possível o surgimento de hipótese em que a pena prevista se revelasse desproporcional no caso concreto, esta não levaria à absolvição, pois todos os elementos do crime estariam presentes, inviabilizando o seu reconhecimento no quesito genérico.

O réu deveria ser condenado e o magistrado, ao enfrentar o tema da fixação da reprimenda, deixaria de aplicar a pena privativa de liberdade, pois em qualquer montante seria desnecessária.

A inviabilidade da concessão pelos jurados de clemência por desnecessidade de punição penal no caso concreto se mantém mesmo se a compreensão for no sentido de que se trata de causa supralegal de extinção da punibilidade e que estaria obstada a condenação¹⁰¹. Nesta hipótese, a análise continuaria inserida na esfera de competência do juiz togado, nos termos do artigo 497, IX, do Código de Processo Penal.

⁹⁹ Sobre a relevância do “princípio de que nenhuma lei inconstitucional deve ser aplicada pelo julgador”, vide PALMA, Maria Fernanda. Constitucionalidade e Justiça: novos desafios para a justiça constitucional, in: *Themis* – Revista da Faculdade de Direito da UNL, ano I, nº 1, 2000. p. 21-31.

¹⁰⁰ Conforme o artigo 492, inciso I, a, do Código de Processo Penal. Nesse sentido, a jurisprudência do STF, ex. HC 108146, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012, publicado em 25/06/2012.

¹⁰¹ Parte da doutrina nacional e a jurisprudência do STJ (súmula 18), ao analisar o perdão judicial, diante de sua natureza de causa extintiva de punibilidade, entendem que a sentença não seria nem absolutória, nem condenatória, mas declaratória de extinção da punibilidade. Sobre o tema, NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 483-484. Ressalte-se que o referido autor discorda de tal compreensão e advoga que a sentença concessiva de perdão judicial tem natureza condenatória.

5. Conclusões

A clemência, em todas as formas analisadas no estudo, seja mera arbitrariedade, seja pretensamente calcada em compaixão ou desnecessidade da pena, é inconstitucional e não encontra esteio na legislação que cuida do Tribunal do Júri.

A soberania dos jurados não pode ser compreendida como garantia absoluta, mas seus contornos devem ser definidos em harmonia com o restante da Constituição, conforme já há muito assentou o Supremo Tribunal Federal¹⁰², mantendo o entendimento até o presente¹⁰³. A Constituição Federal não deve ser lida apenas como instrumento de limitação de poder, olvidando-se dos deveres de proteção inerentes ao Estado Democrático de Direito¹⁰⁴, seara em que o Direito Penal se revela, como visto, indispensável para cumprimento da missão constitucional. Nesta toada, o Direito Penal “não deverá ser visto como um inimigo da liberdade, mas como um garante da liberdade *possível* em sociedade”¹⁰⁵.

A soberania dos veredictos deve ser compreendida como proteção da competência do conselho de sentença, impedindo que suas decisões sejam revistas no que diz respeito à opção entre duas ou mais teses que encontrem respaldo no ordenamento e viabilidade no acervo probatório levado aos autos, exatamente como já reconhecido pela jurisprudência no que concerne a outras teses defensivas diversas da clemência¹⁰⁶.

A leitura possível da previsão constitucional do tribunal do júri como direito fundamental não transforma a soberania de seus veredictos em nefasta arbitrariedade, mas se traduz em garantia de respeito a seu juízo racional acerca das provas produzidas. O muitas vezes invocado senso de justiça dos iguais pode e deve ser exercitado sem que haja a necessidade de criação de aberrante absolvição lastreada apenas no poder irrestrito, tendo amplo espaço no que se refere à avaliação de fiabilidade e peso conferida a cada elemento de prova levado aos autos.

Quais consequências têm esta conclusão na quesitação no plenário do Júri?

Diante da inconstitucionalidade da clemência como causa de absolvição, deve receber o mesmo tratamento que qualquer outra tese defensiva inválida (preconceito

¹⁰² “A soberania dos veredictos do júri – não obstante a sua extração constitucional – ostenta valor meramente relativo, pois as manifestações decisórias emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere a esse órgão especial da Justiça comum o exercício de um poder incontestável e ilimitado. As decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. A apelabilidade das decisões emanadas do júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos desse Tribunal Popular.” (HC 68658, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26.06.1992.)

¹⁰³ Nesse sentido, por exemplo, o HC nº 142621 AgR, Relator Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 15/09/2017, processo eletrônico DJE-222, divulgado em 28/09/2017, publicado em 29/09/2017.)

¹⁰⁴ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal, a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 22.

¹⁰⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Editora da UCP, 1995. p. 273.

¹⁰⁶ Nesse sentido, por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal Federal HC 118770, Relator: Min. Marco Aurélio, relator para acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, processo eletrônico DJE-08, divulgado em 20/04/2017, publicado em 24/04/2017.

racial contra a vítima, por exemplo), não podendo lastrear a elaboração de quesito, seja ele específico ou genérico, nos termos do disposto no artigo 482, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Em consequência, inexistindo qualquer tese defensiva (quando o réu e a defesa técnica admitem a prática do delito tal qual imputado pelo Ministério Público) ou se as teses de defesa se resumirem àquelas que são indagadas aos jurados nos quesitos que antecedem o quesito genérico (relativas à materialidade, autoria e desclassificação) e forem rechaçadas pelos jurados, o quesito genérico ficará prejudicado e não deverá ser submetido ao Conselho de Sentença, nos termos do artigo 490, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Por fim, caso haja outra tese defensiva apta a embasar a elaboração do quesito genérico, em caso de resposta afirmativa e absolvição, na hipótese de apreciação de apelação sustentando manifesta contradição com a prova dos autos, a clemência não poderá servir para confirmar a decisão dos jurados, o que só poderá ocorrer se o tribunal *ad quem* entender que a absolvição encontra abrigo em tese defensiva válida e com suporte probatório mínimo.

Não se pode conceber no Estado Democrático de Direito que o jurado tenha liberdade para decidir arbitrariamente e o veredicto seja sempre considerado correto e justo. É preciso adotar interpretação que confira sentido de responsabilidade ao julgador, limitando o poder e exigindo a razão possível no ato de decidir, em consonância com o reconhecimento da falibilidade humana. É a centralidade da pessoa no ordenamento jurídico que não permite a compreensão de que justamente quando a vida, o bem mais relevante, pressuposto de todos os demais, for criminosamente ceifada, haja o silêncio do Direito.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime, *in: Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 2, fasc. 2, abril-junho de 1992. p. 173/205.

_____. Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo), *in: Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 319/358.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BAPTISTA MACHADO, João. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach, in: BECKER, Gary S. Becker; e LANDES, William M. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1974. p. 1-54. Disponível em <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em 21/02/2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012. volume 1.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 19 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Mariana; e PINTO, Ana Luíza. *As medidas de clemência na ordem jurídica portuguesa, separata de estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão de facto questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967.

CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda; e SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 116/2015, set.-out. 2015. p. 149/172.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e Crime – Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Editora da UCP, 1995.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal, Parte Geral* (arts. 1º ao 120). 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DAMÁSIO, António. A Neurobiologia da Ética: sob o signo de Espinosa, in: *Ordem dos Advogados, Conferências de S. Domingos, O cérebro entre o bem e o mal – o Corpo/Alma*, AO 29 Especial (suplemento), nov.-dez. 2003. p. 31-39.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole. 2004.

DERRIDA, Jacques. *Pardonner: L'impardonnable et l'imprescriptible*. Paris: Galilée, 2012. p. 31-37.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*, Coimbra: Almedina, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131º a 201º*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

_____. *Direito Penal Português – Parte Geral II – As consequências jurídicas do crime*. 1ª edição. Lisboa: Editorial Notícias, 1993.

_____. Sobre o estado actual da doutrina do crime, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, fasc. 1, janeiro-março 1992. p. 7-44.

_____; e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno et al. (Orgs.). *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015. p. 30-77.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011.

JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal anotado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos Costumes*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

LÁZARO, Fernando Sánchez. Sobre la irracionalidade de las intuiciones punitivas: hacia unos mayores márgenes de racionalidade decisória, in: PALMA, Maria Fernanda et al. (Coords.). *Emoções e Crime: filosofia, ciência, arte e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

LESCH, Heiko H.. *La función de la pena*, Madri: Dykinson, 1999.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal, comentada artigo por artigo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Método, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Direitos fundamentais*. Tomo IV. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

NEVES, João Curado. As emoções no sistema exculpatório do Código Penal Português, in: PALMA, Maria Fernanda et al. (Coords.). *Emoções e crime: filosofia, ciência, arte e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 169-181.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6º ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Manual de Direito Penal*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Individualização da Pena*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from humanity: disgust, shame, and the law*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

_____. *Upheavals of thought: the intelligence of emotions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. 3ª reimpressão da edição de setembro de 2007, Coimbra: Almedina, 2017. volume I.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos, Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*. Lisboa: AAFDL, 2017.

_____. O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade, in: *Revista Julgar*, nº 29, (maio-agosto 2016). Editora Almedina, p. 105/118.

_____. Modelos de relevância das emoções no Direito Penal e sua relação com diferentes perspectivas filosóficas e científicas, in: _____ et al. (Coords.). *Emoções e crime: filosofia, ciência, arte e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 113-127.

_____. *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. Constitucionalidade e Justiça: novos desafios para a justiça constitucional, in: *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano I, nº 1, 2000. p. 21-31.

_____. As alterações reformadoras da Parte Geral na revisão de 1995: dismantling, reforço e paralisia da sociedade punitiva, in: _____; e BELEZA, Teresa Pizarro (Orgs.). *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*. Lisboa: AAFDL, 1998. p. 25-51.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *A categoria da punibilidade na teoria do crime*. Tomos I e II. Coimbra: Almedina, 2013.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RICOUER, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Editora da Unicamp, 2007.

RUEFF, Maria do Céu. Leges Artis, fim de vida, compaixão, direito penal, in: PALMA, Maria Fernanda et al. (Coords.). *Emoções e crime: filosofia, ciência, arte e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 183-201.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47, mar./abr. 2004. p. 60-122.

SOUSA e BRITO, José de. Sobre a Amnistia, in: *Revista Jurídica*, nº 06, abril/junho 1986. p. 15-47.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; e MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral: introdução e princípios fundamentais*. Tomo I. 2ª ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2006.

STEIKER, Carol S. Criminalization and the Criminal process: prudential mercy as a limit on penal sanctions in an era of mass incarceration, in: RA DUFF, Lindsay Farmer et al. (Editores). *Boundaries of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 27-58.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. História do direito da clemência, *in: Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*. Lisboa, 2002. p. 111/146.

TARUFFO, Michele. *Simply la verdade*. El juez y la construcción de los hechos. Madri: Marcial Pons, 2010.

A Proposta de Reforma da Previdência de 2019: o que se Diz e o que Realmente É

Emerson Garcia*

Sumário

1. Considerações Iniciais. 2. O Discurso Governamental no Processo de Convencimento. 3. A Desconstitucionalização do Direito à Previdência. 4. Ainda Temos Federação? 5. Os Regimes Previdenciários. 6. O Abono de Permanência. 7. A Contribuição Previdenciária. 8. A Transição e a Segurança Jurídica. 9. A Sobrevida a partir dos 65 Anos. 10. O Direito Adquirido. Epílogo.

1. Considerações Iniciais

No limiar de 2019, alvorecer do mandato recém-conquistado nas urnas, o Presidente da República apresentou a Proposta de Emenda Constitucional nº 6, que modifica o sistema de previdência social afeto aos trabalhadores dos setores privado e público, excluindo-se deste último os militares, cuja sistemática será objeto de proposta específica. O momento de apresentação da PEC mostrou-se fiel à indefectível lógica de Maquiavel: as medidas impopulares devem ser as primeiras a serem adotadas.

A PEC nº 6/2019, embora caminhe no mesmo norte das Emendas Constitucionais nºs 20, 41 e 47, que introduziram profundas modificações no sistema, supera todas, tanto em extensão como em complexidade.

A exemplo das reformas anteriores, também a atual almeja zelar pelo equilíbrio atuarial do sistema. O fim, não se pode negar, é mais que nobre. Nobreza à parte, resta verificar se o modelo escolhido é o adequado e se as restrições impostas àqueles que já integram o sistema ou nele ingressarão são justificáveis.

Não é nosso objetivo a análise detalhada de cada um dos 45 artigos da proposta, que alteram, revogam ou acrescentam quase duas dezenas de artigos da Constituição de 1988, além de estabelecerem dezenas de regras com vigência paralela, não incorporadas ao texto principal. O que pretendemos é colaborar para a compreensão de sua estrutura, evitando, tanto quanto possível, nos perdermos no emaranhado de suas miudezas.

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

A colaboração ora oferecida terá como norte a objetividade, o que, esperamos, possa ser um facilitador para o acesso ao seu conteúdo. Entre vagas de convergência e divergência, temos a esperança de que apresente alguma utilidade para o amadurecimento do debate.

2. O Discurso Governamental no Processo de Convencimento

Consciente da extensão da reforma pretendida, o governo apressou-se em divulgar a PEC nº 6/2019 como a luta do “bem” contra o “mal”. O bem, como se lê na exposição de motivos que acompanha a proposta, será materializado no *“combate às fraudes e redução da judicialização, cobrança das dívidas tributárias previdenciárias; equidade, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual (...)”*. O mal, que se manifestará na postura daqueles que ousarem insurgir-se contra a proposta, está latente no agir dos “ricos”, os quais, ainda de acordo com a referida exposição, *“tendem a se aposentar mais cedo e com maiores valores”*. O discurso, aliás, está bem afinado com o de poderosos grupos econômicos e com os veículos de comunicação social sujeitos ao seu controle, que enaltecem a PEC como a única saída para o País. Essa tática tende a ser convincente ao lembrarmos que, neste momento, passamos por uma recessão sem precedentes. Por outro lado, considerando o atoleiro moral em que nos encontramos, é difícil acreditar que todos os defensores da PEC estejam agindo com “pureza d’alma”, isso para invocarmos a plasticidade de Cícero.

Ao recorrer, ainda que de modo inconsciente, à dialética erística de Schopenhauer, técnica utilizada para se vencer um debate a qualquer custo, ainda que não se tenha razão, o governo abusa da manipulação semântica e da alternativa forçada. Em primeiro lugar, chama de “ricos” os trabalhadores assalariados, não os controladores dos meios de produção ou do processo decisório de aplicação da mais-valia, estando a grande maioria integrada ao setor público após (para muitos) regular aprovação em concurso público. Esses agentes, na mensagem transmitida ao inconsciente coletivo, seriam os grandes responsáveis pelo colapso do sistema. Afinal, são detentores de “privilégios” de toda ordem. Em segundo lugar, a PEC, ao ser elevada ao patamar de paradigma do “bem”, descarta dos mais mezinhos princípios de lógica argumentativa. Ao que parece, por ser do “bem”, adjetivo conquistado pela força da pena, não dos argumentos, não careceria de maior fundamentação, pois quem é do “bem” não pode assumir postura outra senão permanecer ao seu lado.

A principal lógica da PEC é a de atribuir aos segurados o restabelecimento do equilíbrio do sistema, pretérito, qualquer que seja a dimensão do *deficit*, e futuro, objetivo que será alcançando, como veremos, com a majoração da alíquota da contribuição ordinária, que será fixada de modo progressivo para os maiores rendimentos; com a possibilidade de criação de contribuição extraordinária, que pode estender-se por décadas; com o aumento da idade e do tempo de contribuição exigidos e com a redução do valor dos benefícios a serem pagos.

Esse pesado ônus atribuído ao segurado, em um plano de estrita racionalidade, ou decorreria de sua responsabilidade pelo colapso do sistema atual ou pela vantagem que deve auferir.

Em relação à responsabilidade, não é dedicada uma linha sequer à explicação das razões conducentes à derrocada financeira do sistema. Não há notícias, por exemplo, de auditorias realizadas nos regimes de previdência, esclarecendo o montante de isenções e de reduções de alíquota ou de base de cálculo da contribuição a cargo dos empregadores no regime geral de previdência social, bem como o impacto causado pelas fraudes historicamente praticadas e pelos elevados níveis de sonegação, ou mesmo sobre o nível de eficiência da Fazenda Pública na recuperação destes valores. Também não se explica como o uso de recursos da previdência social em outros planos da seguridade social, que também abrange a saúde e a assistência social, impactou o sistema. Apesar do silêncio, o governo bem sabe que o impacto efetivamente existe. Não é por outra razão que a PEC considera, como objetivo da seguridade social, a segregação contábil do seu orçamento nas ações de saúde, previdência e assistência social (inciso VI do parágrafo único do art. 194). Reforçando a necessidade de comprometimento dessas receitas com os seus fins, o art. 39 da PEC veda a aplicação da sistemática de *desvinculação das receitas da União* às contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social.

Ainda sob o prisma da responsabilidade, soa no mínimo desleal atribuir-se ao segurado o ônus econômico de soerguer o sistema, sem se indicar previamente o montante financeiro envolvido ou como a má-gestão contribuiu para esse quadro. Na sistemática da PEC, o segurado deixará de ser visto como tal e passará a ser o segurador do gestor, que pode exteriorizar a sua incompetência e o seu fisiologismo político sem maiores preocupações. Afinal, as decisões fundamentais serão vistas como manifestação do poder discricionário e, na hipótese bem provável de prejuízos serem causados, os segurados, digo, seguradores, lá estarão para sanear o *deficit*.

No que diz respeito a uma possível vantagem, é fácil perceber que não será auferida pelos segurados, incluindo os “ricos” a que se refere a proposta. Os ricos, em verdade, são aqueles que possuem melhor qualificação, o que lhes permite exercer atividades que a maior parte da população não é capaz de realizar – lembrando-se que cerca de 50% da população com mais de 25 anos de idade tem apenas o ensino fundamental completo. Para entendermos a dramaticidade do quadro atual, basta pensarmos na explicação de Jan Tinbergen, o primeiro Nobel de Economia, no sentido de que educar é passar da condição de não qualificado para a de qualificado, o que permite a obtenção de posição e salário mais elevados. Como resultado da qualificação da massa, o mercado absorve os não qualificados, os quais, ao se apresentarem em reduzido número, têm sua posição reforçada no jogo da oferta e da procura. Na medida em que a massa da nossa população não é qualificada, sua mão de obra não é valorizada. O governo, por sua vez, achata os benefícios que lhe são devidos, o que é natural, pois a falta de qualificação compromete o crescimento econômico do País e marginaliza os qualificados, que recebem a alcunha de ricos e se veem inexoravelmente condenados pelo pecado de terem atendido à convocação do Poder Público para integrar os seus quadros.

Mas quem é realmente beneficiado pela PEC? A própria PEC responde em seu art. 38: “o disposto no §11-A do art. 195 da Constituição não se aplica às isenções, às

reduções de alíquota ou à diferenciação de base de cálculo previstas na legislação anterior à data de promulgação desta Emenda à Constituição”. E o que diz o art. 195, §11-A? Responde-se: é vedado o tratamento favorecido para contribuintes, por meio de concessão de isenção, da redução de alíquota ou de base de cálculo das contribuições sociais a cargo dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, e dos trabalhadores e demais segurados da previdência social. Como se percebe, “privilégios” efetivamente existem e foram mantidos. À luz da simplicidade da opção governamental, questionamos: será que não existe um único comando legal que demande revisão? Todos os benefícios concedidos são justos e adequados, considerando uma finalidade pública a ser alcançada? Qual é o seu impacto na arrecadação? Não se sabe. A desfaçatez em se ignorar a relevância desses questionamentos é tão intensa que a PEC não se limita a preservar os benefícios tributários já concedidos. Vai mais longe! Mantém a eficácia da própria legislação em vigor, o que significa dizer que novos benefícios poderão ser concedidos. Não se pode negar que alguns têm muito o que comemorar. Afinal, com a aprovação da PEC, um benefício outrora legal passará a ter estatutura constitucional, sem que o governo sequer se dê ao trabalho de indicar que leis são essas! Das duas, uma: ou não sabe, o que é pouco provável, ou não acha conveniente dizer. Essa curiosa situação certamente ajuda a entender a enfática defesa da PEC que alguns setores, “pelo bem do Brasil”, já realizam.

Mas os beneficiados pela PEC não param por aí. Além daqueles expressamente contemplados com as benesses da viúva, ainda há os que foram simplesmente esquecidos ou que, melhor dizendo, pelas suas “especificidades”, merecem um tratamento diferenciado, *a posteriori*. É o caso dos militares, federais ou estaduais. Em um momento de colapso do sistema previdenciário, o mínimo que se espera é que o povo brasileiro, incluindo os “ricos” e “privilegiados”, tenha pleno conhecimento do papel desse setor no crescimento do *deficit* previdenciário. Ou será que, em nossa atual quadra histórica, é minimamente razoável a tese de que a Chefia do Poder Executivo tem a prerrogativa de escolher quem está dentro ou fora do calvário? O governo em prol de categorias específicas é compatível com uma república? Será que a inserção dessa categoria na reforma não diminuiria em alguns meses o momento de fruição do benefício previdenciário? Ou aumentaria em alguns centavos o seu valor? O governo bem sabe a resposta. Mas o povo brasileiro não tem o direito de saber? Ou a democracia e o princípio republicano cessaram de existir com as eleições pretéritas? É fácil concluir, mesmo para os ingênuos, que em PECs separadas a conclusão de uma reforma não está atrelada à conclusão da outra, o que pode ser postergado para momento futuro, quando as nuances do presente forem arrefecidas e as ranhuras do passado há muito esquecidas. O futuro, ao fim e ao cabo, será uma figura sem sentido, estranha à própria utopia tão cuidadosamente estruturada por Thomas More.

Também causa estranheza que dirigentes de sociedades de economia mista e empresas públicas, cargos cobiçados pela fisiologia que historicamente alimenta o nosso sistema político e que não estão sujeitos ao teto remuneratório constitucional quando os respectivos entes não recebam recursos públicos, tenham deixado de ser convocados para se “solidarizar” com o restabelecimento da “normalidade” do sistema

de previdência. Quando cotejados com esses agentes, os “ricos” a que se referiu a proposta, tamanha a disparidade de remuneração, não passam de esmoleiros torcendo por um dia de sol. Mas os burocratas de plantão, de dedo em riste, não hesitarão em afirmar: o regime próprio de previdência social somente alcança autarquias e fundações, não os entes com personalidade jurídica de direito privado, ao que replicamos nós: em crises extremas, as medidas de moralização hão de ser igualmente extremas.

3. A Desconstitucionalização do Direito à Previdência

A previdência social está inserida no rol dos direitos sociais enunciados no art. 6º da Constituição de 1988, coexistindo, lado a lado, com outros de indiscutível relevância para a coletividade, como a saúde, a assistência aos desamparados e a educação. A exemplo dos demais, a sua proteção está umbilicalmente ligada à concepção mais ampla de dignidade da pessoa humana. Afinal, com o passar dos anos, a força para o trabalho diminui, devendo existir mecanismos que permitam a continuidade da vida. Além da enunciação desse direito social, a Constituição de 1988 detalhou os seus lineamentos básicos para os setores público e privado. Mas o que pretende a PEC? Simplesmente desconstitucionalizar o direito à previdência social, que passaria a ser disciplinado em lei complementar (*vide* a nova redação proposta para os arts. 40, §1º, e 201, §1º, da Constituição de 1988).

A ordem constitucional, considerando os limites mais rígidos impostos ao poder reformador, é realmente um complicador para as maiores ocasionais. Aliás, é justamente em razão da maior importância ostentada por certos direitos que se optou pela sua inserção na ordem constitucional. Remover essa proteção significa atentar de modo intenso e visceral contra a própria permanência do direito. Nessa linha, é fácil perceber o porquê de o direito à previdência social ter sido detalhado, enquanto o “direito ao lazer” foi meramente enunciado.

A desconstitucionalização conduz à proteção deficiente, sendo manifestamente incompatível com a cláusula pétrea do art. 60, §4º, IV, da Constituição de 1988, pois tendente a abolir “os direitos e garantias individuais” em sua expressão constitucional. Ressalte-se ser nitidamente estéril o debate sobre estarem, ou não, os direitos sociais abrangidos pela proteção oferecida na referida cláusula. Afinal, são vitais à preservação da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) que direciona a compreensão de todos os direitos previstos no sistema e é por eles especificado.

4. Ainda Temos Federação?

Na sistemática vigente, a União possui competência concorrente com os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre “previdência social” (art. 24, XII), limitando-se à edição de normas gerais (art. 24, §1º). Considerando os balizamentos oferecidos pela Constituição de 1988 em matéria previdenciária, essa competência tem um alcance bem distinto daquele que terá se a PEC for aprovada. Afinal, neste caso, os balizamentos do sistema seriam transferidos do plano constitucional para o infraconstitucional. Além

disso, o conceito de normas gerais, com o beneplácito do Supremo Tribunal Federal, termina por ser aquele cunhado pela União, que pode expandi-lo ou retrai-lo como melhor lhe aprouver. O resultado, de modo simples e objetivo, será uma ampla e irrestrita submissão dos demais entes federativos, no delineamento do seu regime próprio, ao juízo de valor das maiorias ocasionais à frente das estruturas de poder da União.

Não bastasse a tentativa de se assenhorear da competência legislativa em matéria previdenciária, a União, com a aprovação da PEC, ainda terá competência, de acordo com a nova redação que se pretende atribuir ao art. 40, §1º, para “fiscalizar” os demais entes federativos nos termos da lei complementar a ser editada. E caso a União entenda que foram descumpridas “as regras gerais de organização e de funcionamento do regime próprio de previdência social de que trata o art. 40”, será vedada a transferência voluntária de recursos para o ente faltoso, bem como a concessão de avais, garantias e subvenções e a outorga de empréstimos e de financiamentos por instituições financeiras federais (vide nova redação do art. 167, XIII). Na medida em que essa consequência, caso ocorra, conduzirá o ente federativo à bancarrota, tamanha a hegemonia da União na arrecadação tributária e no estabelecimento dos limites que entenda adequados para a sua atuação, é factível que, ao menos em matéria previdenciária, transitaremos do Estado federal para o unitário.

À luz desse quadro, é tarefa assaz difícil imaginar exemplo mais eloquente de afronta à forma federativa de Estado, cláusula pétrea integrada ao art. 60, §4º, I, da Constituição de 1988, que este oferecido pela PEC nº 6/2019. A “técnica de persuasão” do art. 167, XIII, também alcançará os entes que não ajustarem sua legislação nos 6 meses subsequentes à aprovação da reforma (art. 16), ressalvada a instituição dos regimes de previdência complementar, cujo prazo é de 2 anos.

5. Os Regimes Previdenciários

A PEC dispõe, basicamente, sobre a existência de três regimes previdenciários de caráter permanente: (1) os regimes próprios de previdência social de cada ente federativo, para os titulares de cargos efetivos, e, não sendo viável a existência do regime nos planos administrativo, financeiro e atuarial, será aplicado o regime geral de previdência social aos servidores do respectivo ente (novo art. 40, §1º, II)¹; (2) o regime geral de previdência social, aplicável aos servidores que não sejam titulares de cargo efetivo e aos demais trabalhadores; e, inovando em relação a esses dois regimes de repartição, nos quais a aposentadoria voluntária é concedida com base no binômio idade-tempo de contribuição, é previsto (3) o “novo regime de previdência social”, organizado com base em sistema de capitalização, admitida a denominada “capitalização nocional.”

O funcionamento de cada um desses regimes será detalhado em lei complementar. Enquanto esse diploma normativo não for editado, a própria PEC estabeleceu regras

¹ A análise da nova redação proposta para o art. 40, §1º, VII, da Constituição permite concluir que a adesão a consórcio público somente pode ter por objeto a “estruturação, organização e natureza jurídica da entidade gestora do regime”, não a instituição do regime próprio, sendo adotada a lógica binária de que, para cada ente federativo, deve existir um regime próprio (nova redação do art. 40, §1º, II).

provisórias aplicáveis aos servidores vinculados aos regimes próprios (art. 12) e aos demais segurados, que estão vinculados ao regime geral de previdência social (art. 24).

Em relação ao regime próprio, a aposentadoria voluntária exigirá 25 anos de contribuição, tempo mínimo de 10 anos de efetivo serviço público e 5 anos de exercício no cargo efetivo em que ocorrer a aposentadoria, bem como a idade mínima de 62 anos para a mulher e 65 anos para o homem (art. 12, §3º). Ainda há redução da idade, mas com a ampliação, em alguns casos, do tempo de contribuição para professores, policiais (excluídos os militares e os bombeiros militares), agentes penitenciários ou socioeducativos, servidores com exposição a agentes nocivos e servidores com deficiência. Nessa sistemática transitória não há *integralidade* (*rectius*: benefício inicial correspondente à última remuneração recebida na ativa) e muito menos *paridade* (*rectius*: benefício reajustado sempre que for reajustada a remuneração dos servidores da ativa). O benefício inicial, para a maior parte dos segurados, corresponde a um percentual da média aritmética simples das remunerações e dos salários de contribuição, utilizados os critérios do regime geral de previdência social, acrescido de 2% por ano de contribuição que exceder 20 anos. Os proventos assim calculados não poderão ser inferiores ou superiores aos limites do regime geral, sendo complementados pela previdência complementar instituída pelo respectivo ente federativo, caso já a possua. Em relação à pensão por morte, que também observará os limites do regime geral de previdência social, será fixada uma cota familiar de 50%, acrescida de 10% por dependente, até o limite de 100% (previsão similar já constara da MP nº 664/2014, mas não foi mantida na lei de conversão, a Lei nº 13.135/2015). Tratando-se de óbito do aposentado, o benefício será calculado com base na totalidade dos proventos do falecido; tratando-se de servidor em atividade, o cálculo do benefício considerará os proventos a que o servidor faria jus caso fosse aposentado por incapacidade permanente. O tempo de duração da pensão por morte é o mesmo do regime geral, que está disciplinado no art. 77 da Lei nº 8.213/1991, com a redação dada pela Lei nº 13.135/2015. O reajuste dos benefícios seguirá os termos estabelecidos para o regime geral (art. 12, §12). Ainda foram estabelecidos limitadores para a acumulação que venha a ocorrer após a aprovação da PEC, entre pensão por morte e aposentadoria: um benefício será recebido na íntegra, sendo acrescido, no máximo, de vinte por cento do valor do outro benefício que exceda 3 salários mínimos, até o limite de quatro salários mínimos (art. 12, §10).

No regime geral de previdência social, a aposentadoria voluntária exigirá 20 anos de contribuição e a idade mínima de 62 anos de idade, se mulher, ou 65 anos de idade, se homem, sendo igualmente estabelecidos requisitos diferenciados para trabalhadores rurais e professores. Ainda foi previsto que essas idades seriam reajustadas em 1º de janeiro de 2024 e, a partir dessa data, a cada quatro anos, “quando o aumento na expectativa de sobrevida da população brasileira atingir os sessenta e cinco anos de idade” (art. 24, §3º). A respeito da “sobrevida” a que se refere o preceito reformador, retomaremos a sua análise em tópico específico, pois esse significante traz consigo algo mais que a literalidade dos seus contornos semânticos poderia sugerir. O cálculo do benefício segue a mesma sistemática afeta ao regime próprio.

É importante ressaltar que as leis de custeio e de benefícios do regime geral (Leis nº 8.212 e nº 8.213/1991) serão recepcionadas com o *status* de lei complementar (art. 37), o que é justificável, pois serão aplicáveis, em diversos pontos, aos servidores públicos, cujas normas gerais, em matéria previdenciária, serão veiculadas pela União por meio de lei complementar.

Considerando que tanto nos regimes próprios como no regime geral o valor máximo dos benefícios será o mesmo, é curiosa a exigência, nos primeiros, de vinte e cinco anos de contribuição e, no último, de apenas vinte anos. É bem provável que a distinção decorra do fato de a maior parte dos benefícios vinculados aos regimes próprios se aproximar do limite máximo, enquanto no regime geral ocorre justamente o inverso, mas estamos perante mera cogitação.

Por fim, tem-se o novo regime de previdência social, cujas características essenciais estão previstas no novo art. 115 do ADCT e serão objeto de maior detalhamento em lei complementar.

O primeiro aspecto relevante em relação ao novo regime diz respeito à sua característica fundamental: é um regime de capitalização (novo art. 115, I, do ADCT). Em outras palavras, a contribuição paga pelo segurado é direcionada a uma conta específica, a ele vinculada, sendo os valores reajustados conforme os índices definidos na legislação de regência, o que não deixa de oferecer certa complexidade, considerando o risco de o respectivo poder aquisitivo ser corroído a partir da escolha de índice inadequado. Para remediar esse quadro, a PEC faz menção a um “*fundo solidário*” (novo art. 115, II, do ADCT), destinado a garantir o recebimento de “*piso básico*” pelo segurado, não inferior ao salário mínimo. Essa solidariedade, é bem provável, terminará por onerar os próprios participantes do novo regime.

O segundo aspecto digno de nota está na possibilidade de o novo regime adotar o “*sistema de cotas nocionais*.” O exato sentido dessa expressão será definido em lei complementar. Apesar disso, embora estejamos perante conceito novo em nossa realidade, pode-se afirmar, considerando a experiência do direito comparado, que essa espécie de cota indica a possibilidade de serem identificados e computados os recolhimentos realizados, embora os recursos possam ser utilizados por um gestor temporário até serem entregues, de modo fragmentado, mês a mês, ao segurado. Em outras palavras, enquanto, na capitalização, os recursos permanecem em uma conta individual, na cota nocional, o valor recolhido é conhecido, mas é incorporado a um todo maior.

Por fim, da análise exclusiva do novo art. 115 do ADCT, constata-se que o novo regime será implementado “alternativamente” aos dois já existentes (*rectius*: regime próprio e regime geral), não ficando claro se irão coexistir, podendo o segurado optar por um ou outro, ou se o seu surgimento importará na necessária migração dos segurados vinculados ao regime que o antecedeu. De acordo com o novo art. 201-A da Constituição, direcionado aos segurados do regime geral de previdência social, o regime “será de caráter obrigatório para quem aderir”. Já o novo art. 40, §6º, dispõe que os entes federativos “instituirão para o regime próprio de previdência social o sistema obrigatório de capitalização individual previsto no art. 201-A, no prazo e nos

termos que vierem a ser estabelecidos na lei complementar federal de que trata o referido artigo.” Como se percebe, o art. 40, §6º, veicula um comando cogente para os entes federativos, o que permite concluir que o novo regime será obrigatório para os servidores ocupantes de cargo efetivo e facultativo para os demais. A partir dessa dicotomia, é possível compreender o alcance da regra do §1º do novo art. 115 do ADCT, segundo o qual “a lei complementar de que trata o art. 201-A da Constituição definirá os segurados obrigatórios do novo regime de previdência social de que trata o *caput*.” Apesar de os idealizadores da PEC, propositadamente, terem transitado pela penumbra da noite, evitando, ao máximo, a luz do sol, esse segurado obrigatório só pode ser um: o servidor ocupante de cargo efetivo. Afinal, como o novo regime, por imposição constitucional, é opcional para aqueles vinculados ao regime geral, a legislação infraconstitucional não pode alçar nenhum deles ao *status* de segurado obrigatório. Não é demais lembrar que essas dificuldades hermenêuticas só contribuem para fragilizar ainda mais a posição jurídica do segurado.

A PEC também não dedica uma linha sequer às diretrizes a serem observadas na migração do antigo para o novo regime, o que será feito pela lei complementar, da maneira que melhor lhe aprouver.

6. O Abono de Permanência

O abono de permanência, atualmente fixado em valor idêntico ao da contribuição previdenciária, é devido aos servidores que, tendo preenchido os requisitos para a aposentadoria voluntária, permanecem em atividade. A PEC, embora tenha preservado a sua existência, dispôs que seria equivalente, no máximo, ao valor da referida contribuição (nova redação do art. 40, §8º, da Constituição). Caso o ente federativo não edite a lei exigida, prevalecerá a equivalência com a contribuição previdenciária. A preocupação, aqui, não é com o equilíbrio do regime previdenciário, mas, sim, com os cofres públicos. Explica-se: desde a Emenda Constitucional nº 41/2003, o servidor recolhe a contribuição para o regime de previdência e o ente federativo repõe o respectivo valor a título de abono de permanência. Até então, havia isenção previdenciária. Qual é a razão para se reduzir esse benefício do servidor, já exaustivamente massacrado pela reforma?

A mesma sistemática será aplicável aos servidores alcançados pelas regras de transição (art. 10), sendo resguardado, apenas, o direito adquirido daqueles que já recebem o abono (art. 9º).

7. A Contribuição Previdenciária

A PEC preservou, em relação aos regimes próprios e ao regime geral, o sistema de repartição, custeado por meio de contribuições dos segurados ativos, aposentados e pensionistas, bem como por contribuições do respectivo ente federativo em relação aos primeiros. Especificamente em relação aos regimes próprios, caberá à lei complementar definir os termos em que se dará o concurso entre recursos

públicos e privados. Em relação ao “*novo regime de previdência social*”, que funciona no sistema de capitalização ou de cota nocional, ainda existe a “possibilidade” de a lei complementar prever “contribuições patronais e do trabalhador, dos entes federativos e do servidor, vedada a transferência de recursos públicos” (nova redação do art. 115, VII, do ADCT), o que tende a onerar ainda mais o segurado.

Nos regimes próprios de previdência social, as contribuições podem ser de natureza ordinária ou extraordinária, cabendo à lei complementar definir a forma de apuração da base de cálculo e de definição da alíquota (nova redação do art. 40, §1º, III, e do art. 149 da Constituição), o mesmo ocorrendo em relação aos “mecanismos de equacionamento do *deficit* atuarial e de tratamento de eventual *superavit*” (nova redação do art. 40, §1º, VI).

A contribuição ordinária pode ter alíquotas progressivas ou escalonadas, sendo que, em relação aos aposentados e pensionistas, somente incidirá sobre o valor do benefício que supere o limite máximo do regime geral. Essa contribuição não pode ser inferior à praticada no âmbito da União, salvo se demonstrado que o regime próprio do respectivo ente não apresenta *deficit* atuarial, o que configura, na atualidade, exceção mais que excepcional. Essa alíquota foi inicialmente fixada em 14%, que vigorará até que sobrevenha a lei que altere o plano de custeio do regime próprio de previdência social da União (art. 14). Aqui, como se percebe, não é exigida lei complementar, o que torna possível, inclusive, a edição de medida provisória (*vide* art. 62 da Constituição de 1988).

No âmbito da União, a alíquota será objeto de redução ou ampliação conforme a base de cálculo utilizada (art. 14, §1º). Na primeira faixa, para quem recebe até um salário mínimo, haverá redução de 6,5 pontos; na sexta faixa, para aqueles que recebem mais de R\$ 39.000,01, haverá acréscimo de 8 pontos, totalizando uma alíquota de 22%. Como a alíquota deve ser aplicada de “*forma progressiva*” (art. 14, §2º), é defensável a tese de que o valor recebido por cada servidor ativo, aposentado e pensionista deve ser decomposto entre as distintas faixas, de modo a incidir a respectiva alíquota em cada uma delas. Caso prevaleça essa ótica, aquele que receber R\$ 39.100,00 somente seria alcançado pela alíquota de 22% em relação à parcela de R\$ 99,99.

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios terão 180 dias para adequar as alíquotas de contribuição dos seus servidores, “podendo adotar o escalonamento e a progressividade de apuração das alíquotas previstas no art. 14” (art. 15, §1º). Caso não o façam, a alíquota de 14% será definitivamente aplicada a todos os servidores (art. 15, §2º).

A contribuição extraordinária é destinada a equacionar o *deficit* atuarial dos regimes próprios, o que significa dizer que a PEC torna os segurados seguradores de um sistema historicamente mal administrado. Deve ser estabelecida por prazo determinado, mas a PEC não obsta que seja fixada por lapsos demasiado longos, como décadas. Aliás, o art. 13, §1º, da PEC faz menção à possibilidade de sua cobrança alcançar aposentados e pensionistas que recebam benefício superior a um salário mínimo, o que pode estender-se por 20 anos (art. 13, §2º). Quanto às alíquotas, permite que sejam diferenciadas, conforme os critérios estabelecidos na nova redação do art.

149, §1º-C, sem prejuízo de outros que venham a ser definidos em lei complementar. São eles: condição de servidor ativo, aposentado e pensionista; histórico contributivo para o respectivo regime; regra de cálculo do benefício de aposentadoria ou pensão implementado; e valor da base de contribuição ou do benefício recebido. Pela abertura desses critérios, ao que se soma a desconexão de alguns deles com o referencial de capacidade contributiva, como se verifica em relação à *"regra de cálculo do benefício"* pago, temos um palco propício a arbitrariedades de toda ordem.

A contribuição extraordinária, na forma como prevista na PEC, é ato de puro arbítrio, pois passa ao largo das causas e dos culpados pela inviabilização do sistema. Além disso, está bem próxima da linha imaginária que separa a tributação legítima do confisco, vedado pelo art. 150, V, da Constituição.

Note-se que a PEC autoriza que as receitas de impostos estaduais e municipais sejam vinculadas à prestação de garantia ou contragarantia à União ou para pagamento de débitos que tenham a favor desta (nova redação do art. 167, §4º, I), bem como para o pagamento das contribuições devidas e dos débitos do ente federativo com o regime próprio de previdência, mas desde que remanesçam recursos após o cumprimento das obrigações assumidas com a União (nova redação do art. 167, §4º, II).

8. A Transição e a Segurança Jurídica

A exemplo das Emendas Constitucionais nºs 20, 41 e 47, também a PEC nº 6/2019 estabelece regras de transição para aqueles que já se encontram vinculados aos regimes próprios e ao regime geral: o Capítulo III da PEC (arts. 3º a 11) é dedicado aos primeiros, enquanto o Capítulo V (arts. 18 a 23) alcança o último.

No que diz respeito aos regimes próprios de previdência social, são contempladas regras direcionadas aos servidores públicos em geral, aos professores, aos policiais (excetuados os militares e os bombeiros militares), aos agentes penitenciários e socioeducativos, aos servidores que atuem em condições especiais prejudiciais à saúde e aos servidores com deficiência, além de regras para os titulares de mandato eletivo e para a pensão por morte. As distinções existentes situam-se na idade mínima exigida, no tempo de contribuição e no modo de cálculo e de reajuste do benefício, prevalecendo, ou não, a integralidade e a paridade. Para preservar a objetividade da exposição, centraremos nossa atenção na situação dos servidores públicos em geral e nas respectivas pensões, ressaltando, desde logo, que todos os agentes mencionados podem optar pelas normas que venham a ser estabelecidas pela lei complementar a que se refere o art. 40, §1º.

Para que os servidores públicos em geral possam aposentar-se pelas regras de transição, devem ter 20 anos de efetivo exercício no serviço público e 5 anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria. Além disso, é exigida uma combinação de idade e tempo de contribuição que apresenta variações para o homem e para a mulher, podendo ser subdividida do seguinte modo:

a) até 31 de dezembro de 2019:

Mulher: 56 anos de idade e 30 de contribuição, totalizando 86 pontos;

Homem: 61 anos de idade e 35 de contribuição, totalizando 96 pontos.

b) a partir de 1º de janeiro de 2020:

A pontuação referida na alínea *a* será acrescida a cada ano de 1 ponto, até atingir o limite de 100 pontos, se mulher, e de 105 pontos, se homem. Quando atingido esse limite, a pontuação será ajustada na forma definida em lei complementar, “quando o aumento na expectativa de sobrevida da população brasileira atingir os sessenta e cinco anos de idade”, temática que será objeto de análise em item específico.

c) a partir de 1º de janeiro de 2022:

Além da continuidade do aumento da pontuação referida em *b*, a idade mínima mencionada em *a* será de 57 anos, se mulher, e 62 anos, se homem.

A partir dessa sistemática básica para a concessão do benefício, as regras de transição sofrem novo detalhamento, desta feita para definir o seu valor e a forma de reajuste:

a) ingressos no serviço público até 31 de dezembro de 2003:

São observadas a integralidade e a paridade para aqueles que se aposentem aos 62 anos, se mulher, e 65 anos, se homem.

b) ingressos no serviço público após 31 de dezembro de 2003 ou que não observem a idade mínima referida em a:

Benefício correspondente a 60% da média aritmética das remunerações e dos salários de contribuição, acrescidos de 2% para cada ano de contribuição que exceder 20 anos, até o limite de 100%.

O benefício será reajustado nos termos do regime geral.

c) ingressos no serviço público após a instituição do regime de previdência complementar² ou que tenham optado por esse regime:

² Nem todos os entes federativos instituíram o regime de previdência complementar, autorizado pela EC nº 20/1998 e reiterado pela EC nº 41/2003. No plano federal, o regime foi instituído pela Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012; entre os Estados, o Rio de Janeiro, por exemplo, instituiu o seu regime por meio da Lei nº 6.243, de 21 de maio de 2012.

Benefício correspondente a 60% da média aritmética das remunerações e dos salários de contribuição, acrescidos de 2% para cada ano de contribuição que exceder 20 anos, até o limite de 100%, observado o limite máximo do regime geral.

O benefício será reajustado nos termos do regime geral.

É factível que o regime de transição somente é minimamente atrativo quando estiver atrelado à integralidade e à paridade, sempre contempladas nas normas de transição das Emendas nºs 20, 41 e 47. Ocorre que a PEC, fazendo tábula rasa à técnica reformadora adotada nas duas últimas décadas e, de modo correlato, ignorando o princípio da segurança jurídica, estabeleceu exigências rigorosas para os servidores que seriam alcançados pela transição. Além de ter exigido a mesma idade para todos os servidores que desejem se aposentar após a aprovação da PEC (62 anos para a mulher e 65 anos para o homem), conforme disciplina traçada em seu art. 12, ampliou o período de contribuição ordinariamente exigido, de 25 anos, para 30 anos, se mulher, ou 35 anos, se homem. Não bastasse isto, ainda inviabilizou o regime de transição ao permitir que, quando integralizada a exigência de 100 pontos para a mulher e 105 para o homem, a lei complementar pudesse ampliá-la quando a expectativa de sobrevida atingisse 65 anos, o que será analisado em tópico próprio.

Também foi objeto de regra de transição a pensão por morte (art. 8º da PEC). A principal distinção, considerando o regime provisório do art. 12, aplicável aos servidores não alcançados pelas regras de transição, é a possibilidade de o benefício ultrapassar o limite do regime geral de previdência social. Nesse caso, o valor do benefício equivalerá ao limite, acrescido de 70% do que o ultrapassar. O tempo de duração do benefício seguirá os padrões do regime geral, o mesmo ocorrendo em relação aos critérios de reajuste.

Quanto ao regime geral de previdência social, são estatuídas três regras de caráter genérico, nos arts. 18, 19 e 20, como mecanismos de transição para os filiados até a data de aprovação da PEC, com sistemáticas distintas de idade, tempo de contribuição e cálculo do benefício.

9. A Sobrevida a partir dos 65 Anos

Fórmula utilizada de modo recorrente na PEC diz respeito ao *“aumento na expectativa de sobrevida da população brasileira”*, empregada para ajustar a idade mínima para a concessão dos benefícios previdenciários. Nos preceitos que integrarão o corpo permanente da Constituição, a fórmula é utilizada exatamente com essa configuração semântica nos arts. 40, §3º, e 201, §4º; o mesmo ocorrendo em relação à disciplina provisória de benefícios assistenciais, o que se vê no art. 41, §2º, da PEC. Já nas regras de transição, em que é permitida a fruição de benefícios pelos segurados com idade igual ou inferior a 65 anos, é prevista a possibilidade dessa idade ou da respectiva pontuação ser ampliada *“quando o aumento na expectativa de sobrevida da população brasileira atingir os sessenta e cinco anos de idade.”* É o que se verifica nos arts. 3º, §3º; 4º, §1º; 5º, §1º; 6º, §2º; 18, §5º; 19, §4º; 21, §3º; 22, §5º; e 24, §3º, da PEC.

Para que seja identificada a razão de ser desses preceitos, é preciso distinguir “expectativa de vida” de “expectativa de sobrevida”: enquanto a primeira diz respeito ao período de tempo no qual uma pessoa tende a permanecer viva, sendo contada a partir do seu nascimento, a segunda diz respeito ao período de tempo em que uma pessoa tende a permanecer viva a partir da sua aposentadoria.

A expectativa de sobrevida passou a ser considerada pela previdência social a partir da Lei nº 9.876/1999, diploma normativo que criou o fator previdenciário. Esse fator busca estabelecer uma correlação entre a idade de aposentadoria ou tempo de contribuição e a referida expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria. Essa expectativa é obtida a partir da tabela completa de mortalidade elaborada pelo IBGE, que realiza uma média nacional única para ambos os sexos. De acordo com a tabela do ano 2017, a expectativa de vida encontrada foi de 76,0 anos para o total da população. Por sua clareza, merece ser transcrito breve trecho da exposição de motivos que acompanha a PEC nº 6/2019:

32. Importância do conceito de expectativa de sobrevida. O indicador demográfico com repercussão direta em termos previdenciários é a expectativa de sobrevida em idades avançadas, uma vez que tal conceito reflete em certo grau a expectativa de duração média para pagamento de benefícios previdenciários permanentes (aposentadorias e pensões). Atualmente, a expectativa de sobrevida aos 65 anos é de 18,7 anos, logo, uma pessoa nessa idade deve viver, em média, até os 83,7 anos. Diferentemente do que ocorre com o indicador de expectativa de vida ao nascer, a variação dos valores do indicador de expectativa de sobrevida em idades avançadas entre as Unidades da Federação é bastante reduzida. Em relação à idade média que atingirão os idosos com 65 anos, o menor valor (81 anos) encontra-se em Rondônia e o maior (85 anos) no Espírito Santo. Quando agregamos por região, as diferenças são ainda menores: 84,5 anos no Sul e Sudeste, 83,3 no Centro-Oeste, 82,9 no Nordeste e 82,2 no Norte.

33. Aumento da expectativa de sobrevida em idades avançadas. O crescimento da expectativa de sobrevida aos 65 anos cresceu de cerca de 10,6 anos em 1940 para 18,7 anos em 2017, e deve aumentar nas próximas décadas até cerca de 21,2 anos em 2060. A expectativa de vida dos homens com 65 anos cresceu de 9,3 para 16,9 anos entre 1940 e 2017. A das mulheres saltou de 11,5 para 20,1 anos. Portanto, para um homem e uma mulher que cheguem aos 65 anos de idade, é esperado que eles vivam até os 81,9 e 85,1 anos, respectivamente.

Na medida em que, de acordo com o Sr. Ministro de Economia, que subscreveu a exposição de motivos e capitaneou a elaboração da PEC nº 6/2019, a expectativa de sobrevida do brasileiro, atualmente, considerando os 65 anos de idade, é de 16,9 anos para o homem e 20,1 anos para a mulher, qual é o significado da fórmula *“quando o aumento na expectativa de sobrevida da população brasileira atingir os sessenta e cinco anos de idade”*? Explica-se: o que pretende a PEC é inviabilizar, ao máximo, as normas de transição. Afinal, no momento em que a reforma for promulgada, a pontuação máxima exigida dos servidores em geral, fixada em 105 pontos para os homens, já estará 16,9 anos defasada, podendo ser imediatamente aumentada para 122 pontos. Com a vênua possível, essa iniciativa, para dizer o mínimo, não é digna de encômios.

10. O Direito Adquirido

A PEC, em seus arts. 9º e 23, respeitou, em toda a sua extensão, os direitos adquiridos por aqueles que, à época da promulgação da reforma, já tenham preenchido os requisitos exigidos para a obtenção dos benefícios previdenciários e a percepção do abono de permanência.

Epílogo

A PEC nº 6/2019, de acordo com os seus idealizadores, tem o objetivo de restabelecer o equilíbrio atuarial do sistema previdenciário brasileiro e de torná-lo viável em médio e em longo prazo. O desafio a ser enfrentado pelo Congresso Nacional é o de alcançar esses objetivos sem transferir, para os segurados, a integralidade de um ônus que é apenas parcialmente seu.

Aspectos Jurídicos no Combate e Prevenção ao Ransomware

Fábio Lucena de Araújo*

Sumário

1. Introdução. 2. *Ransomware*. 3. Dinâmica dos Ataques. 3.1. A Implantação do *Malware*. 3.2. A Instalação do *Malware*. 3.3. O Controle da Máquina. 3.4. Destruição de Dados e “Extorsão” das Vítimas. 3.5. A Criptomoeda. 4. Prevenção. 5. A Polícia Judiciária e o Combate ao *Ransomware*. 5.1. Principais Mecanismos de Investigação. 6. Mecanismos de Cooperação Internacional. 6.1. Territorialidade. 7. Análise Legislativa (Lei nº 12.737/2012). 8. Conclusão. Referências.

Resumo

A evolução tecnológica fez surgir novos crimes cibernéticos, entre eles, o ataque por *ransomware*. Prática cada vez mais recorrente, onde o criminoso, através de criptografia, impossibilita o acesso à máquina infectada, cobrando um valor em dinheiro (geralmente em moeda virtual) para liberar o acesso ao usuário. Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar a prevenção e a atuação da polícia judiciária no combate ao *ransomware*, discorrendo sobre seus limites jurídicos e observando os mecanismos de cooperação internacional, utilizando-se da pesquisa bibliográfica, bem como da exegese dos diplomas legais.

Abstract

Technological evolution has given rise to new cyber crimes, including the ransomware attack. Increasingly recurring practice, where the criminal through encryption, makes it impossible to access the infected machine, charging a cash value (usually in virtual currency) to release access to the user. In this context, this article aims to analyze the prevention and action of the judicial police in the fight against “ransomware”, discussing its legal limits and observing the mechanisms of international cooperation, using bibliographical research, as well as the exegesis of legal diplomas.

Palavras-chave: Aspectos jurídicos. Combate e prevenção. *Ransomware*.

Keywords: *Legal aspects. Combat and prevention. Ransomware.*

* Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Tecnólogo em Gravação e Produção Fonográfica pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogado.

1. Introdução

O acesso às novas tecnologias em um mundo cada vez mais conectado tem garantido diversos avanços nas relações sociais e econômicas. Entretanto, toda essa tecnologia também pode ser utilizada para a prática de crimes. Os crimes cibernéticos são uma realidade, várias espécies de crimes se originaram e outros já conhecidos ganharam uma nova roupagem diante do avanço tecnológico.

Nesse artigo, trataremos do tema *ransomware*, chamado popularmente de *sequestro digital* ou *sequestro de dados*. Em síntese, trata-se de uma espécie de vírus de computador, em que o cibercriminoso, após conseguir infectar a máquina desejada através de criptografia, impossibilita o acesso à máquina já infectada, cobrando um valor em dinheiro (geralmente em moeda virtual) para liberar o acesso ao usuário.

É de especial relevância o estudo do tema, tendo em vista os prejuízos políticos, econômicos e sociais oriundos de um ataque virtual nesse sentido. O mundo tem assistido, ultimamente, a uma ameaça crescente desses ataques, o que nos leva a um questionamento imediato. A legislação pátria e as ferramentas de informação são eficientes na prevenção e combate ao *ransomware*?

Nessa esteira, busca-se, com o presente artigo, dissecar o tema, analisando a prevenção e a investigação da polícia judiciária no combate ao *ransomware*, discorrendo sobre seus limites jurídicos e observando os mecanismos de cooperação internacional, bem como na especial exegese da Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012.

Os ataques dos cibercriminosos têm se expandido dos usuários particulares para as grandes corporações e até mesmo governos. Através de diversas táticas, eles têm conseguido grande percentual de sucesso, gerando lucros exorbitantes para essas organizações criminosas. Por consequência, essas ações geram graves reflexos nos campos social, econômico e governamental.

Indubitável a necessidade de uma análise criteriosa sobre o tema, discorrendo sobre a legislação pertinente e a cooperação internacional na busca da prevenção e combate a essa ameaça que põe em risco o mundo inteiro em ataques cada vez mais danosos.

2. Ransomware

Chamado comumente de *ransomware*, este vírus faz parte de uma classe específica de *malwares*¹ que é utilizada nas chamadas *extorsões digitais*, pois obriga suas vítimas a pagarem determinado valor em troca do completo controle de seus dados. Essencialmente, existem duas classes: a *Locker*, que impede que a vítima acesse o equipamento infectado, praticamente inutilizando-o, e a *Crypto*, que bloqueia o acesso aos dados armazenados no equipamento infectado, utilizando criptografia.

¹ *Malware* – É a combinação das palavras inglesas *malicious* e *software*, ou seja, programas maliciosos. São programas e comandos feitos para diferentes propósitos: apenas infiltrar um computador ou sistema, causar danos e apagar dados, roubar informações, divulgar serviços etc.

Sua origem tem início em 1989, com o nome de *AIDS*, criado por Joseph L. Popp, um biólogo com PhD em Harvard. Na época, bem menos danoso do que o próprio vírus cujo nome se originou. Este *malware* mantinha, em seus ataques, uma contagem específica de reinicializações do sistema para, posteriormente, ocultar todos os diretórios. Entretanto, por conter uma criptografia básica, ele era facilmente removido.

Após um breve período de hibernação, em meados da década de 2000, diante dos novos avanços tecnológicos, da capacidade cada vez maior de processamento dos computadores e diante de formas mais complexas de criptografia, voltaram a aparecer ataques cada vez mais elaborados e diversas variantes de *ransomware*.

Hodiernamente, estes ataques têm se tornado cada vez mais frequentes e tendo como vítimas não só o usuário particular, mas também pessoas jurídicas de direito privado e de direito público. Os cibercriminosos têm expressivo sucesso nesses ataques, conseguindo quantias vultosas, chegando ao ponto de terceirizar seus vírus na *deep web*², no serviço chamado de *RaaS – Ransomware as a Service*, ou seja: *Ransomware* como um serviço, cobrando um percentual sobre os ataques bem-sucedidos. Essas empreitadas se espalham tanto pelos computadores pessoais, bem como para os das grandes corporações, seus servidores e até os dispositivos móveis.

Em maio deste ano (2017), o mundo presenciou um dos maiores ataques cibernéticos, o vírus chamado *WannaCry* afetou mais de 150 países, fazendo aproximadamente 200.000 vítimas³. A maioria dos ataques foi contra empresas, acendendo uma luz de alerta ao mundo sobre a vulnerabilidade dos nossos sistemas. Torna-se deveras preocupante a quantidade de dados confidenciais aos quais estas organizações criminosas conseguiram ter acesso. E este é apenas um dos milhares de *malwares* espalhados pela rede.

3. Dinâmica dos Ataques

A análise sistemática dos ataques cibernéticos é de extrema importância para o desenvolvimento de mecanismos de defesa, bem como para o aperfeiçoamento legislativo no sentido de combater tais práticas. Percebe-se que o comportamento dos criminosos tende a mudar de acordo com o alvo escolhido. Existem ataques mais simples e outros mais complexos, estes ocorrem quando existe um alvo específico, seja pessoa física, pessoa jurídica de direito privado ou até mesmo de direito público. As abordagens se desenvolvem de diversas formas, seja explorando as falhas dos sistemas ou também por meio de engenharia social, explorando as nossas vulnerabilidades sociais. Diante do exposto, trataremos tais etapas como: Implantação; Instalação; Comando e Controle; Destruição e Extorsão, conforme classificação elencada por Allan Liska e Timothy Gallo.⁴

² *Deep Web* – É o nome dado para uma zona da internet que não pode ser detectada facilmente pelos tradicionais motores de busca, garantindo, em tese, privacidade e anonimato para os seus navegantes.

³ CEBRIÁN, Belén Dominguez. *Cibertaque: o vírus WannaCry e a ameaça de uma nova onda de infecções*. *El País*. Madri. 15 mai. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/14/internacional/1494758068_707857.html>. Acesso em: 20 mai. 2017.

⁴ Cf. LISKA, Allan; GALLO, Timothy. *Ransomware (Defendendo-se da Extorsão Digital)*. 1ª ed. São Paulo: Novatec Editora Ltda., 2017. p.19.

3.1. A Implantação do *Malware*

Num primeiro momento, há necessidade de o cibercriminoso ter acesso à máquina-alvo, com o fito de adicionar as partes integrantes do *malware*. Diante dessa etapa, eles se utilizam dos chamados *download drive-by*⁵. Exemplificando: ao visitar páginas da internet já infectadas e aproveitando-se das falhas de segurança da máquina-alvo, quando o usuário final acessa um desses *sites*, *downloads* automáticos são efetuados pela máquina sem que este usuário perceba. Diante de diversas técnicas, os componentes do *malware* são instalados sem que o antivírus da máquina perceba. Outra forma de ataque complexo é o *watering hole attack*⁶. Esse procedimento consiste na busca de diversas informações coletadas sobre a vítima, como os *sites* que ela visita, as permissões que ela tem de autorizar em sua navegação, os aplicativos necessários para acessar determinado local, os tipos de *e-mails* que podem ser trocados, entre outras formas. Assim, os cibercriminosos podem executar um ataque específico. Trata-se de um ataque personalizado.

3.2. A Instalação do *Malware*

Diante de um ataque bem-sucedido, o qual pode ter se efetivado pelas diversas ferramentas utilizadas para esse propósito, uma parte do *malware* acessa a máquina. Nesse momento inicial, o programa é executado no sentido de fazer o *download* do *ransomware* completo. Após esse estágio, ocorrerá uma gradativa dependência da máquina em relação ao criminoso, o qual passa, literalmente, a “varrer” a máquina na busca de suas principais diretrizes de comando. Essa conexão entre criminoso e máquina infectada passa a trazer diversos riscos, não só para essa máquina, mas para toda a estrutura à qual eventualmente ela esteja conectada.

As palavras de Allan Liska e Timothy Gallo⁷ são cristalinas em definir esta etapa:

Em um ataque com alvo específico, as técnicas para instalar, ofuscar, compactar o código e explorar falhas podem ser mais nefastas na tentativa de maximizar o resgate (*ransom*). O *ransomware* pode usar essa instalação inicial para se espalhar lentamente pela rede afetada, instalando-se em vários sistemas e abrindo compartilhamentos de arquivos que, por sua vez, serão simultaneamente criptografados quando instruções forem enviadas na próxima fase.

Após essa varredura, o vírus passará a desabilitar todo e qualquer procedimento que venha permitir que o usuário o acione para tentar reverter a situação atual, como

⁵ Qualquer *download* que acontece sem o conhecimento da pessoa, geralmente um vírus de computador, um *spyware* ou um *malware*.

⁶ Temos diversas analogias esquisitas no mundo da informática, *Watering Hole Attack* é mais uma delas. Nesse caso *Watering Hole* seria uma analogia a uma fonte d'água na África, onde os animais param para beber água e ficam vulneráveis aos predadores que ficam à espreita, no aguardo de uma presa fácil.

⁷ Cf. LISKA, Allan; GALLO, Timothy. *Ransomware (Defendendo-se da Extorsão Digital)*. 1ª ed. São Paulo: Novatec Editora Ltda., 2017. p.22.

funcionalidades padrão, recuperação do sistema, *logins* e antivírus. Vencida esta etapa, haverá a necessidade de se estabelecer uma nova troca de informações entre criminoso e máquina infectada para o comando e controle.

3.3. O Controle da Máquina

A partir da execução, o vírus passará a buscar na máquina diversas informações importantes, como sistemas instalados, protocolo de internet (IP), tipos de antivírus, navegadores, entre outras informações, para ter a ciência se a máquina infectada é realmente importante para os criminosos ou não, continuando, assim, com as outras fases do ataque.

3.4. Destruição de Dados e “Extorsão” das Vítimas

De posse de tais informações, os arquivos serão criptografados ou bloqueados, tendo em vista que estes já foram identificados pela fase anterior. Normalmente, os arquivos mais procurados são os arquivos de texto, planilhas, arquivos de programas de imagens, de áudio e vídeo. Exemplo de extensões desses arquivos: *pdf, mp3, rtf, txt, bmp, zip, jpg, xls, exe, ppt, gif, docx, avi, html, mpeg, avi, jpeg*, entre outros.

O processo de criptografia destes arquivos utiliza chaves simétricas ou assimétricas, as quais movem e embaralham estes arquivos. Entretanto, diante do rápido desenvolvimento desses vírus, os ataques têm, cada vez mais, utilizado as duas técnicas. A chave simétrica é uma chave única que serve para criptografar, bem como para descriptografar os dados da máquina. Em sua funcionalidade, ela usa menos recursos do sistema da máquina infectada, podendo criptografar de forma mais rápida, mesmo quando o computador estiver *offline*. Entretanto, o criminoso somente terá as informações sobre a conclusão do ataque quando a máquina se reconectar à internet. É também chamada de *criptografia de chave secreta*.

Quanto à chave assimétrica, esta traz uma criptografia mais complexa, tendo o invasor uma chave pública que serve para criptografar os arquivos e uma chave privada, que será usada no processo de descriptografia. A criptografia assimétrica necessita de maior processamento da máquina, mas garante maior segurança no ataque, uma vez que apenas a chave pública transita entre o criminoso e a máquina-vítima. Após esta etapa, a vítima terá seu acesso limitado ou não terá nenhum acesso ao computador, o qual apresentará uma tela com instruções para o pagamento do resgate de seus dados.

O pedido de pagamento ocorre nesse momento: diante da máquina infectada, a vítima não terá acesso aos seus dados e será compelida a pagar um valor, que aumentará com o passar do tempo, dependendo do tipo de ataque. Um usuário particular não é tão importante para os cibercriminosos quanto governos ou grandes corporações. Normalmente, os valores são cobrados em moeda virtual (geralmente o *bitcoin*⁸).

⁸ *Bitcoin* é uma tecnologia digital que permite reproduzir em pagamentos eletrônicos a eficiência dos pagamentos com cédulas descritas acima. Pagamentos com *bitcoins* são rápidos, baratos e sem intermediários. Além disso, eles podem ser feitos para qualquer pessoa que esteja em qualquer lugar do planeta, sem limite mínimo ou máximo de valor.

A partir de uma infecção, pagar ou não o valor pedido pelos criminosos?

A orientação dos órgãos de segurança é não pagar. Entretanto, cabe fazermos uma análise sobre a extensão do dano sofrido. Se a vítima possui dados importantes que venham a trazer altos prejuízos a si quanto a terceiros, talvez a melhor opção seja pagar o resgate. Mas é importante frisar que o pagamento desses valores não será a garantia de que o criminoso enviará a chave que irá descriptografar os arquivos.

3.5. A Criptomoeda

Normalmente, os cibercriminosos têm utilizado o *bitcoin* (criptomoeda) para o pagamento dos resgates por dificultar o rastreamento das transações. O *bitcoin* consiste em uma moeda digital descentralizada, ou seja, ela não depende de um emissor central e pode ser transacionada para qualquer pessoa em qualquer parte do planeta sem intermediários e, inclusive, sem limite de valor. Sem muito aprofundamento, para utilizá-la, cada usuário terá de criar uma “carteira” (um programa). Ela serve para acumular os seus endereços *bitcoin*. Assim, ao criar uma carteira, o usuário receberá duas chaves: uma chave criptografada pública e outra privada. A chave pública é aquela em que o usuário informará aos outros e utilizará para efetuar suas transações e a chave privada é como se fosse a “senha” da chave pública. Como as chaves públicas são muito extensas, utiliza-se muito nessas transações o chamado *QR Code*⁹, que é a representação da chave pública em forma de imagem.

Quando ocorrem essas transações, é gerada uma corrente de blocos (*blockchain*¹⁰), que é basicamente um banco de dados. Cria-se, então, um bloco inicial que, a cada 10 minutos, é ampliado e um novo bloco é gerado, de modo que cada bloco posterior possui informações de seu antecessor. Assim ocorre até o final da transação.

Como forma de proteção, cada transação efetuada é impressa na rede *bitcoin*, de modo que não há possibilidade de tentar gastar aquela moeda em mais de uma transação. As transações são públicas, mas ninguém sabe quem são as pessoas que estão por trás dos pontos de início e fim, em tese, garantindo o anonimato. Por óbvio que usuários comuns podem deixar outros rastros em suas transações, como, por exemplo, seu número de IP. Sabemos que os criminosos facilmente podem mascarar seu IP original. Por tais fatores, os cibercriminosos preferem essa moeda em suas empreitadas.

4. Prevenção

Um dos principais fatores de sucesso dos ciberataques é a exploração das vulnerabilidades do usuário final. Os usuários particulares ainda não se deram conta

⁹ Código QR (sigla do inglês *Quick Response*) é um código de barras bidimensional que pode ser facilmente escaneado usando a maioria dos telefones celulares equipados com câmera. Esse código é convertido em texto (interativo), um endereço de internet, um número de telefone, uma localização georreferenciada, um e-mail, um contato ou um SMS.

¹⁰ A cadeia de blocos, ou *blockchain*, é o sistema de registros que garante a segurança das operações realizadas por criptomoedas – as *bitcoins*.

das ameaças que se escondem por trás de uma simples visita à internet. As empresas e os governos devem investir pesado em campanhas de conscientização de seus funcionários para a execução de uma navegação segura. Visando à prevenção e à minimização dos danos, é de extrema importância fazer uma cópia periódica (*backup*) de todos os dados das máquinas em mídia física externa. Noutro ponto, outras medidas simples, porém não menos importantes, como a ativação da extensão dos arquivos, bem como o monitoramento dos anexos dos *e-mails*, para evitar que um arquivo executável malicioso seja ativado.

Manter os programas sempre atualizados, porque estes estão sempre em desenvolvimento de proteção para novas ameaças. Importante baixar aplicativos apenas de fontes confiáveis, verificando se as permissões de instalação e execução são coerentes e desabilitar a autoexecução de mídias removíveis e de arquivos que estejam anexados. Algumas empresas de cibersegurança também desenvolvem ferramentas gratuitas para descriptografar dados infectados por *ransomware*, tendo como exemplo o site www.nomoreransom.org.

As equipes de segurança da informação também utilizam a chamada *sandbox* (caixa de areia), que é uma ferramenta capaz de executar os programas suspeitos de forma isolada, num ambiente virtual dentro da própria máquina, possibilitando ao usuário analisar seus procedimentos de forma segura, num perímetro limitado e sem afetar a máquina. Outro procedimento utilizado é o chamado método *honeyfile* ou *honeypot* (arquivo de mel ou pote de mel), onde se apresenta um sistema exposto como uma isca para um ataque. Diante desse ataque, a equipe de segurança da informação poderá estudá-lo, podendo desenvolver novos mecanismos de defesa para novos vírus.

Por óbvio que os procedimentos de prevenção não se esgotam aqui, diversos procedimentos técnicos são utilizados, mas não caberia maior aprofundamento, tendo em vista correr o risco de desviarmos da análise jurídica do presente estudo.

5. A Polícia Judiciária e o Combate ao *Ransomware*

Em nosso ordenamento jurídico, a competência para a apuração das infrações penais cabe às Polícias Cíveis dos Estados e à Polícia Federal, conforme preceitua o artigo 144 da Constituição da República, bem como aos membros do Ministério Público¹¹. Diante da evolução tecnológica, a prática de crimes cibernéticos se tornou uma realidade, havendo uma constante necessidade dos órgãos de investigação acompanharem essa evolução. As organizações criminosas têm explorado esse mercado cada vez mais lucrativo e interessante, onde a busca pelo anonimato tem dificultado a atuação desses órgãos de investigação.

Ao tratarmos de crimes cibernéticos, precisamos também entendê-los como uma ameaça real à segurança dos países. Diante disso, também há necessidade de planejamento para a construção de uma defesa cibernética com a finalidade de proteger

¹¹ (STF, Plenário. RE nº 593727/MG, Rel. Orig. Min. Cezar Peluso, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/5/2015) (repercussão geral) (Info nº 785) – (Resolução nº 13/2006 do CNMP).

áreas importantes como a energia, finanças, transporte, telecomunicações, informação, entre outras. O *Livro Verde* – Segurança Cibernética no Brasil assim dispõe¹²:

Em decorrência de tais avanços tecnológicos e da velocidade com que os mesmos vêm ocorrendo, é possível verificar um movimento acentuado de rearranjo das proposições das nações em termos de segurança e defesa. Tal está sendo propiciado, quer seja por meio da revisão e/ou reforço de suas políticas, estratégias e normas, quer seja pela atualização e/ou reformulação das competências essenciais de órgãos chave de governo, visando, principalmente, a criar as condições necessárias de segurança e defesa do espaço cibernético, notadamente no que diz respeito ao entendimento das novas exigências para a proteção de uma nação.

(...)

A Política Nacional de Segurança Cibernética deverá ter como uma de suas premissas a sua construção a partir de visão multidisciplinar, interinstitucional, em que múltiplas competências se complementam na solução de problemas e na identificação de oportunidades.

Diante dessas circunstâncias, pode-se inferir que as despesas com segurança digital se tornarão cada vez mais caras, bastando analisarmos o fato de que estes ataques já causaram, em 2016, um prejuízo de mais de 05 cinco bilhões de dólares¹³.

Oportuno dizer que, dentro do contexto supracitado, a definição de cibercrime se traduz em qualquer crime perpetrado com o uso de redes ou da internet e este termo teve origem no final da década de 1990, em Lyon (França), onde um subgrupo do G-8 (grupo dos países mais ricos e influentes do mundo) se reuniu para tratar dos crimes praticados pela Internet¹⁴.

Não obstante o aludido conceito, diante da nova realidade tecnológica, crimes já conhecidos ganharam nova roupagem e novos tipos penais foram criados. A partir dessa situação, para uma melhor análise técnico-jurídica, se faz necessária a divisão em crimes cibernéticos próprios, impróprios e mistos, nas palavras de Stenio Santos Sousa¹⁵:

¹² BRASIL. Presidência da República. Gabinete de Segurança Institucional. Departamento de Segurança da Informação e Comunicações. *Livro verde: Segurança cibernética no Brasil* / Gabinete de Segurança Institucional, Departamento de Segurança da Informação e Comunicações; organização Claudia Canongia e Raphael Mandarino Junior. Brasília, 2010. p.63.

¹³ FELIPE, Leandra. Cibercrimes causaram prejuízos de bilhões de dólares no mundo em 2016. *Agência Brasil*. Estados Unidos. 31 mai. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-05/cibercrimes-causaram-prejuizos-de-bilhoes-de-dolares-no-mundo-em-2016>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

¹⁴ BARBAI, Marcos A. *A criminalidade no espaço digital: a formulação do sentido*. In: DIAS, Cristiane. *Formas de mobilidade no espaço e-urbano: sentido e materialidade digital [online]*. Série e-urbano. Vol. 2, 2013. Consulta no Portal Labeurb – <http://www.labeurb.unicamp.br/livroEurbano/> Laboratório de Estudos Urbanos – LABEUB/ Núcleo de Desenvolvimento da Criatividade – NUDECRI, Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP.

¹⁵ SANTOS, Stenio Sousa *et al.* *Combate ao Crime Cibernético*. Contribuição crítica ao processo de investigação criminal da fraude bancária eletrônica: *Ubi societas, ibi criminis?* 1ª ed. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora Ltda., 2016, p.52.

Na primeira hipótese, diz-se do crime que tem como objetivo o ataque ao próprio sistema computacional. É exemplo dessa conduta a invasão de computadores, a disseminação de vírus e o ataque de negação de serviços, entre outros.

Da segunda espécie, encontram-se todos os que são praticados por meio ou com o auxílio da tecnologia. Ainda que não houvesse o sistema computacional, o delito continuaria evidenciado, posto que existente em formato tradicional. A tecnologia apenas facilita a conduta ilícito-típica, mas não é sua *conditio sine qua non*.

(...)

Crimes cibernéticos mistos são aqueles em que não apenas se utiliza a tecnologia para a comissão delitiva, mas onde esta se torna imprescindível ou ao menos torna o delito particularmente ofensivo ou lesivo. Crimes como os de pornografia infantil pela internet e as fraudes bancárias eletrônicas exemplificam essa classificação.

Outra frente de combate advém do Poder Legislativo na produção de legislação específica, uma vez que ataques cibernéticos, geralmente, dão acesso a informações confidenciais de grandes corporações e até mesmo de importantes órgãos estatais. Cumpre trazer à baila a lembrança do ataque mundial ocorrido em maio deste ano, que atingiu, inclusive, Tribunais de Justiça¹⁶ e o Ministério Público do Estado de São Paulo¹⁷.

Nesse contexto, importante citar a Resolução nº 1, de 15 de julho de 2009, editada pelo Poder Executivo, através do Ministério da Justiça, a qual regulamenta o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública (SISP), que tem como objetivo fornecer informações aos governos no auxílio à tomada de decisões na seara da segurança pública, através da obtenção, análise e compartilhamento de informação útil e salvaguarda da informação contra acessos não autorizados. A presente norma visa à preservação e defesa da sociedade e do Estado, bem como das instituições, observando a responsabilidade social e ambiental, a dignidade da pessoa humana, a promoção dos direitos e garantias individuais e do Estado Democrático de Direito, o SISP integra o Sistema Brasileiro de Inteligência (SISIBN).

Além da Lei nº 9.296/96 (Lei da Interceptação Telefônica), da Lei nº 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas) e da Lei nº 13.441/2017 (Infiltração de agentes nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes), outro diploma relevante é a Lei nº 12.965/2014, denominada “Marco Civil da Internet”, que tem grande importância na investigação destes crimes cibernéticos, uma vez que veio trazer maior luz à lacuna

¹⁶ LUCHETE, Felipe; GALLI, Marcelo. Dez tribunais tiram site do ar após ataque cibernético mundial. *Revista Consultor Jurídico*. 12 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-12/dez-tribunais-tiram-site-ar-ataque-cibernetico-mundial>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

¹⁷ NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. Nota de Esclarecimento sobre a rede de computadores do MP-SP. *Ministério Público do Estado de São Paulo*. São Paulo. 12 mai. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=16942683&id_grupo=118>. Acesso em: 17 de maio de 2017.

legislativa sobre o grande fluxo de informações na rede. Isto porque ainda há uma grande dificuldade das autoridades em obterem acesso às fontes fechadas, diante da desobediência de alguns provedores de serviços de internet. Em seu artigo 3º, a presente Lei dispõe sobre os princípios:

Art. 3º – A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II – proteção da privacidade;

III – proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV – preservação e garantia da neutralidade de rede;

V – preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI – responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VII – preservação da natureza participativa da rede;

VIII – liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Entretanto, sabemos que, no ordenamento jurídico pátrio, não há direito absoluto, devendo o Poder Judiciário ponderar esses princípios dentro de cada caso concreto. No que corresponde ao armazenamento e à disponibilização das informações, em seu artigo 10, estabeleceu-se que os provedores de acesso e aplicativos da internet devem: guardar os registros de conexão e acesso; informar os dados de cadastro às autoridades, mediante requisição das autoridades administrativas competentes; disponibilizar os registros de conexão e acesso de forma autônoma ou associados a dados pessoais, ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, bem como disponibilizar o conteúdo das comunicações privadas, diante de ordem judicial.

A obtenção dessas informações pelas autoridades requer a observância de determinados quesitos elencados no parágrafo único do artigo 22, *in verbis*:

Art. 22 – A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

- I – fundados indícios da ocorrência do ilícito;
- II – justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e
- III – período ao qual se referem os registros.

No procedimento investigativo dos crimes de informática, em que pese a tentativa do anonimato, evidencia-se que estas atividades criminosas deixam rastros e, em obediência ao comando disposto no artigo 158 do Código de Processo Penal¹⁸, as autoridades dispõem de diversos mecanismos para a coleta destes dados. Eles podem ser obtidos através da análise das fontes abertas e fontes fechadas. Segundo Alessandro Gonçalves Barreto¹⁹, as chamadas fontes abertas são aquelas de livre acesso, sem obstáculo à obtenção dos dados e conhecimentos. As fontes fechadas são aquelas cujos dados são protegidos ou negados, necessitando de um credenciamento, uma operação de busca para sua obtenção.

A busca e coleta de dados em fontes abertas propicia uma análise sem a necessidade de autorização judicial. Desta forma, os investigadores têm acesso a informações contidas em banco de dados públicos, livros, revistas, artigos científicos, programas, *sites*, redes sociais, *blogs*, entre outros meios, sem maiores dificuldades. Especificamente, ressaltamos que os dados cadastrais não necessitam de autorização judicial porque representam requisitos mínimos da vida em sociedade.

Os dados podem se dividir em humanos e eletrônicos: o primeiro privilegia o homem, o investigado; o último se atém às ferramentas e aos equipamentos utilizados para a prática do crime. A utilização das fontes abertas traz maior celeridade ao procedimento investigativo, não havendo necessidade das autorizações judiciais, bem como dá maior robustez aos elementos de prova dentro do inquérito.

As fontes fechadas trazem maior complexidade na obtenção de suas informações, uma vez que restam protegidas pela Constituição Federal/88, justamente por estarem vinculadas a direitos fundamentais como: a intimidade, a honra, a vida privada (art. 5º, X, CF/88), o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CF/88). Diante disso, justifica-se a autorização judicial, conforme o art. 10 c/c art. 22 da Lei nº 12.965/2014, sob pena de agirem ao arripio da lei.

Importante salientar que as informações mínimas em uma requisição, seja aos provedores de acesso bem como às companhias telefônicas, devem, no mínimo,

¹⁸ Art. 158 Quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. (Decreto-Lei nº 3.689, de 03/10/41 – Código de Processo Penal).

¹⁹ BARRETO, Alessandro Gonçalves; WENDT, Emerson; CASELLI, Guilherme. *Investigação digital em fontes abertas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Brasport Editora, 2017. p.16.

conter: o número do IP; a data em que ocorreu a comunicação; e o horário, indicando qual o fuso horário utilizado (GMT ou UTC).

5.1. Principais Mecanismos de Investigação

O combate aos diversos crimes praticados na grande rede mundial de computadores deve observar diversos fatores, entre eles o aspecto jurídico, quanto à eventual necessidade de autorização judicial, e o técnico, no que tange aos equipamentos e à capacitação dos profissionais envolvidos nesse mister. A Polícia Federal mantém, em suas superintendências, Grupos de Repressão a Crimes Cibernéticos (GRCC) e, em âmbito estadual, particularmente no Rio de Janeiro, a Polícia Civil possui a especializada Delegacia de Repressão aos Crimes de Informática (DRCI).

Cumpra observar que, nesse tipo de crime, as evidências apresentam características diversas, possuindo diversos formatos, pois podem dizer respeito a imagens, vídeo, áudio, planilhas, documentos, seja de forma isolada ou em conjunto. Estas evidências, por serem facilmente destruídas ou alteradas, devem ser de pronto preservadas. Tais evidências estão misturadas a outros dados, obrigando os investigadores e técnicos a fazerem uma análise mais apurada durante a sua obtenção.

Na apuração desses crimes, cada área tem seus procedimentos específicos, por exemplo: análise dos dados registrados nos servidores; análise dos pacotes de dados contidos na transferência de informações dentro da rede; quanto à investigação relacionada a *websites*, é necessária a guarda de todos os seus componentes e, para isso, existem programas específicos como: *HTTrack*, *Express WebPictures*, *Grab-a-Site*, *WebLooper*, *WebReaper*.

Além disso, há necessidade da descoberta do servidor que faz a hospedagem desses *websites* e, para isso, é importante saber se o *website* em questão é nacional ou não. Através da ferramenta *whois*²⁰, bem como do *site* (www.registro.br), o qual é o responsável pelo registro dos domínios das páginas no Brasil, é possível ter acesso ao nome do responsável administrativo pelo domínio; ao contato de incidentes de segurança (responsável pelo Setor de Tecnologia de Informação) e ao provedor de *backbone*²¹ (empresa que detém blocos de endereços IP's).

Caso o domínio seja estrangeiro, ainda há possibilidade de obtermos estas informações por outros serviços de *whois*, tais como: <http://www.internic.net/whois.html>; <http://lacnic.net/>; <http://www.arin.net/> e <http://www.netoworksolutions.com>.

Em que pese o fato de os crimes cibernéticos deixarem rastros, sabemos que os cibercriminosos também utilizam de ferramentas para buscar o anonimato

²⁰ A ferramenta *WHOIS* é utilizada para se obter informações sobre um determinado domínio. Através do *WHOIS*, podem-se obter informações sobre os servidores DNS, estado do domínio (ativo, expirado etc.), informações sobre a empresa de hospedagem de sites, entre outros dados.

²¹ O *backbone*, tradução de "espinha dorsal", é uma rede principal por onde passam os dados dos clientes da internet. Todas essas vias [ou pequenas redes] estão conectadas à estrada principal [*backbone*].

em suas ações. Um exemplo disso é o navegador *TOR*²², um dos mais utilizados para acessar a *deep web* para a prática de crimes. Ele mascara o IP original e a localização, embaralhando as informações e dificultando a identificação. Isso ocorre por causa de seu complexo mecanismo, que utiliza uma rede de transmissão de dados baseada em múltiplas máquinas. Assim, ao enviar uma mensagem, ela passa não por apenas uma, mas por inúmeras máquinas até chegar ao destinatário. O objetivo é dificultar o acesso ineditado ao computador, confundindo quem tenta invadir a sua privacidade para ter acesso às suas informações.

Ressalte-se que não há crime perfeito, pois, ainda que esteja anônimo, quem navega pela *deep web* e troca mensagens produz pacotes (unidades de dados) e, ao monitorar a rede, esses dados podem dar aos agentes indícios de atividades ilícitas através da análise do tempo dos dados transmitidos. Registre-se que a Polícia Federal desenvolveu uma tecnologia inédita na América Latina, que possibilitou efetuar o monitoramento da *deep web*, o que resultou na operação *Darknet* em 2014. Segundo o Professor Rafael de Souza, em matéria publicada na Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal²³:

Uma das formas de se investigar a rede secreta, segundo o professor, é estudando o tráfego da internet. Embora com IP escondido, quem troca mensagens pela *deep web* ainda produz pacotes (como são chamadas as unidades de dados) visíveis. Um dos indícios de que existiria uma atividade ilícita seria a troca de pacotes entre um pequeno grupo de usuários sem localização de IP definida.

Tráfego de dados constante entre computadores ocultos é um sinal mais do que suspeito.

Quem monitora esse trânsito consegue, também, verificar o formato das mensagens compartilhadas.

Geralmente, grupos de pedofilia na *deep web*, por exemplo, trocam fotos, identificadas pelo formato, que pode ser jpg, jpeg, entre outros.

A partir de nossa pesquisa sobre o *ransomware*, percebemos que parte relevante do sucesso nos ataques está na falta de informação/cuidado do usuário final na administração de seus *e-mails* pessoais e profissionais. Portanto, a abordagem abaixo trata do mecanismo de investigação no que tange aos *e-mails*.

Quando um *e-mail* é enviado, aparece o endereço do remetente e do destinatário no chamado “cabeçalho” da mensagem (os navegadores dispõem

²² *TOR (The Onion Router)* é uma rede de túneis virtuais que dificulta e embaralha a identificação dos equipamentos ao acessarem determinado conteúdo na rede.

²³ GUIMARÃES, Fabiane. *A internet que ninguém via*. Metro. Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal. 30 dez. 2014. Disponível em: <http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia_portal.wsp?tmp.edt.materia_codigo=7235&tit=A-internet-que-ninguem-via#.WVsS6YjyvIV>. Acesso em: 03 jul. 2017.

dessa função, geralmente, na aba opções). O objetivo é ter acesso a todos os códigos da mensagem para descobrir a numeração do IP, a data e a hora da mensagem. Numa primeira análise de conteúdo, busca-se a palavra *received* (recebido), essa palavra aparece em ordem decrescente e indica por quantas estações (servidores) a mensagem passou antes de chegar ao destinatário final. Assim, na última palavra *received*, podemos encontrar quem foi o remetente.

Ao localizar o IP, a autoridade interessada deverá efetuar a pesquisa nos mecanismos *whois* para ter acesso aos dados do provedor de acesso e, a partir daí, a pedido dela, o juiz oficiará esse provedor no sentido de quebrar o sigilo dos dados telemáticos com a finalidade de acessar as informações do usuário vinculado ao IP em uma determinada data e horário.

Caso não consiga localizar o número do IP, a partir do *e-mail* do remetente, pode-se requerer judicialmente a quebra do sigilo de dados telemáticos ao provedor deste *e-mail* para que ele informe o número do IP da máquina que autenticou a conta na data e horário do *e-mail* enviado.

Outro procedimento é o monitoramento de *e-mail* de alvos suspeitos (mediante autorização judicial). Dessa forma, o juiz pode determinar que o provedor responsável pela conta desvie as mensagens enviadas ou recebidas para uma conta de monitoramento, possibilitando que as mensagens sejam analisadas. Assim, será possível saber com quem o alvo se corresponde e de onde realiza os acessos.

6. Mecanismos de Cooperação Internacional

O Estado brasileiro é signatário de diversos tratados internacionais e, diante das conexões político-econômicas, a República Federativa do Brasil se comporta nas relações internacionais na forma do artigo 4º da Constituição Federal, sendo regida pelos seguintes princípios, *in verbis*:

Art. 4º – A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I – independência nacional;

II – prevalência dos direitos humanos;

III – autodeterminação dos povos;

IV – não intervenção;

V – igualdade entre os Estados;

VI – defesa da paz;

VII – solução pacífica dos conflitos;

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X – concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

A dificuldade encontrada pelas autoridades na apuração dos crimes cibernéticos está na característica transnacional destes, havendo grande obstáculo na obtenção de provas ou indícios, tendo em vista não haver uma legislação unificada, considerando-se a soberania dos países. Diante da inexistência de poder coercitivo na esfera internacional, os países estabelecem tratados internacionais e acordos de cooperação. Nessa atuação, há necessidade de uma combinação entre os tratados, os princípios do direito internacional e a legislação que regulamenta as empresas privadas que atuam na internet.

Importante instrumento em âmbito global no combate aos crimes cibernéticos é a Convenção de Budapeste (Convenção sobre o Cibercrime), firmada pelo Conselho Europeu em 23/11/2001 na Hungria. Entretanto, o Brasil pode assinar mesmo não tendo participado de sua redação da época. Em seus quarenta e oito artigos, acreditando que uma luta efetiva contra a cibercriminalidade requer uma cooperação internacional em matéria penal, rápida e eficaz, ela disciplina procedimentos como: medidas legislativas a serem tomadas a nível nacional entre os membros; a manutenção dos dados informáticos; a interceptação e o recolhimento em tempo real dos dados de tráfego; estabelece os princípios gerais relativos ao auxílio mútuo, entre outros.

Ao tomar como exemplo o fato de que a maioria das empresas privadas que atuam na internet possuem suas sedes nos Estados Unidos da América e que existe acordo de cooperação internacional entre Brasil e EUA, discorreremos sobre os principais procedimentos utilizados na investigação de crimes transnacionais em relação aos dois países. Numa investigação nesse sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 144, §1º e §4º, c/c o art. 2º da Lei nº 12.830/2013, confere aos delegados de polícia federal e delegados de polícia civil dos estados a competência para requerer estes dados. O Ministério Público, amparado pelo artigo 8º da Lei Complementar nº 75/93 c/c o artigo 62 da Lei nº 8.625/93 c/c Resolução nº 13/2006 CNMP e diante do entendimento do STF, no julgamento do RE nº 593727/MG em 2015, também é autoridade competente nesse sentido. No entanto, ressaltamos que, diante destes pedidos, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça (DRCI/MJ) é o órgão competente para auxiliar estas autoridades nesse mister, conforme o art. 10, V, do Decreto nº 8.668, de 11 de fevereiro de 2016. Estas autoridades atuam em conjunto com outros países e com instituições como a Interpol, Europol, Ameripol, FBI, entre outras.

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), no §2º do artigo 11, estabelece que a legislação brasileira deverá ser aplicada às empresas estrangeiras sediadas no exterior, desde que estas ofertem serviços ao público brasileiro ou que pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil. Noutro ponto, também estabelece que se aplica a lei brasileira aos dados coletados em

território nacional desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil. No entanto, diante das dificuldades na obtenção destes dados, em investigações sobre cibercrimes de ordem transnacional, as autoridades fazem uso do *MLAT (Mutual Legal Assistance Treaty)*, que é um acordo mútuo de assistência legal firmado entre países. Ressalte-se que o Ministério Público Federal (MPF) defende o entendimento do Marco Civil, que não exige o *MLAT (Mutual Legal Assistance Treaty)* quando a empresa presta serviços no Brasil. O governo do Brasil e o dos Estados Unidos da América firmaram esse acordo de assistência judiciária em matéria penal em outubro de 1997 e está representado em nosso ordenamento pelo Decreto nº 3.810/2001.

Para a obtenção dos dados não amparados pelo manto constitucional, as autoridades lançam mão do documento chamado *Subpoena*, que, parafraseando José Augusto Campos Versiani²⁴, este termo tem como tradução literal “intimação”, mas pode ser entendido como uma requisição que deve ser preenchida em inglês, assinada, digitalizada e encaminhada à empresa detentora da informação. No que tange aos dados protegidos, as autoridades valem-se do *MLAT*, devendo, também, observar o princípio da dupla-incriminação.

O acordo de cooperação internacional deve obedecer a requisitos de ordem formal e material, partindo-se de uma base legal como uma convenção, um acordo internacional e o princípio da reciprocidade, devendo passar, obrigatoriamente, pela autoridade central designada para esse fim. Ressalte-se que serve tanto para a cooperação ativa ou passiva e que, em nosso caso, é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça (DRCI/MJ)²⁵. As solicitações devem ser produzidas em duas vias, tomando como exemplo investigações originadas aqui no Brasil; a primeira via será original na língua portuguesa e a segunda via, traduzida para o idioma do Estado requerido.

No que tange aos requisitos materiais, obrigatoriamente, a autoridade requerente deverá endereçar o pedido ao correto destinatário da solicitação, que, em nosso exemplo, é o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América. Noutro ponto, é importante indicar o órgão e a autoridade competente responsável pelo inquérito policial ou qualquer outro procedimento de investigação criminal, ou, ainda, pela ação penal em curso, informando o número do inquérito ou da ação penal, o cargo e o nome completo das autoridades, bem como os dados de contato, tais como *e-mails* ou telefone.

Não menos importante é a descrição narrativa completa, clara e objetiva dos fatos, discorrendo sobre os elementos essenciais dos acontecimentos, as circunstâncias sobre o lugar, a data e a maneira pela qual a infração foi cometida, esclarecendo detalhadamente o nexo causal entre a investigação ou processo em curso, seus suspeitos ou réus e a assistência jurídica solicitada.

²⁴ VERSIANI, José Augusto Campos *et al. Combate ao Crime Cibernético*. Cooperação Internacional na Investigação de Crimes Cibernéticos. 1ª ed. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora Ltda., 2016. p.156.

²⁵ BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*/Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). 3ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p.56.

6.1. Territorialidade

A necessidade de combate aos cibercrimes, em especial ao *ransomware*, invariavelmente, transita pelo assunto da territorialidade/extraterritorialidade. Em que pese o fato de existirem diversos mecanismos de investigação, inclusive com colaborações em tempo real, como é o caso do sistema mundial de informação (I-24/7)²⁶, da Interpol, o qual funciona 24 horas nos 07 dias da semana, sabemos que os cibercriminosos utilizam ferramentas que camuflam sua identidade, dificultando a análise de seus rastros, conforme já ventilado em tópicos anteriores.

Exemplo importante de toda essa complexidade é o fato de que um criminoso em um determinado país pode infectar uma máquina em um outro, utilizando-se de um servidor que se encontra em um terceiro país. Em outra forma de ataque, criminosos também podem infectar determinada máquina, valendo-se de outra máquina (zumbi)²⁷, situada em qualquer outro país.

Nesse contexto, salientamos o status residual da competência da justiça estadual em relação à Justiça Federal em seu artigo 109, IV e V, da Constituição Federal. Diante da controversa doutrina, imaginemos um cibercrime: um ataque de *ransomware* ocorrido em território brasileiro, porém em estados diferentes, o chamado “crime plurilocal”. Tomando como exemplo, um criminoso situado no estado do Rio de Janeiro infecta um computador de um usuário residente no estado de São Paulo, passando a exigir que este deposite certa quantia em moeda virtual para liberar o acesso à máquina infectada, conduta tipificada no artigo 154-A do Código Penal.

Numa primeira análise, percebemos que tal crime possui pena de até 02 anos, submetendo-se à Lei nº 9.099/95 (Juizado Especial Criminal), a qual adota, em seu artigo 63, a teoria da ubiquidade, competindo ao órgão judicial do lugar em que foi praticada a infração penal julgá-la (Justiça Estadual do Rio de Janeiro). Em uma análise prática, percebe-se que, ao adotar tal teoria, em alguns casos, ela atentaria contra os próprios princípios norteadores da Lei nº 9.099/95, em seu artigo 2º: a economia processual e a celeridade, uma vez que obrigaria a vítima a se deslocar até outro estado (Art. 154-B), podendo inviabilizar a prestação jurisdicional.

Ressalte-se que, a depender do caso concreto, tal conduta poderá ultrapassar os 02 anos, não mais se enquadrando como de menor potencial ofensivo, submetendo-se à Vara Criminal. Nesse sentido a competência será determinada pelo lugar em que se consumou a infração, com fulcro no artigo 70 do Código de Processo Penal, consagrando a teoria do resultado.

²⁶ BLAT, Erick Ferreira *et al.* *Combate ao Crime Cibernético*. Ferramentas de investigação nos crimes cibernéticos utilizadas pela Polícia Federal. 1ª ed. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora Ltda., 2016. p.78

²⁷ Computador zumbi é um termo empregado para classificar computadores utilizados para envio de *spam* e ataque a *sites*, sem que o dono do computador saiba de tal atividade. Para que isso aconteça, o invasor precisa instalar um programa no computador-alvo, normalmente através de *e-mails*, redes ponto-a-ponto (*peer-to-peer*) ou mesmo através de *sites* com links onde o invasor disfarça o programa para que o usuário não saiba de que se trata. Após a instalação do programa, o invasor passa a utilizar esse computador (juntamente com todos os outros computadores infectados) para enviar *e-mails* em série (*spam*) com diversas finalidades, ou mesmo para atacar *sites*, com intuito de criar danos ao *site* ou deixá-lo lento.

Ponto importante é a análise da redação contida no artigo 5º do Código Penal, que dispõe aplicar-se a lei brasileira, sem prejuízo das convenções, tratados e regras de direito internacional ao crime praticado no território nacional. Adotando, assim, a teoria da territorialidade temperada, onde o Brasil abre uma lacuna à sua exclusividade em prol da cooperação internacional.

Diante dessa abordagem, quanto aos crimes a distância que se iniciam em um país e terminam em outro, tratando-se da aplicação da norma penal no espaço, a aplicabilidade do artigo 6º do Código Penal se vislumbra a mais adequada. Ele considera praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado, adotando, assim, a teoria da ubiquidade.

7. Análise Legislativa (Lei nº 12.737/2012)

A evolução das relações econômicas e tecnológicas condicionou a sociedade a depender cada vez mais da internet e, hoje em dia, nos grandes centros, é praticamente impossível haver pessoas físicas ou jurídicas que não possuam um computador, um *tablet* ou um celular que lhes auxilie nas relações de trabalho ou simplesmente de lazer. Diante desse crescente fluxo de dados, a tecnologia da informação se mostra de extrema importância para nos auxiliar nessa nova realidade, seja na melhora da produtividade, dando mais eficiência às relações, bem como na proteção estratégica de informações pessoais, empresariais e/ou governamentais.

Dentro desse contexto, os crimes praticados pela internet cresceram e disseminou-se uma silenciosa guerra por importantes informações sigilosas. Entre outros projetos que tramitavam no Poder Legislativo, em 30 de novembro de 2012, foi sancionada a Lei nº 12.737/2012²⁸ (Projeto de Lei nº 2.793/2011).

Apelidada de “Lei Carolina Dieckmann”, ela entra no ordenamento jurídico de forma muito rápida e leva esse apelido por manter relação com o episódio do furto de fotos íntimas do computador da supracitada atriz, a qual teve tais fotos divulgadas na internet²⁹. Entre outros tipos penais criados pela Lei, consta o art. 154-A, que altera o Código Penal com o *nomen iuris* de “invasão de dispositivo informático”, o qual tipifica a conduta apresentada no presente estudo. Com o fito de analisarmos o aludido artigo, é necessário transcrevê-lo abaixo:

Art. 154-A – Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar

²⁸ BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal – e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

²⁹ Carolina Dieckmann fala pela 1ª vez sobre fotos e diz que espera justiça. G1. São Paulo. 14 mai. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2012/05/carolina-dieckmann-fala-pela-1-vez-sobre-roubo-de-fotos-intimas.html>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Os cibercriminosos que se utilizam do *ransomware* praticam a conduta prevista no referido artigo, mas, para melhor examinarmos, é importante fracioná-lo: *invadir / dispositivo informático alheio / conectado ou não à rede de computadores / mediante violação indevida de mecanismo de segurança / com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo / ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita*.

Em análise, conforme já ventilado no tópico 4 (Dinâmica dos Ataques) do presente estudo, os criminosos invadem dispositivo informático alheio, normalmente conectado à internet, assim considerados os *smartphones*, computadores, *tablets*, *ipads*, *ipods* etc. Importante observarmos o termo “mediante violação indevida de mecanismo de segurança” e por mecanismo de segurança podem ser considerados *antimalware*³⁰, *backups*, *login/senha*, certificado digital³¹, *firewall*³², entre outros.

Sabemos que existem diversas possibilidades de invadir e infectar a máquina e, a título de exemplo, ainda que o usuário execute um *malware* “camuflado” anexado ao seu *e-mail* (prática descrita como *phishing*), ainda configurar-se-á o crime, uma vez que existirá um vício de vontade (dolo) que faz o criminoso enganar o usuário e o *malware*, após instalado, ainda irá burlar os mecanismos de segurança da máquina.

Outro ponto é o especial fim de agir descrito no tipo penal: “com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo”. Perceba que, no crime em comento, a conduta dos criminosos subsume-se ao tipo penal, tendo em vista que o *ransomware*, em sua silenciosa atuação, ao criptografar os arquivos, ele altera os dados, embaralhando as informações, obtendo-as em seus servidores de controle e comando, podendo, também, destruí-las se assim quiser o criminoso.

Ao final do tipo penal, “(...) ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”, a parte final trata-se de mero exaurimento, mas ainda assim constitui uma finalidade específica de um ataque por *ransomware*. Uma das etapas é a instalação do programa, o qual irá modificar e explorar as vulnerabilidades do sistema para, na etapa final, forçar a vítima a pagar um valor para obter novamente o controle de seu sistema.

³⁰ Ferramentas *antimalware* são aquelas que procuram detectar e, então, anular ou remover os códigos maliciosos de um computador. Antivírus, *antispyware*, *antirootkit* e *antitrojan* são exemplos de ferramentas deste tipo.

³¹ Certificado Digital – É um arquivo eletrônico que funciona como se fosse uma assinatura digital, com validade jurídica, e que garante proteção às transações eletrônicas e outros serviços via internet, de maneira que pessoas (físicas e jurídicas) se identifiquem e assinem digitalmente, de qualquer lugar do mundo, com mais segurança e agilidade.

³² *Firewall* pode ser definido como uma barreira de proteção, que controla o tráfego de dados entre seu computador e a Internet (ou entre a rede onde seu computador está instalado e a Internet). Seu objetivo é permitir somente a transmissão e a recepção de dados autorizados.

§1º – Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no *caput*.

No parágrafo primeiro, temos a figura da equiparação, o que demonstra que o legislador estava atento, pois se adequa perfeitamente à figura das organizações de cibercriminosos que disponibilizam os códigos maliciosos em fóruns de internet, terceirizando os ataques e cobrando um percentual sobre o valor recebido.

§3º – Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

Temos no parágrafo terceiro a modalidade qualificada, dobrando a pena estipulada no primeiro parágrafo. Ciberataques vinculados à espionagem industrial e governamental são uma realidade³³, os ataques de *ransomware* geram grandes prejuízos³⁴, afetando a economia dos países. Uma questão gira em torno do que significa “informações sigilosas”, discorrendo sobre o assunto, Rogério Grego³⁵ traz à baila o conceito de informação sigilosa para a administração pública, disposto no inciso III do artigo 4º da Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), *in verbis*:

Art. 4º – Para os efeitos desta lei, considera-se:

(...)

III – informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado.

Ponto relevante é se organizações criminosas em ciberataques conseguirem informações sigilosas sobre o Estado brasileiro. Nesse caso, aplicaremos o §3º do artigo

³³ GROSSMANN, Luís Oswaldo. Symantec *identifica ciberataques em 16 países com malware da CIA*. Convergência Digital. 10 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&inoid=44938&sid=18>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

³⁴ SANTANA, Felipe. 60% das pequenas empresas atingidas por vírus nos EUA vão à falência. *G1*. Nova Iorque, EUA. 13 mai. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/blog/direto-de-nova-york/post/60-das-pequenas-empresas-atingidas-por-virus-nos-eua-vaio-falencia.html>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

³⁵ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 7ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p.447.

154-A do Código Penal ou tal conduta se adequa ao crime tipificado no parágrafo único, inciso IV do artigo 13 da Lei nº 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), *in verbis*:

Art. 13 – Comunicar, entregar ou permitir a comunicação ou a entrega, a governo ou grupo estrangeiro, ou a organização ou grupo de existência ilegal, de dados, documentos ou cópias de documentos, planos, códigos, cifras ou assuntos que, no interesse do Estado brasileiro, são classificados como sigilosos.

Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.

Parágrafo único – Incorre na mesma pena quem:

(...)

IV – obtém ou revela, para fim de espionagem, desenhos, projetos, fotografias, notícias ou informações a respeito de técnicas, de tecnologias, de componentes, de equipamentos, de instalações ou de sistemas de processamento automatizado de dados, em uso ou em desenvolvimento no País, que, reputados essenciais para a sua defesa, segurança ou economia, devem permanecer em segredo.

O artigo 154-A protege a intimidade, a liberdade individual e a segurança da informação. Em estudo, sob o prisma do princípio da especialidade, percebe-se que sua redação traz diversos elementos que podem ser utilizados para a prática do delito. Entretanto, importante observarmos a expressão em seu §3º: “se a conduta não constitui crime mais grave”.

Nessa esteira, trazemos à baila a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83), que, no inciso IV do parágrafo único do artigo 13, traz condutas que também se enquadram aos ataques por *ransomware*, punindo-as com reclusão de 03 a 15 anos. A referida lei tutela os interesses do Estado brasileiro no que tange à sua independência, segurança e integridade de seus órgãos supremos.

Não se pode olvidar que algumas agências de inteligência governamentais exploram e armazenam as vulnerabilidades dos sistemas operacionais utilizados na internet, criando *exploits*³⁶ para monitoramento em massa. Essas ferramentas podem ser utilizadas tanto pelos governos como por cibercriminosos³⁷ em ataques com motivações políticas, religiosas ou econômicas. Desta feita, em um ataque por *ransomware*, dados sigilosos que são importantes para nosso país podem chegar às mãos dos criminosos através dos servidores de comando e controle que se comunicam com a(s) máquina(s) infectada(s).

³⁶ Um *exploit* geralmente é uma sequência de comandos, de dados ou uma parte de um *software* elaborados por *hackers* que conseguem tirar proveito de um defeito ou vulnerabilidade.

³⁷ HIGA, Paulo. Microsoft reclama de governos que *colecionam* falhas de segurança do Windows. *WannaCry* surgiu de uma vulnerabilidade descoberta pela agência de segurança dos EUA (e que foi vazada por *hackers*). *Tecnoblog*. 15 mai. 2017. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/214665/microsoft-nsa-cia-vulnerabilidades-windows-wannacry/>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

Em remate, no que tange à supracitada indagação, salientamos que em que pese o fato de o artigo 154-A do Código Penal trazer condutas mais específicas e adequadas à nova realidade social, amparado pela parte final da sanção prevista no §3º do aludido artigo, entendemos ser perfeitamente aplicável o parágrafo único do inciso IV do artigo 13 da pretérita Lei nº 7.170/83, tendo em vista a maior abrangência do bem jurídico tutelado por esta.

§2º – Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§4º – Na hipótese do §3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§5º – Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I – Presidente da República, governadores e prefeitos;

II – Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III – Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV – dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Nos aludidos parágrafos, temos as causas especiais de aumento de pena e em relação ao §2º, este apenas terá relação com o *caput* e o §1º do artigo 154-A, devendo ser aplicado na forma do artigo 68 do Código Penal. Quanto aos §§ 4º e 5º, estes são autoexplicativos. Os crimes do artigo 154-A se procedem mediante representação, salvo se o crime for cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, ou empresas concessionárias de serviços públicos. Fator importante na referida lei é que a conduta em estudo diz respeito a um crime de menor potencial ofensivo. No entanto, diante da gravidade da conduta, há entendimento no sentido da aplicabilidade do crime de extorsão (art. 158 do CP)³⁸, com a devida vênia, não conjugamos com tal entendimento por entendermos que o art. 154-A é mais específico, tutelando bens jurídicos direcionados, e seria forçoso entender que há grave ameaça na estudada conduta.

Apesar de a Lei nº 12.737/12 ter adentrado em nosso ordenamento jurídico, temos assistido a ataques cada vez mais complexos, trazendo resultados desastrosos em diversos países, sem a devida identificação e punição desses cibercriminosos. O problema é global e a constante evolução tecnológica trará novos desafios aos

³⁸ CRESPO, Marcelo. *Ransomware e sua tipificação no Brasil*. Canal Ciências Criminais. 28 out. 2015. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/ransomware-e-sua-tipificacao-no-brasil/>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

países, a conexão entre *ransomware* e IOT³⁹ (internet das coisas) ampliará o espectro criminal dessas organizações. A título de exemplo, citamos o ataque ao metrô de São Francisco, nos Estados Unidos, em 2016, onde criminosos invadiram o sistema, liberando as catracas e também furtando dados⁴⁰. No mesmo ano, um hospital em Kansas (EUA) sofreu dois ataques que impediram os funcionários de terem acesso aos arquivos, prontuários médicos e arquivos financeiros do hospital⁴¹. No início deste ano (2017), um hotel na Áustria sofreu um ataque que invadiu o sistema de fechaduras eletrônicas, impedindo os clientes de entrarem ou saírem de seus quartos⁴².

Em análise, percebemos que o tipo penal do art. 154-A descrito na Lei nº 12.737/2012 não alcança a realidade fática, uma vez que traz penas inexpressivas, em completa discrepância em relação aos danos causados. Noutro giro, percebe-se que o legislador pátrio ainda não se ateu à problemática em comento, pois em que pese ter criado no anteprojeto do novo Código Penal (PLS 236/2014) uma parte especial para os crimes cibernéticos (Título IV), o anteprojeto ainda se mostra desproporcional ao tamanho dos lucros auferidos e dos danos causados por um ataque de *ransomware*.

8. Conclusão

No presente estudo, pôde-se discorrer sobre a complexidade dos avanços tecnológicos, seus reflexos na vida social atual e como isso propiciou o aparecimento de novas condutas criminosas, bem como velhos tipos penais que ganharam novas roupagens. Aproveitando-se da rapidez tecnológica e da lentidão burocrática dos órgãos repressivos governamentais, organizações de cibercriminosos se estruturaram e passaram a movimentar vultosos valores com a conduta perpetrada no presente estudo.

Hodiernamente, ataques globais põem em risco todos os países em uma guerra silenciosa e, não obstante os ataques aos usuários privados, dados importantes de empresas e governos são coletados para os mais diversos fins. Percebeu-se que diversos mecanismos que propiciam o anonimato e a falta de informação dos usuários finais contribuem para o maior sucesso dos ataques por *ransomware*.

Noutro ponto, os tratados e acordos de cooperação internacional conjugados aos métodos de investigação das polícias judiciárias são importantes vetores no combate ao crime cibernético. No entanto, diferente do que ocorre com outros crimes

³⁹ A Internet das Coisas (do inglês, *Internet of Things*) é uma revolução tecnológica a fim de conectar dispositivos eletrônicos utilizados no dia-a-dia (como aparelhos eletrodomésticos, eletroportáteis, máquinas industriais, meios de transporte etc.) à Internet, cujo desenvolvimento depende da inovação técnica dinâmica em campos tão importantes como os sensores *wireless*, a inteligência artificial e a nanotecnologia.

⁴⁰ ROHR, Altieres. Metrô de São Francisco libera catracas após ataque por vírus de resgate. *G1*. 28 nov. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/blog/seguranca-digital/post/metro-de-sao-francisco-libera-catracas-apos-ataque-por-virus-de-resgate.html>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

⁴¹ Hospital de Kansas atingido por *ransomware*, extorquido duas vezes. *Blog Trend Micro*. 30 mai. 2016. Disponível em: <<http://blog.trendmicro.com.br/hospital-de-kansas-atingido-por-ransomware-extorquido-duas-vezes/>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

⁴² DEMARTINI, Marina. Hackers trancam quartos de hotel e exigem resgate em *bitcoin*. *Revista Exame*. São Paulo. 01 fev. 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/hackers-trancam-hospedes-em-hotel-e-exigem-resgate-em-bitcoin/>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

cibernéticos como a injúria racial praticada pela internet e a pornografia infantil, a prática do *ransomware* ainda não resultou em importantes condenações em nosso país.

Em análise, concluiu-se que a tipificação do ataque por *ransomware* disposta na Lei nº 12.737/2012 não se mostrou eficaz em combater o referido crime. Percebeu-se que o legislador pátrio ainda não está afinado com as transformações tecnológicas e suas implicações dentro do cibercrime. Ainda que o legislador tenha disponibilizado um título para os crimes cibernéticos no anteprojeto do novo Código Penal, as penas aplicáveis à estudada conduta são mínimas e não correspondem à gravidade dos danos causados, tanto às pessoas físicas e jurídicas, bem como à segurança político-econômica do país.

Referências

BARBAI, Marcos A. A criminalidade no espaço digital: a formulação do sentido. In: DIAS, Cristiane. *Formas de mobilidade no espaço e-urbano: sentido e materialidade digital [online]*. Série e-urbano. Vol. 2, 2013. Consulta no Portal Labeurb – <http://www.labeurb.unicamp.br/livroEurbano/> Laboratório de Estudos Urbanos – LABEUB/ Núcleo de Desenvolvimento da Criatividade – NUDECRI, Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP.

BARRETO, Alessandro Gonçalves; WENDT, Emerson; CASELLI, Guilherme. *Investigação digital em fontes abertas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Brasport Editora, 2017.

BLAT, Erick Ferreira *et al.* *Combate ao Crime Cibernético*. Ferramentas de investigação nos crimes cibernéticos utilizadas pela Polícia Federal. 1ª ed. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora Ltda., 2016.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*/Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). 3ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

_____. *Lei nº 12.737*, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 30/jul./2017.

_____. Presidência da República. Gabinete de Segurança Institucional. Departamento de Segurança da Informação e Comunicações. *Livro verde: Segurança cibernética no Brasil*/Gabinete de Segurança Institucional, Departamento de Segurança da Informação e Comunicações; organização Claudia Canongia e Raphael Mandarin Junior. Brasília, 2010.

Carolina Dieckmann fala pela 1ª vez sobre fotos e diz que espera *justiça*. *G1*. São Paulo. 14/maio/2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2012/05/carolina-dieckmann-fala-pela-1-vez-sobre-roubo-de-fotos-intimas.html>>. Acesso em: 30/jul./2017.

CEBRIÁN, Belén Dominguez. *Cibertaque: o vírus WannaCry e a ameaça de uma nova onda de infecções*. *El País*. Madri. 15 mai. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/14/internacional/1494758068_707857.html>. Acesso em: 20/maio/2017.

CRESPO, Marcelo. *Ransomware e sua tipificação no Brasil*. *Canal Ciências Criminais*. 28/out./2015. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/ransomware-e-sua-tipificacao-no-brasil/>>. Acesso em: 07/ago./2017.

DEMARTINI, Marina. *Hackers trancam quartos de hotel e exigem resgate em bitcoin*. *Revista Exame*. São Paulo. 01/fev./2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/hackers-trancam-hospedes-em-hotel-e-exigem-resgate-em-bitcoin/>>. Acesso em: 07/ago./2017.

FELIPE, Leandra. *Cibercrimes causaram prejuízos de bilhões de dólares no mundo em 2016*. *Corresp. Agência Brasil*. Estados Unidos. 31 mai. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-05/cibercrimes-causaram-prejuizos-de-bilhoes-de-dolares-no-mundo-em-2016>>. Acesso em: 05/jun./2017.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 7ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

GROSSMANN, Luís Oswaldo. *Symantec identifica ciberataques em 16 países com malware da CIA*. *Convergência Digital*. 10 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infoid=44938&sid=18>>. Acesso em: 06/ago./2017.

GUIMARÃES, Fabiane. *A internet que ninguém via*. Metro. Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal. 30 dez. 2014. Disponível em: <http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia_portal.wsp?tmp.edt.materia_codigo=7235&tit=A-internet-que-ninguem-via#.WVsS6YjyvIV>. Acesso em: 03/jul./2017.

HIGA, Paulo. *Microsoft reclama de governos que colecionam falhas de segurança do Windows*. *WannaCry surgiu de uma vulnerabilidade descoberta pela agência de segurança dos EUA (e que foi vazada por hackers)*. *Tecnoblog*. 15 mai. 2017. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/214665/microsoft-nsa-cia-vulnerabilidades-windows-wannacry/>>. Acesso em: 07/ago./2017.

Hospital de Kansas atingido por *ransomware*, extorquido duas vezes. *Blog Trend Micro*. 30 mai. 2016. Disponível em: <<http://blog.trendmicro.com.br/hospital-de-kansas-atingido-por-ransomware-extorquido-duas-vezes/>>. Acesso em: 07/ago./2017.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. *Manual de Crimes Informáticos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

LISKA, Allan; GALLO, Timothy. *Ransomware (Defendendo-se da Extorsão Digital)*. 1ª ed. São Paulo: Novatec Editora Ltda., 2017.

LUCHETE, Felipe; GALLI, Marcelo. *Dez tribunais tiram site do ar após ataque cibernético mundial*. *Revista Consultor Jurídico*. 12 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-12/dez-tribunais-tiram-site-ar-ataque-cibernetico-mundial>>. Acesso em: 17/mai./2017.

NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. Nota de Esclarecimento sobre a rede de computadores do MP-SP. *Ministério Público do Estado de São Paulo*. 12/maio/2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=16942683&id_grupo=118>. Acesso em: 17/maio/2017.

ROHR, Altieres. Metrô de São Francisco libera catracas após ataque por vírus de resgate. *G1*. 28/nov./2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/blog/seguranca-digital/post/metro-de-sao-francisco-libera-catracas-apos-ataque-por-virus-de-resgate.html>>. Acesso em: 07/ago./2017.

SANTANA, Felipe. 60% das pequenas empresas atingidas por vírus nos EUA vão à falência. *G1*. Nova Iorque, EUA. 13 mai. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/blog/direto-de-nova-york/post/60-das-pequenas-empresas-atingidas-por-virus-nos-eua-vaio-falencia.html>>. Acesso em: 06/ago./2017.

SANTOS, Stenio Sousa *et al.* *Combate ao Crime Cibernético*. Contribuição crítica ao processo de investigação criminal da fraude bancária eletrônica: *Ubi societas, ibi criminis?* 1ª ed. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora Ltda., 2016.

VERSIANI, José Augusto Campos *et al.* *Combate ao Crime Cibernético*. Cooperação Internacional na Investigação de Crimes Cibernéticos. 1ª ed. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora Ltda., 2016.

A Interface entre os Modelos de Tutela Coletiva, a Dimensão Individual das Demandas Coletivas e as Ações Pseudoindividuais e Individuais com Efeitos Coletivos

Fabício Rocha Bastos*

Sumário

1. Modelos de Tutela Coletiva: Ações Coletivas e o Julgamento de Questões Repetitivas. 2. Processo-Piloto e Processo-Modelo. 3. Características do Modelo dos Processos de Questões Repetitivas. 4. Características do Modelo das Ações Coletivas. 5. Conceito de Ação: A) Meramente Individual; B) Individual com Efeitos Coletivos; C) Pseudoindividual; D) Pseudocoletiva; e E) Essencialmente Coletiva. 5.1. Ação Meramente Individual. 5.2. Ação Individual com Efeitos Coletivos. 5.3. Ação Pseudoindividual. 5.4. Ação Pseudocoletiva ou Acidentalmente Coletiva. 5.5. Ação (Essencialmente) Coletiva. 6. Técnicas de Repercussão Individual e Coletiva. Bibliografia.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo apresentar os dois modelos de tutela coletiva existentes em nosso ordenamento, mormente após o advento do Código de Processo Civil de 2015, quais sejam: ações coletivas e a resolução das questões repetitivas. Ao abordá-los, expus as suas principais características e afirmei a inserção no microssistema da tutela coletiva.

Além dessa exposição, abordei a interface entre estes modelos e a resolução das questões repetitivas através das soluções próprias do processo coletivo, bem como a existência, em sua decorrência lógica, de ações pseudoindividuais, individuais com efeitos coletivos e a eventual possibilidade de manejar pretensão decorrente da dimensão individual dos direitos transindividuais.

Abstract

This article aims to present the two models of collective guardianship existing in our planning, especially after the advent of the Civil Procedure Code of 2015, which are:

* Mestrando em Direito na Universidade *Degli Studi di Roma Tor Vergata*. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Membro do *International Association of Prosecutors*. Membro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil. Professor da Pós Graduação da FGV, UCAM, FEMPERJ e EMERJ. Professor da EMERJ, FEMPERJ, AMPERJ e FESMPMG.

collective actions and resolution of repetitive issues. In addressing them, I explained their main characteristics and affirmed the insertion in the microsystem of collective tutelage.

In addition to this exposition, I approached the interface between these models and the resolution of repetitive questions through the solutions of the collective process, as well as the existence, in its logical consequence, of individual pseudoindividual actions with collective effects and the possible possibility of handling pretension arising The individual dimension of trans-individual rights.

1. Modelos de Tutela Coletiva: Ações Coletivas e o Julgamento de Questões Repetitivas

Em nosso ordenamento, mormente após o advento do CPC/15, podemos afirmar, com segurança, que houve a inserção de dois microsistemas dentro da codificação: a) microsistema da resolução de questões repetitivas (art. 928); b) microsistema da teoria dos precedentes (art. 926). A regulamentação da resolução das questões repetitivas e a das ações coletivas possuem sistemática procedimental diversa, mas são complementares e dialogam entre si. A existência destes microsistemas gera repercussões para o estudo da tutela coletiva, pois passamos a contar, a partir de então, com dois modelos: a) modelo das ações coletivas; b) modelo do julgamento/resolução das questões repetitivas¹.

O modelo das ações coletivas é o modelo clássico que vem sendo objeto de estudo e regulamentação há tempos e que visa, em seu panorama regra, a tutela da higidez do direito material subjetivo transindividual (processo coletivo comum). Fazem parte deste microsistema, como já visto, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública, a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o *habeas data* coletivo, o mandado de injunção coletivo etc.

O modelo do julgamento das questões repetitivas, por sua vez, é em que se busca a fixação de uma tese jurídica com o fim de uniformizar a aplicação de uma questão de direito (material ou processual) com eficácia vinculante². É, a bem da verdade, uma técnica de julgamento de litígios agregados com o fim de evitar a dispersão de precedentes e, com isso, proteger a isonomia e a segurança jurídica. Fazem

¹ “Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, será acrescida ao ordenamento jurídico brasileiro a previsão de um processo incidente para corroborar a solução coletiva de conflitos, somando-se às ações coletivas e aos meios extrajudiciais de solução de conflitos coletivos. Ter-se-á, portanto, desejado sistema pluralista, porque, em primeiro lugar, nem sempre se está diante de uma ação coletiva, independente das razões para o seu não ajuizamento. Por outro lado, a realidade demonstra que nem sempre as ações coletivas ajuizadas foram capazes de conter uma grande quantidade de litígios, tendo em vista, por exemplo, a limitação do próprio pedido ou a legitimidade do autor. Do mesmo modo, a questão comum poderá advir não de direitos individuais homogêneos propriamente ditos, mas de pretensões variadas. Nesse sentido, o incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas possuem sistemática procedimental diversa, mas um caráter complementar e de apoio, precipuamente se relacionado à economia processual e ao princípio da igualdade.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *Ações Coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos*. In: Coordenador: ZANETI JR., Hermes; Coordenador geral: DIDIER JR., Fredie. *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2016. *Coleção Repercussões do Novo CPC*. vol. 8.

² Não são aplicáveis as restrições legais existentes para o modelo das ações coletivas como, por exemplo, o art. 1º, p.u., da L.A.C.P.

parte deste microsistema o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR (art. 976, CPC) e os recursos excepcionais repetitivos (art. 1036, CPC). Estas questões repetitivas, como o próprio nome faz supor, precisam estar em curso perante o Poder Judiciário e podem ter sido ventiladas tanto no primeiro grau quanto nos tribunais, bem como em demandas individuais ou coletivas. A rigor, a existência de demanda coletiva em curso não configura pressuposto processual negativo para a ocorrência de julgamento das questões repetitivas, apesar de a finalidade da demanda coletiva ser a molecularização dos litígios.

Impende salientar que, ao contrário do que pode ocorrer no modelo da tutela coletiva através das ações coletivas, na resolução das questões repetitivas, não há matéria de fato a ser objeto da tese jurídica. Em outras palavras, o modelo da resolução das questões repetitivas não admite questões de fato, mas unicamente de direito, apesar da severa dificuldade, como bem apontada pela doutrina, para divisar o que é, no caso concreto, questão de fato e de direito³.

Nada obstante, quando for a hipótese de aplicação, inaplicação, superação ou distinção, imprescindível, para o aplicador/intérprete, analisar (cotejo analítico) as circunstâncias de fato do precedente e as circunstâncias de fato para o caso no qual será utilizado. Trata-se de regra natural para utilização de um precedente ao caso concreto futuro posto em análise (fatos relevantes para a solução jurídica).

Por fim, vale dizer que os casos (questões) repetitivos podem conter objeto litigioso comum/semelhante (litígios homogêneos) ou objeto litigioso que não seja semelhante, mas com questão de direito comum (litígios heterogêneos).

2. Processo-Piloto e Processo-Modelo

Na técnica de julgamento de questões repetitivas existem dois modelos aplicáveis: a) processo-piloto; b) processo-modelo.

No modelo do processo-piloto, o julgamento das questões repetitivas importará na fixação da tese jurídica que será aplicável aos demais casos concretos, bem como a resolução de um ou mais casos afetados/selecionados para o julgamento. Haverá, portanto, a resolução do caso concreto e a fixação da tese jurídica. Para fins de aplicação deste modelo, é imprescindível a existência de uma relação jurídica processual pendente (processo em primeiro grau, recurso, reexame necessário ou causa da competência originária do tribunal).

³ “A limitação do objeto do I.R.D.R. às questões ‘unicamente de direito’ foi infeliz, sobretudo pela dificuldade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, na definição de questão de fato ou questão de direito. Aqui, deveria o código ter optado pela admissão das pretensões isomórficas (questões de direito que possuem elementos de fato ou de direito comuns) tal como comumente adotado no direito comparado. Isso porque o texto não se confunde com a norma e esta é o resultado da interpretação (os fatos contribuem para a reconstrução do ordenamento jurídico quando da interpretação operativa).” ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. In: *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11, vol. 18, nº 1, jan-abr. 2017. No mesmo sentido, CABRAL, Antonio do Passo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: _____; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

No processo-modelo, ao contrário, o julgamento das questões repetitivas ensinará somente a fixação da tese jurídica sem a resolução de um caso concreto. O órgão jurisdicional será provocado somente para fixar a correta interpretação/aplicação da questão de direito que será replicada, pois é um precedente (tese jurídica fixada), para os demais casos concretos pendentes e futuros. Tanto isso é verdade que o abandono do incidente de julgamento das questões repetitivas não ensinará óbice para a fixação da tese jurídica, conforme se verifica da análise dos arts. 998, p.u., 976, §1º, e 1040, §§ 1º e 2º, CPC. Assim, a fixação da tese jurídica independe da resolução do caso concreto.

O CPC/15 adotou, como regra geral, o processo-modelo, mas há, excepcionalmente, hipóteses nas quais será possível verificar a aplicação do processo-piloto. Tal fato leva alguns autores a afirmarem que o nosso ordenamento jurídico adotou uma posição mista por ser possível a adoção dos dois modelos⁴.

3. Características do Modelo dos Processos de Questões Repetitivas

Neste tópico, serão apresentadas, de forma sistematizada, as características do modelo dos processos de questões repetitivas⁵.

A) Quanto ao Tipo de Tutela Aplicável

Aplica-se o regime *opt in*, ou seja, todos que forem partes em processos (individuais ou coletivos) que versarem sobre a mesma questão de direito objeto do IRDR ou dos Recursos Repetitivos serão atingidos pela tese jurídica que for criada. Haverá aplicação da tese jurídica qualquer que seja o resultado prático (benéfico ou prejudicial).

B) Quanto ao Pressuposto Objetivo para Verificação do Modelo

O pressuposto inafastável é a existência de alguma relação jurídica de direito processual pendente. Nos casos do IRDR, a demanda poderá estar pendente em

⁴ “Podemos sintetizar, esclarecendo que, no processo-modelo (também chamado de causa-modelo), há somente uma tese, não nenhum caso a ser julgado; já no processo-piloto (causa-piloto), temos, além da tese, o julgamento simultâneo de um caso concreto. O Brasil adotou posição mista no julgamento dos casos repetitivos, utilizando para isto o julgamento de um processo-piloto como regra, conforme afere-se no art. 98, par. único, somado ao art. 1040, III, e o julgamento de um processo-modelo, no caso de desistência do recurso afetado (art. 976, §1º). Nesta hipótese de desistência, o tribunal poderá, ainda, afetar novos recursos para julgamento.” ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. (In: *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11, vol. 18. nº 1, jan.-abr. 2017). No mesmo sentido, podemos citar: “A causa-piloto caracteriza-se por uma unidade de processo e julgamento, pelo qual o órgão decisor conhece e julga não apenas a questão comum, mas também todas as demais questões, resolvendo o caso por completo.” CABRAL, Antônio do Passo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. (In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016).

⁵ Usamos como roteiro o quadro sinótico existente no brilhante artigo de ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. In: *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 11, vol. 18. nº 1, jan.-abr. 2017.

qualquer etapa procedimental e deverá o requerente do incidente demonstrar o risco à isonomia e à segurança jurídica, ou seja, risco de dispersão de precedentes (art. 976, CPC). Nos casos dos Recursos Repetitivos, será imprescindível a pendência de recurso excepcional, versando sobre a mesma questão de direito (art. 1036, CPC).

C) Quanto ao Pressuposto Processual Negativo, Obstativo ou Impeditivo

Existem duas situações jurídicas ensejadoras de óbice para a utilização deste tipo de modelo: 1) existência de recurso afetado por Tribunal Superior que verse sobre a mesma questão de direito objeto do instrumento (arts. 976, §4º e 1030, III, CPC); 2) já ter ocorrido o julgamento com a fixação da tese jurídica sobre a mesma questão de direito e não ser caso de revisão da tese.

D) Quanto à Aplicabilidade da Causa-Modelo ou da Causa-Piloto

Como regra, aplica-se a causa-piloto, com a instauração do IRDR ou a afetação do recurso (arts. 978, p.u., e 1036, §§ 1º e 5º, CPC) e, em casos excepcionais previstos no ordenamento jurídico, a causa-modelo (arts. 976, §1º, 998, p.u., e 1040, §§ 1º e 2º, CPC).

E) Quanto ao Órgão Jurisdicional que Exerce a Admissibilidade e o Órgão Julgador

O órgão jurisdicional competente para o exercício do juízo de admissibilidade, no caso do IRDR, é o próprio órgão colegiado (indicado pelo regimento interno do próprio tribunal) responsável pela fixação da tese jurídica, enquanto no caso dos Recursos Repetitivos, a admissibilidade será realizada pelo Relator no Tribunal Superior, enquanto o julgamento será realizado pelo órgão colegiado.

F) Quanto à Possibilidade de Suspensão dos Processos Individuais e Coletivos Pendentes

É da essência do próprio modelo de tutela coletiva a suspensão dos processos individuais e coletivos para prevenir a ocorrência de dispersão de precedentes. No caso do IRDR, a simples admissibilidade do incidente acarreta a suspensão, conforme art. 982, I, CPC, enquanto no procedimento dos recursos repetitivos mera afetação acarretará tal consequência (art. 1037, §1º, CPC). Os processos ficarão suspensos por, no máximo, um ano, podendo ser prorrogável por decisão expressa, no caso do IRDR (arts. 980, p.u., e 1037, §4º, CPC). Existe a possibilidade de suspensão nacional de todos os processos que versam sobre a mesma questão de direito. No caso do IRDR, será requerido na forma do art. 982, §3º, CPC, enquanto no caso de recurso repetitivo, será determinado pelo relator, conforme art. 1037, *caput*, e II, CPC.

G) Quanto aos Legitimados Ativos

No que tange à legitimidade ativa para gerar a aplicação deste modelo de tutela coletiva, vale diferenciar o IRDR do recurso repetitivo. No primeiro caso, os legitimados serão o juiz, o relator, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública (art. 977, CPC). No segundo caso, o presidente ou vice do tribunal de origem (TJ ou TRF).

H) Quanto à Possibilidade de Assunção da Condução do Processo

Caso ocorra desistência ou abandono do processo instaurado através deste modelo, não haverá óbice para a análise do mérito, quando será aplicada a causa-modelo (arts. 976, §1º, 998, p.u., e 1040, §§1º e 2º, CPC). Nos casos do IRDR, o Ministério Público poderá assumir a condução do incidente (art. 976, §2º, CPC).

I) Quanto à Necessidade da Intervenção do Ministério Público

Haverá intervenção obrigatória como *custus iuris*, quando já não for parte, conforme arts. 983 e 1038, III, CPC.

J) Quanto à Aplicabilidade da Limitação Territorial da Eficácia

No caso do IRDR, haverá limitação territorial, conforme o âmbito de abrangência da competência do órgão prolator, podendo ser o Estado (no caso de Tribunal de Justiça) ou uma Região (no caso do Tribunal Regional Federal). No caso dos recursos repetitivos, a abrangência será nacional, pois os Tribunais Superiores exercem as suas funções jurisdicionais em âmbito nacional.

K) Quanto à Eficácia Vinculante do Resultado

Haverá eficácia vinculante aos casos concretos pendentes (suspensos) e futuros, salvo quando houver revisão da tese. A tese jurídica fixada, portanto, será aplicável de forma obrigatória aos demais casos que ostentam a possibilidade fática e jurídica de extensão da *ratio decidendi*, conforme arts. 927, III; 985 e 1040, III, CPC.

L) Quanto ao Regime Jurídico da Coisa Julgada Material

A bem da verdade, a fixação de uma tese jurídica com eficácia vinculante não se confunde com coisa julgada material. A tese jurídica não gera coisa julgada material, mas sim a aplicabilidade obrigatória aos casos concretos pendentes e futuros que sejam semelhantes. Nada obstante, a estabilização da tese jurídica decorre de um processo natural, mas não incide sobre ela o viés da imutabilidade, pois, desde que presentes os seus requisitos, poderá ocorrer a revisão da tese. A coisa julgada material será verificada no âmbito do processo suspenso (individual ou coletivo) no qual foi aplicada a tese jurídica, mas não guarda relação direta e exata com a criação da tese.

4. Características do Modelo das Ações Coletivas

Neste tópico, serão apresentadas, de forma sistematizada, as características do modelo clássico das ações coletivas.

A) Quanto ao Tipo de Tutela Aplicável

Neste modelo, existe a possibilidade de os autores das ações individuais, que estão pendentes no mesmo momento processual que a ação coletiva, exercerem, desde que sejam formalmente cientificados no bojo das suas demandas individuais (sistema do *fair notice*), o direito de optarem pela inclusão (*right to opt in*) ou autoexclusão (*right to opt out*) do âmbito de repercussão do resultado do processo coletivo.

O legislador, de forma expressa, afastou a possibilidade de reconhecimento da litispendência entre uma ação coletiva e uma ação individual e permitiu, por via de consequência, que tenham curso simultâneo. Entretanto, fixou a necessidade da intimação dos autores das demandas individuais para que, no prazo decadencial de 30 dias, escolham se vão prosseguir com as suas demandas individuais (*right to opt out* – autoexclusão) ou se vão suspender o curso dessas demandas (*right to opt in* – inclusão no regime *in utilibus*), conforme preconiza o art. 104, CDC.

Regime diverso existe na regulamentação do mandado de segurança (relação entre o individual e o coletivo), conforme art. 22, §1º, LMS, e do mandado de injunção (relação entre o individual e o coletivo), conforme art. 13, p.u., LMI. Nestes casos, o legislador exigiu a desistência da impetração dos mandados de segurança e injunção individuais.

De qualquer forma, caso o autor individual opte pelo prosseguimento da sua demanda, não será atingido pelo resultado do processo coletivo, ainda que seja benéfico. Por outro lado, caso opte pela suspensão (ou desistência), será atingido somente pelo resultado benéfico do processo coletivo (regime jurídico *in utilibus*).

Nada obstante, o Superior Tribunal de Justiça⁶, mediante a aplicação do regime dos recursos repetitivos, ainda sob a égide do CPC/73, fixou entendimento no sentido da possibilidade de o juízo da ação coletiva determinar, *ex officio*, a suspensão de todas as ações individuais, pois há entre elas uma relação de prejudicialidade.

Por fim, impende destacar que, na hipótese de não existir demanda individual proposta por um dos membros da coletividade, haverá repercussão em sua esfera

⁶ RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1. Ajuizada ação coletiva atinente à macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2. Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e §1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672, de 8.5.2008). 3. Recurso Especial improvido. (STJ – REsp nº 1110549 RS 2009/0007009-2, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 28/10/2009, S2 – SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 14/12/2009).

jurídica individual somente do resultado benéfico (art. 103, §3º, CDC). Caso o resultado do processo coletivo seja de improcedência, não servirá de óbice para eventual propositura de ação individual (art. 103, §§ 1º e 2º, CDC).

B) Quanto ao Pressuposto Objetivo para Verificação do Modelo

Para fins de aplicação deste modelo clássico de ação coletiva, basta a existência de uma situação fática/jurídica coletiva. A rigor, apesar da controvérsia doutrinária acerca do conceito de ação coletiva, que será enfrentado no próximo tema, trata-se de elemento imprescindível para a existência de processo coletivo.

C) Quanto ao Pressuposto Processual Negativo, Obstativo ou Impeditivo

Neste item, aplicar-se-ão todos os pressupostos processuais impeditivos, obstativos ou negativos que já são verificados nos processos individuais e que versam sobre a originalidade da demanda (art.485, V, CPC). A bem da verdade, o pressuposto mais adequado para este propósito será a existência de coisa julgada material sobre o tema. A perempção, dificilmente, apesar de juridicamente possível, será verificada em processos coletivos, pois a solução jurídica decorrente da verificação de abandono da demanda é a sucessão processual através da assunção do processo ou da legitimidade, conforme preconizam os arts. 5, §3º, LACP, e 9º, LAP.

D) Quanto à Aplicabilidade da Causa-Modelo ou da Causa-Piloto

Para fins de utilização deste modelo de tutela coletiva, não há que se falar em causa-piloto e causa-modelo.

E) Quanto ao Órgão Jurisdicional que Exerce a Admissibilidade e o Órgão Julgador

A admissibilidade e o julgamento da ação coletiva serão realizados pelo órgão jurisdicional com competência para a matéria, desde que observadas as regras inerentes. Vale mencionar que no âmbito da tutela coletiva cível não existe foro por prerrogativa de função.

F) Quanto à Possibilidade de Suspensão dos Processos Individuais e Coletivos Pendentes

Considerando o sistema do *fair notice* e *right to opt* e do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da relação de prejudicialidade entre as demandas individuais e coletivas, conforme visto na letra A, é possível que uma ação coletiva gere a suspensão de uma demanda individual.

As demandas coletivas também são destinatárias da suspensão dos processos decorrente do IRDR e do sistema dos recursos repetitivos, tal como as demandas individuais.

As demandas coletivas não configuram óbice para a realização do IRDR e dos recursos repetitivos, entretanto, é recomendável que sejam as causas afetadas para tal desiderato.

G) Quanto aos Legitimados Ativos

A legitimação coletiva ativa é extraordinária concorrente e disjuntiva, como regra, e será verificada no caso concreto a depender do tipo de demanda coletiva foi proposta, bem como a situação coletiva deduzida. Em suma, as demandas coletivas poderão ser propostas, conforme a hipótese, por órgãos públicos (Ministério Público, Defensoria Pública e Fazenda Pública), por pessoa física (cidadão, nos casos da Ação Popular), por entidades do setor privado (associações civis, sindicatos, entidades associativas, partidos políticos e estatais) e pela própria comunidade (art. 37 da Lei nº 6001/73).

H) Quanto à Possibilidade de Assunção da Condução do Processo

Há previsão expressa no microsistema da tutela coletiva para a assunção da condução do processo tanto na fase de conhecimento quanto na fase de cumprimento de sentença (arts. 5, §3º e 15 da LACP e 9º, 16 e 17 da LAP).

I) Quanto à Necessidade da Intervenção do Ministério Público

Nas demandas em que não figura como órgão agente, haverá a obrigatoria intimação e intervenção do Ministério Público para atuar como *custus iuris* (art. 5, §1º da LACP; art. 12 da LMS; art. 6º, §4º da LAP e art. 17, §4º da LIA entre outras).

J) Quanto à Aplicabilidade da Limitação Territorial da Eficácia

Conforme redação dos arts. 16 da LACP e 2º-A da Lei nº 9494/97, a sentença de procedência nos processos coletivos terá eficácia *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão. Esta limitação territorial, que ainda encontra-se em vigor, sofre severas críticas doutrinárias por violar o princípio da efetividade da tutela jurisdicional e fomentar a possibilidade de decisões judiciais conflitantes.

Tal limitação territorial não pode ser aplicada nas demandas coletivas de consumo, pois o art. 103, CDC, não traz qualquer previsão neste sentido.

Apesar da vigência desta limitação territorial, o Superior Tribunal de Justiça vem afastando a sua aplicabilidade, inclusive com precedente vinculante extraído do regime jurídico dos recursos repetitivos ainda sob a égide do CPC/73⁷.

⁷ Processo civil e direito do consumidor. Ação civil pública. Correção monetária dos expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança. Ação proposta por entidade com abrangência nacional, discutindo direitos individuais homogêneos. Eficácia da sentença. Ausência de limitação. Distinção entre os conceitos de eficácia da sentença e de coisa julgada. Recurso especial provido. A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais

K) Quanto à Eficácia Vinculante do Resultado

As decisões proferidas em sede de processo coletivo podem gerar, nos casos de procedência, repercussão prática e direta na esfera jurídica individual (vítimas e sucessores do evento danoso), permitindo a realização, no plano individual, de liquidação e execução da sentença (transporte *in utilibus*), conforme arts. 95, 97 ao 100 e 103, §3º, CDC.

Apesar da aplicabilidade do regime jurídico *in utilibus*, não há que se falar em existência de precedente com eficácia vinculante da decisão. Como regra geral, o precedente criado no processo coletivo ostentará somente eficácia persuasiva, mas, caso estejam presentes todos os pressupostos (arts. 489, §1º, V e V, 926 e 927, CPC), poderá ter, eventualmente, eficácia vinculante.

L) Quanto ao Regime Jurídico da Coisa Julgada Material

O regime jurídico da coisa julgada material nos processos coletivos ostenta peculiaridades diante do regramento dos processos individuais. No plano objetivo (modo de produção da coisa julgada), são identificáveis os seguintes modos de produção da imutabilidade: a) incondicionado (*pro et contra*); b) condicionado (*secundum eventus litis et vel probationis*). No plano subjetivo (repercussão do resultado do processo), são identificáveis as seguintes eficácias subjetivas: a) *inter partes* (*res inter alios acta*); b) *erga omnes*; c) *ultra partes*.

homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém, ontologicamente diversa. A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da L.A.P. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada àquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém, somente no que não contrariar as regras do CDC, que contém, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da L.A.P. para essas hipóteses. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ – REsp nº 411529 SP 2002/0014785-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/06/2008, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/08/2008).

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva podem ser ajuizadas no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre, a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC, e 93 e 103, CDC). 1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso, descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, *caput*, da Lei nº 9.494/97.2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki. 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e não provido. (STJ – REsp nº 1243887 PR 2011/0053415-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/10/2011, CE – CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 12/12/2011).

No plano objetivo, como regra geral, aplica-se o regime jurídico condicionado da imutabilidade. A coisa julgada material, portanto, pode ser condicionada ao resultado da própria demanda, nos casos dos direitos individuais homogêneos, conforme se denota na redação do art. 103, III, CDC, chamada de *secundum eventus litis*, ou pode ser condicionada ao resultado da instrução probatória, nos casos dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, conforme art. 103, I e II, CDC, art. 18, LAP, e art. 16, LACP, chamada de *secundum eventus probationis*.

Somente haverá coisa julgada material a impedir a repropositura das demandas coletivas pelo mesmo ou por outro legitimado se o resultado for improcedência pura (sem o designativo “por falta de provas”) ou procedência. Para a esfera jurídica individual, o resultado negativo da demanda coletiva não servirá de óbice para a propositura ou prosseguimento da demanda individual (art. 103, §1º, CDC), salvo se o indivíduo tiver participado do processo coletivo como interveniente (arts. 94 c/c 103, §2º, CDC, e art. 18, p.u., CPC).

No plano subjetivo, conforme o direito material coletivo tutelado, haverá eficácia subjetiva diversa. Nos casos de direito coletivo em sentido estrito, aplicar-se-á a eficácia *ultra partes* (arts. 81, p.u., II c/c 103, II, CDC), enquanto nos casos de direitos difusos e individuais homogêneos será aplicável a eficácia *erga omnes* (arts. 81, p.u., I e III c/c 103, I e III, CDC). Será aplicável, também, por óbvio, entre as partes formais da demanda coletiva, a eficácia *inter partes*.

Por fim, vale mencionar que o resultado do processo coletivo, salvo quando ocorrer intervenção individual, somente atingirá a esfera jurídica individual para beneficiá-la, jamais para prejudicá-la.

5. Conceito de Ação: A) Meramente Individual; B) Individual com Efeitos Coletivos; C) Pseudoindividual; D) Pseudocoletiva; e E) Essencialmente Coletiva

5.1. Ação Meramente Individual

Ação meramente individual é aquela que tutela interesse individual com repercussão exclusivamente individual. Por exemplo, ação de cobrança entre credor e devedor. O CPC de 73 estabelecia, no art. 472, que a sentença fazia coisa julgada entre as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Assim, o resultado de um processo individual tinha eficácia *inter partes*, ressaltando-se as causas relativas ao estado de pessoa em que a sentença produzia efeitos em relação a terceiros se citados.

O CPC/2015, no art. 506, estabelece que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. Assim, pode se ter uma ação meramente individual, que apesar de não prejudicar terceiros pode beneficiar, portanto, o dispositivo autoriza a utilização do regime jurídico *in utilibus*. O transporte “*in utilibus*” é uma forma de ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada, permitindo que indivíduos que não integraram a relação jurídica processual venham a se beneficiar do resultado do processo.

De toda forma, na essência, ação meramente individual é aquela que tutela interesse individual com resultado na esfera jurídica das partes, sem repercussão no seio da coletividade.

5.2. Ação Individual com Efeitos Coletivos

Na denominada ação individual com efeitos coletivos⁸, há uma demanda individual, porém, em virtude do pedido formulado, os efeitos da sentença atingem a coletividade. Um exemplo deste tipo de demanda é a denominada ação de dano infecto proposta com lastro no direito de vizinhança⁹. O resultado da demanda, sujeito à eficácia subjetiva da coisa julgada material, operar-se-á *inter partes*, porém, reflexamente atingirá todos circunscritos nos arredores.

Em verdade, na situação apresentada, haverá uma ação meramente individual com o fim de apreciar um direito meramente individual (puro), mas, por estar conectado a uma circunstância de fato geradora de direito ou interesse transindividual (difuso), gera benefícios para a coletividade titular do direito¹⁰.

O benefício referido ocorre no âmbito dos fatos, pois o indivíduo não pode, no plano jurisdicional, tutelar um direito transindividual, ou seja, tal direito não pode ser objeto de uma demanda individual. Inegável, porém, que o resultado da demanda repercutirá no seio da coletividade, mormente nos casos de procedência do pedido formulado, mas os membros desta coletividade não poderão realizar o transporte *in utilibus* da sentença, por se tratar de processo individual.

⁸ “Ação ajuizada como sendo individual, mas, na verdade, em função do pedido, os efeitos da sentença podem acabar atingindo a coletividade. Assim, se um indivíduo, invocando seu direito subjetivo, afirma ter direito a uma prótese importada, que está excluída do seu plano de saúde, pedindo a revisão de uma cláusula contratual, de duas uma: ou o juiz só determina que a prótese lhe seja fornecida, e estará tratando a ação como individual ou determina que a cláusula contratual seja revista, para beneficiar a todos, tratando o pedido individual como tendo efeitos coletivos. Neste segundo caso, teremos uma ação individual com efeitos coletivos”. Texto extraído do Relatório de Pesquisa da FGV e CEBEPEJ, com o objetivo de avaliar a prestação jurisdicional individual e coletiva a partir da judicialização da saúde. Acesso em: <http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judicializacao_da_saude.pdf>.

⁹ Na doutrina, há outros exemplos: “Os exemplos são variados: Um cadeirante que ingressa com ação judicial para obrigar a Municipalidade a oferecer, num determinado trajeto, veículo com as especificidades necessárias ao seu transporte; um morador que, incomodado com o transtorno que uma feira livre lhe causa, ingressa com ação judicial para proibir sua realização; um sujeito que, inconformado com uma propaganda enganosa, que fere a sua inteligência e boa-fé, ingressa com ação judicial para retirá-la dos meios de comunicação; um sujeito que, entendendo que determinada intervenção em monumentos mantidos em praças públicas viola o seu direito a apreciar o patrimônio histórico e cultural, ingressa com ação para proibir tal conduta; um ouvinte de rádio que ingressa com ação para retirar a ‘Voz do Brasil’ da programação com o argumento que tem o direito de ouvir músicas e informações no tempo que dura o programa oficial.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

¹⁰ “A ação ajuizada pelo indivíduo, ainda que voltada para a defesa do direito à tranquilidade ou à sua saúde, refletirá em toda a coletividade, porque demandará solução uniforme, na medida em que não se pode conceber, por exemplo, em termo concretos, que a limitação, ou não, do barulho, bem como a manutenção, ou não, das atividades da indústria produzam efeitos apenas em relação ao autor individual.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *A legitimação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas*. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al.] coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Não se trata de um indivíduo apropriando-se individualmente de um interesse transindividual, pois isso não é juridicamente possível, na medida em que tais interesses são indivisíveis. No entanto, factível sustentar que os interesses transindividuais podem apresentar uma dimensão no plano individual. Como no exemplo citado acima, o morador tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (dimensão coletiva do direito transindividual) e à observância do direito de vizinhança (dimensão individual do direito transindividual)¹¹.

Em casos assim, há, a rigor, a proteção de um direito transindividual como decorrência do exercício e o acolhimento de uma pretensão individual.

Caso o magistrado verifique a potencialidade, apesar de a narrativa ser meramente individual, do resultado da demanda repercutir na seara da coletividade, deverá notificar os legitimados coletivos, dando-lhes ciência para a adoção das medidas pertinentes. Tal notificação não poderia estar lastreada no art. 139, X, CPC, posto aplicável quando existirem demandas repetitivas sobre o mesmo tema. O fundamento jurídico de tal notificação deve ser o art. 7º da LACP¹². O destinatário imediato de tal notificação deve ser o Ministério Público, pois a sua legitimação ativa é a mais ampla entre os legitimados coletivos. Os demais deverão somente ser cientificados observadas as suas respectivas atribuições.

Com tal atuar, o magistrado evitará que a demanda repercuta no seio da coletividade sem que os legitimados coletivos tenham ciência, mas não resolve a questão de ordem prática, pois a demanda continuará em curso e não há a obrigatoriedade para que os legitimados efetivamente atuem.

Assim, surgem duas situações que merecem, ao menos, uma reflexão: a) poder-se-ia sustentar a inadmissibilidade da demanda individual com efeitos coletivos? b) qual será a consequência jurídica advinda da inércia dos legitimados coletivos cientificados?

¹¹ “Também pode ocorrer, como já analisado na parte introdutória do presente tópico, que o direito ou interesse difuso apresente dimensão individual. Nesses casos, se o indivíduo sofrer lesão ou ameaça diretas em sua esfera de direito, em decorrência da violação também de direito difuso (meio ambiente, por exemplo), ele poderá vir a juízo para buscar a tutela do seu direito, conforme lhe assegura a Constituição (art. 5º, XXXV), o que também atinge por via reflexa, no mundo dos fatos, direito difuso. O processo no caso é individual e não coletivo. Ocorre que o indivíduo, ao pedir que seja cessada, por exemplo, determinada atividade industrial que o está atingindo diretamente em sua residência pela poluição desenfreada, ele acaba por beneficiar, em caso de procedência do pedido, uma comunidade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, que são os titulares do direito ou interesse difuso em questão. Assim, essa comunidade de pessoas indeterminadas acaba sendo beneficiada de alguma forma, por força dos reflexos no mundo dos fatos dos efeitos da decisão proferida na ação individual. No mundo dos fatos, poderá não haver forma de cessar a atividade em relação ao indivíduo lesado diretamente sem que com isso não esteja beneficiando a comunidade titular do direito difuso ao meio ambiente equilibrado. O que na verdade haverá na ação individual, na hipótese levantada, é a apreciação de direito individual puro, que, por estar ligado às mesmas circunstâncias, de fato, geradoras do direito ou interesse difuso, acaba beneficiando, repita-se – no mundo dos fatos e não do direito, pois o direito difuso não poderá ser objeto de ação individual –, a respectiva comunidade de pessoas titulares do direito ao meio ambiente equilibrado.” ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. Página 496.

¹² A depender do tema sobre o qual foi versado na demanda, poderá o juiz fulcrar a sua notificação nas seguintes normas: art. 221 do ECA e arts. 89 e 98 do Estatuto do Idoso.

Alguns autores sustentam que demandas desta natureza deveriam ser tratadas como coletivas, pois, apesar do supedâneo fático e da pretensão exercida individualmente, há evidente repercussão coletiva. Esta repercussão, por si só, denota que o tratamento deve ser de processo coletivo e, sendo assim, poder-se-ia alegar a inadequação da via procedimental eleita e, com isso, gerar a inadmissibilidade da demanda¹³.

Não concordamos com o tratamento de demanda coletiva, pois, conforme dito acima, trata-se de ação meramente individual que terá a aplicação das regras procedimentais do CPC (art. 318) e não do microsistema da tutela coletiva¹⁴. Assim, o resultado da demanda será, no prisma subjetivo, *inter partes*. Nada obstante, os efeitos fáticos poderão atingir a esfera da coletividade, mas os membros desta não ficarão jungidos à sua imutabilidade (efeito no mundo do direito)¹⁵.

Não podemos concordar com a tese da inadmissibilidade da demanda individual, sob pena de vulnerar, de forma insuperável, o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CR/88), pois não se trata de defesa de interesse difuso através de demanda individual, mas da tutela de um interesse individual decorrente de interesse difuso. É o que se denomina direito difuso de dimensão individual¹⁶. Caso a demanda individual promova a pretensão coletiva de tutela de interesse difuso, por óbvio, deverá ser inadmitida por inadequação da via eleita, mas, na hipótese em testilha, a demanda é juridicamente possível e deve ser objeto da prestação e da entrega da tutela jurisdicional do estado¹⁷.

¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

¹⁴ Na doutrina, há quem aponte o problema na certificação da ação como coletiva ou individual e, diante disso, as demandas deverão receber o tratamento correspondente. “A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto, em tais hipóteses, enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual, demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, o melhor talvez fosse não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadão ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto da ação popular, alcançando o próprio meio ambiente, mas a ampliação definitiva do rol de legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *A legitimação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas*. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al.] Coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014).

¹⁵ Vale mencionar que o art. 506, CPC, permite a conclusão de que foi adotado o regime *in utilibus* na sentença, pois o resultado do processo não pode prejudicar terceiros, mas pode gerar benefícios.

¹⁶ “No que tange aos direitos difusos de dimensão individual, tendo em vista que o indivíduo poderá ser atingido diretamente em sua esfera de direito subjetivo, a Constituição Federal garante-lhe o acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Todavia, o que ele irá buscar, via tutela jurisdicional, não é a proteção de um direito difuso, cujo titular é uma coletividade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, mas de seu direito subjetivo, diretamente atingido. A ação, o processo e coisa julgada, na hipótese, pertencem ao direito processual individual; são aplicáveis, assim, as disposições processuais do C.P.C. O que se nota na hipótese é que, tendo em vista que se trata de um direito cujo bem jurídico tutelado é, no mundo dos fatos, de impossível divisão, a procedência do pedido formulado na ação individual ajuizada poderá atingir, favoravelmente, no mundo dos fatos – provocando até mesmo efeitos análogos aos da procedência do pedido da Ação Coletiva, caso fosse ajuizada –, a comunidade de pessoas indeterminadas, titular do respectivo direito difuso. Cita-se, como exemplo, a questão ambiental (...).” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. Página 528).

¹⁷ “Parece que esta é uma forma de contornar o óbice da inconstitucionalidade, que consiste na violação ao princípio segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário. A vedação do caminho individual só existiria, segundo esse raciocínio, para os direitos que definitivamente não apresentam essa dimensão individual. Observe-se que, na verdade, não se trata

O Superior Tribunal de Justiça, em *obiter dictum*, reconheceu a possibilidade de os indivíduos ameaçados ou lesados promoverem uma demanda individual, ainda que o interesse subjacente, em uma visão macro, fosse difuso¹⁸.

Vale lembrar que o indivíduo, salvo na condição de cidadão para fins de propositura da ação popular (art. 5º, LXXII, CR/88 c/c art. 1º, LAP), não ostenta legitimidade ativa para a condução de um processo coletivo¹⁹, ainda que verse sobre direito individual homogêneo (art. 81, p.u., III, CDC). O que o ordenamento permite é a sua intervenção individual em processo coletivo, na forma do art. 94, CDC c/c art. 18, p.u., CPC e a sua intervenção como cidadão-eleitor nos casos em que a demanda coletiva proposta por um legitimado coletivo tenha o mesmo objeto de uma possível ação popular (art. 1º LAP).

propriamente de uma vedação, senão que como o indivíduo, isoladamente, nada tem a ver com esse direito, não pode estar em juízo, formulando pretensão a seu respeito, uma vez que o interesse não tem dimensão individual. Por outro lado, admitir que a via da defesa individual ficaria bloqueada e não se estabelecer a necessidade do litisconsórcio seria inconstitucional, porque violaria o princípio da ampla defesa: se um direito meu está sendo discutido e se a respeito dele vai haver uma decisão eu tenho de ser cientificado para poder, se quiser, estar presente.” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al.] coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014).

¹⁸ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MAU USO DA PROPRIEDADE VIZINHA (DEPÓSITO DE LIXO MUNICIPAL). AÇÃO CAUTELAR E AÇÃO PRINCIPAL COM PRECEITO COMINATÓRIO. LEGITIMIDADE ATIVA. MATÉRIA REFLEXAMENTE CONSTITUCIONAL: COMPETÊNCIA DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I – Vizinhos ajuizaram ação cautelar, seguida de ação principal com preceito cominatório, para que o Município se abstivesse de utilizar antiga pedreira como depósito de lixo. O juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, sem interdição do depósito: “o interesse de poucos não podia prevalecer sobre o interesse de muitos”. O Tribunal de Justiça, ao dar provimento parcial à apelação dos autores, manteve o funcionamento do depósito até que fosse concluída a usina de reciclagem do lixo. Levantou, também, a ilegitimidade ativa dos autores: a pendenga deveria ser resolvida através de ação civil pública. II – Os autores se acham ativamente legitimados para as ações, pouco interessando que o mesmo suporte fático também possa desencadear ação civil pública. No caso concreto, os autores se insurgem contra o mau uso de propriedade vizinha (C.C., art. 554). III – Acórdão que fala “*obiter dictum*” em “meio ambiente” dá ensejo a recurso especial, e não a recurso extraordinário. IV – Recurso conhecido e provido. (Resp nº 163.483/RS, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/1998, DJ 29/03/1999, p.150).

¹⁹ Com uma bela síntese sobre as críticas à Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas, podemos mencionar as lições de Larissa Claire Pochmann da Silva: “No Brasil, a não inclusão expressa da legitimidade do indivíduo para a ação civil é associada a uma má experiência com a ação popular, em que o legitimado é o cidadão. Destaca Eurico Ferraresi que o que se temia era a ‘banalização das demandas coletivas’, a partir do raciocínio de que o ‘brasileiro não está preparado para utilizar judicialmente as ações coletivas’. Se pudesse utilizá-las, poderia gerar ‘inúmeras repercussões perniciosas que, mesmo nos casos de improcedência, jamais poderão ser reparadas.’ De acordo com José Carlos Baptista Puoli, nem a condenação por litigância de má-fé, hoje prevista no artigo 17 da Lei nº 7.347/85 nem os filtros normais do sistema processual atual bastarão para o controle da atuação da pessoa física nas demandas coletivas, já que, na prática, seriam recursos pouco utilizados. Ademais, sustenta-se que muitas vezes os lesados sequer conhecem seus direitos e ficarão em situação de desvantagem à frente do autor das lesões, que possui maior potencial econômico para contratar bons profissionais para seu assessoramento, produzir provas e arcar com os custos processuais. Além desses argumentos, ainda caberia afirmar que a legitimação individual nas ações coletivas pertence ao ordenamento jurídico estadunidense, estando em desacordo com as tradições e raízes jurídicas brasileiras. Aponta-se, por fim, uma falta de interesse do indivíduo para defender interesses difusos, na medida em que inexistiriam vantagens econômicas diretas em seu patrimônio. Assim, pode-se perceber que todos os argumentos que rechaçam a atuação do indivíduo estão relacionados aos valores altos de custas processuais e de honorários advocatícios, ao seu despreparo para atuar em nome da coletividade e à falta de interesse de agir, se for considerado que sua lesão é de um valor muito pequeno diante do valor total de todos os afetados.” (SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. Páginas 163/164).

Caso o juiz decida aplicar a norma do art. 139, X, CPC, conforme sugerido acima, para cientificar os legitimados coletivos e seja verificada a sua inércia, surge a necessidade de enfrentar a consequência jurídica inerente. O CPC não resolve o problema, pois se limita a indicar que os legitimados serão cientificados para a proposição da demanda coletiva.

Considerando que o Ministério Público é o principal legitimado coletivo (posto responsável pela maioria das demandas coletivas propostas) ativo, a solução pode ser encontrada em nosso próprio sistema. Na hipótese de o Ministério Público quedar-se inerte, apesar de o CPC sequer fixar um prazo para a sua manifestação, poder-se-ia sustentar a ciência ao Procurador-Geral de Justiça (art. 28, CPP) para ratificar, ou não, a inércia do membro do Ministério Público mediante aplicação analógica das regras do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação remetidas pelo órgão jurisdicional (art. 40, CPP). A melhor solução, ao meu sentir, seria a aplicação da norma do art. 139, X, CPC, com a fixação de um prazo para que o legitimado coletivo se manifeste. Findo o prazo, sem manifestação expressa ou com manifestação expressa em sentido negativo, nos casos do Ministério Público, deverá o magistrado remeter as peças de informação ao Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º da LACP), por aplicação analógica do sistema de arquivamento do inquérito civil, para o devido reexame da manifestação do membro. Não há a necessidade de utilização do CPP, pois o próprio microsistema da tutela coletiva nos indica a melhor solução.

A questão ganha novos contornos quando o art. 139, X, CPC for usado para cientificar os demais legitimados coletivos referidos. Nestes casos, findo o prazo fixado pelo juiz, sem manifestação expressa ou com manifestação expressa negativa, deverá ser cientificado o Ministério Público para ciência e adoção das medidas pertinentes.

Não é demais lembrar que, ao contrário do que ocorre no processo penal²⁰, não há, no processo coletivo, a possibilidade de ajuizamento de ação civil privada subsidiária da pública por ausência de previsão legal. Entretanto, há quem sustente, de *lege ferenda*, esta possibilidade²¹. Apesar de reconhecer a ausência de amparo legal para a possibilidade de o indivíduo promover uma ação civil privada subsidiária, há a necessidade de, ao menos, enfrentar o tema, pois nem sempre os legitimados coletivos poderão ou quererão agir seja por questões afetas às suas atribuições funcionais (nos casos do Ministério Público, da Fazenda Pública e da Defensoria Pública) ou por falta na localidade de representantes da sociedade civil organizada²².

²⁰ Com a possibilidade de ajuizamento de uma ação penal privada subsidiária da pública.

²¹ Impende salientar, contudo, que, no âmbito do direito empresarial, há a possibilidade de uma legitimidade extraordinária subordinada derivada da inércia do legitimado originário, conforme se verifica no art. 159, §3º da LSA. Há, na doutrina, quem sustente a possibilidade de utilização do mesmo sistema do processo penal ao processo coletivo através da criação, de *lege ferenda*, da Ação Civil Privada Subsidiária da Pública. (SANTOS, Ana Lucia Torres. *A Ação Civil Privada Subsidiária da Pública e a Legitimidade do Cidadão na Ação Civil Pública*. Defesa em 1º de agosto de 2010. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho).

²² “A questão é que se aguarda uma atuação de um dos legitimados, em uma presunção criada de que eles irão atuar quando nem sempre irão. Contudo, basta que não haja uma associação no local do dano, que o cargo da promotoria ou da defensoria estejam vagos ou simplesmente que a região do dano seja

Para parte da doutrina, negar a possibilidade do indivíduo ostentar legitimidade ativa para a propositura da demanda coletiva é criar uma vedação ao seu acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CR/88), pois restringiria o exercício judicial de sua pretensão somente aos casos de processos individuais. Afirmar a possibilidade de tal legitimação acarreta, a rigor, uma efetivação dos direitos fundamentais. Ademais, segundo este entendimento, vedar a sua legitimidade ativa acarretaria a possibilidade de manter-se uma situação de ameaça e/ou lesão ao direito material subjacente enquanto os legitimados coletivos ficam inertes²³. Seguindo este entendimento, tanto o indivíduo afetado pelo evento quanto algum que não seja afetado poderá ostentar a legitimação ativa, mas sem afastar a possibilidade do controle *ope iudicis* da representatividade adequada, em virtude da inexistência de previsão legal expressa da sua legitimidade (controle *ope legis*)²⁴.

Em suma, sobre a possibilidade de um indivíduo tutelar interesse transindividual, podemos apontar as seguintes posições: a) inadmissibilidade da atuação processual ativa do indivíduo em demandas coletivas por absoluta ausência de previsão legal; b) possibilidade de atuação processual ativa do indivíduo em demandas coletivas somente nos casos de inércia dos legitimados coletivos, através da ação civil privada subsidiária da pública; e c) possibilidade de atuação processual ativa do indivíduo em demandas coletivas diretamente com base no princípio do acesso à justiça com o devido controle judicial da representatividade adequada no caso concreto.

5.3. Ação Pseudoindividual

A ação pseudoindividual é uma ação meramente individual, lastreada em direito eminentemente individual, mas que gera efeitos *ultra partes* ou até mesmo *erga omnes*, conforme o caso concreto. A pretensão exercida deveria ser coletiva, a

afastada da atuação dos legitimados para que tenham ciência da lesão ou da ameaça à lesão a direitos, que não haverá a ação coletiva ajuizada.” (SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013).

²³ “Especificamente sobre a legitimidade na tutela coletiva, não atribuir legitimidade ao indivíduo é denegar o seu acesso à justiça. O indivíduo não deve ter sua atuação restrita ao processo individual, apenas aguardando a atuação dos legitimados previstos na legislação. Em uma visão constitucional do processo civil, não faria sentido deixar um direito ficar exposto a uma lesão reiteradamente ou que uma ameaça de lesão a direito se transforme em uma lesão efetiva a direito. (...) Dessa forma, o que se pretende não é afirmar que o indivíduo deve atuar ou deve ser o único legitimado, mas sim que a legitimidade deve ser ampla para a tutela coletiva, de modo que as lesões ou ameaças de lesão a direitos transindividuais não deixem de ser tutelados.” (SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013).

²⁴ “Como a atuação do indivíduo enquanto legitimado ativo na ação civil pública não possui previsão legal expressa, poderia simplesmente se adotar o controle pelo juiz no caso concreto, ao fundamento de que esta atuação não estaria abrangida pelo sistema de legitimação *ope legis*. Este seria o melhor raciocínio para se instrumentalizar a atuação do indivíduo como legitimado ativo para a ação civil pública sem precisar realizar mudanças no sistema. (...). Todavia, em relação ao indivíduo, será possível aferir a sua credibilidade, sua capacidade, sua representatividade perante o grupo, bem como seus conhecimentos em relação à lesão ou ameaça de lesão que pretende tutelar. Pode não ser ele o afetado pelo dano, mas deve ter conhecimento da tutela que buscará em juízo. É importante garantir que o indivíduo não atue como legitimado ativo para buscar apenas suas pretensões individuais: deve trazer a juízo as pretensões da classe.” SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

exemplo, ação de anulação de uma assembleia de uma determinada coletividade. Se um sócio ou um acionista propuserem uma ação de anulação de assembleia o direito material deduzido é incindível, é unitário. Ou a assembleia vai ser válida para todos que fizerem parte da sociedade ou vai ser inválida para todos, não havendo como cindir. Por isso, chamam de ações pseudoindividuais. Ação que deveria ter sido proposta com pedido coletivo.

Na denominada ação pseudoindividual, há uma demanda individual que, apesar de lastreada em direito subjetivo individual com uma pretensão individualmente exercida, deveria ter um pedido coletivo, pois o resultado do processo afetará todos que titularizam o direito subjetivo. Trata-se de demanda baseada em direito material unitário ou incindível. Assim, a relação jurídica de direito material, também incindível, somente poderá ser resolvida de maneira idêntica para todos. Como é um caso de direito material incindível, o resultado da demanda deverá ser igual para todos. A relação jurídica de direito material subjacente às ações pseudoindividuais é idêntica, portanto, às relações jurídicas de direito material que ensejam o litisconsórcio unitário.

Este tipo de demanda acarreta os seguintes problemas²⁵: a) como será a eficácia subjetiva da coisa julgada material? b) os demais titulares do direito material deduzido deverão ser cientificados da sua propositura? e c) fomento à propositura de diversas demandas com o mesmo objeto, gerando, por via de consequência, risco evidente de decisões conflitantes.

Considerando a natureza do direito material subjacente, é imprescindível que os demais titulares do direito material sejam cientificados (art. 238, CPC), sob pena de vulnerar o princípio do devido processo legal e do contraditório participativo. Assim, a demanda pseudoindividual somente poderá ser aceita e surtir os seus regulares efeitos se todos os titulares da demanda forem devidamente cientificados. A eficácia subjetiva da coisa julgada material, por seu turno, deverá ser *erga omnes*, tanto no caso de improcedência quanto na procedência (imutabilidade *pro et contra*), ou

²⁵ Afirmando a existência, mas exigindo intervenção legislativa para fins de regulamentação e solução dos problemas, se manifestou José Maria Tescheiner: "Para efeito de raciocínio, prefiro tomar como hipótese paradigmática a ação de sócio para anular deliberação de assembleia geral. No sistema tradicional das ações individuais, chega-se a um resultado paradoxal: julgado procedente o pedido, a sentença, por efeito reflexo, atinge todos os sócios, inclusive os interessados na declaração de validade da deliberação; julgado improcedente, a eficácia da sentença é restrita ao autor, podendo, pois, outros sócios propor outra ação com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir. Em consequência, há coisa julgada *secundum eventus litis*, uma aberração, em termos de ações individuais. A solução de estender-se a autoridade da coisa julgada aos demais sócios encontra óbice na regra de que a sentença faz coisa julgada às partes às quais é dada. Concebendo-se a hipótese como a de uma ação coletiva, admitindo-se a legitimidade de titular de direito individual, como no sistema norte-americano, chega-se a um resultado igualmente insatisfatório, porque, no sistema vigente, o julgamento de improcedência não impede ações individuais. Resultado satisfatório apenas se obteria com o sistema da ação popular: coisa julgada *erga omnes, pro et contra*, salvo se julgado improcedente o pedido por insuficiência de provas. Mas, é claro que, na hipótese considerada, não nos encontramos no âmbito de incidência da ação popular. A conclusão, pois, é que não temos como obter um resultado razoável, ainda que, negando a existência de direito individual, qualifiquemos como coletiva essa ação. Parece, pois, indispensável intervenção legislativa seja para o caso específico de ações 'pseudoindividuais' seja pela alteração do sistema de nossas ações coletivas, com legitimidade individual de representante adequado e com formação de coisa julgada *pro et contra*." Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/~pcoletiv/index.php/ponto-e-contraponto/587-acoes-pseudoindividuais>>.

seja, deverá atingir todos que titularizam o direito material deduzido em juízo. Tal afirmação decorre da unitariedade da relação de direito material. Ademais, o autor da demanda figura como substituto processual (legitimidade conglobante prevista no art. 18, CPC) dos demais titulares do direito material.

Por fim, o problema da repetição das demandas poderá ser resolvido através da aplicação do art. 139, X do CPC, com a notificação dos legitimados coletivos para a propositura da demanda coletiva e, com isso, permitir a aplicabilidade da suspensão dos processos individuais (sistema do *fair notice* e *right to opt*), na forma dos arts. 104 do CDC, 22, §1º da LMS e 13, p.u. da LMI. Caso a repetição das demandas veicule a mesma questão de direito, poderá ser suscitado, na forma do art. 976 do CPC, o IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas).

Entretanto, há na doutrina quem defenda a proibição das demandas pseudoindividuais²⁶ ou a extinção sem resolução do mérito por ausência de interesse processual em virtude da inadequação da via eleita²⁷. O STJ, de certa forma, já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema²⁸.

²⁶ “A solução que seria mais apropriada, em nosso sentir, na conformidade das ponderações acima desenvolvidas, seria a proibição de demandas individuais referidas a uma relação jurídica global incindível. Porém, a suspensão dos processos individuais poderá, em termos práticos, produzir efeitos bem próximos da proibição se efetivamente for aplicada pelo juiz da causa.” WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, nº 139, p.28-35, set. 2006. “(...) o direito do autor não é individual, porque, por mais justificáveis suas pretensões, os direitos pleiteados não têm o indivíduo como titular, mas sim a coletividade, um grupo, classe ou categoria de pessoas. O autor, nesse caso, como membro dessa coletividade ou comunidade, tem o direito de ser tutelado, isso não se discute, mas não como indivíduo e sim como sujeito pertencente à coletividade ou comunidade. (...) Não vejo como admitir uma ação pseudoindividual, com a justificativa no direito constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), porque esse princípio deve respeito às condições da ação. Tal princípio não será violado se o autor da ação judicial não reunir no caso concreto as condições necessárias ao exercício do direito de ação. Trata-se, na realidade, de impedimento ao exercício de direito de ação em razão da ilegitimidade ativa do autor em tutelar em juízo um direito difuso ou coletivo.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

²⁷ “É importante deixar claro que a configuração, ou não, de uma ação pseudocoletiva dependerá do pedido formulado pelo substituto processual e não da prevalência das questões individuais sobre as comuns.” (DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p.557).

²⁸ 1. A questão envolve a possível condenação da CEF. ao pagamento da correção monetária residual relativa aos saldos das contas vinculadas de FGTS que foram levantados em razão de determinação judicial oriunda do juízo da 20ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Não houve aplicação de qualquer índice de correção monetária entre a data em que houve o início do novo período de contagem e a data do efetivo levantamento do saldo em razão de cumprimento de ordem judicial. 2. Os interesses individuais homogêneos se relacionam a uma mesma relação jurídica-base, têm uma mesma origem comum, em que o substituto processual (Associação, Ministério Público ou outra entidade legitimada) defende não o indivíduo como tal, e sim a pessoa enquanto integrante do grupo. Não há que se cogitar de prejuízo à pessoa que, eventualmente, não pretenda ser beneficiada com a tutela coletiva concedida: basta não promover as medidas indispensáveis à execução da tutela jurisdicional na situação jurídico-individual. 3. Não se reconhece legitimidade ativa extraordinária da Associação-Apelada para figurar no polo ativo da demanda. Nas ações pseudocoletivas, conquanto tenha sido proposta a ação por um único legitimado extraordinário, na verdade, estão sendo pleiteados, específica e concretamente, os direitos individuais de inúmeros substituídos, caracterizando-se uma pluralidade de pretensões que é equiparável à do litisconsórcio multitudinário, devendo sua admissibilidade, portanto, submeter-se, em princípio, às mesmas condições, ou seja, somente poderiam ser consideradas admissíveis quando não prejudicassem o pleno desenvolvimento do contraditório ou o próprio exercício da função jurisdicional. (Resp nº 1216600/RJ, Min. Rel. Hermam Benjamin).

5.4. Ação Pseudocoletiva ou Acidentalmente Coletiva

Ação pseudocoletiva ou acidentalmente coletiva é aquela através da qual há o exercício de tutela coletiva de direitos. O direito material transindividual veiculado na demanda é individual homogêneo (acidentalmente coletivo), conforme arts. 81, p.u., III e 103, III do CDC e 21, p.u., II da LMS, com a devida aplicação do microsistema da tutela coletiva²⁹. Trata-se de conceito adotado por parcela significativa da doutrina³⁰.

A demanda coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos visa ao exercício de uma pretensão para a fixação de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos (e não à questão jurídica), que pode aproveitar determinadas pessoas³¹.

Para que a demanda seja considerada como pseudocoletiva, é imprescindível a predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto³².

Assim, mantém-se a natureza de coletiva da demanda que tutela direito individual homogêneo, apesar de, como afirmado acima, a maioria sustentar entendimento diverso. A rigor, trata-se de demanda coletiva, com aplicação do microsistema da tutela coletiva, pois a pretensão não fica adstrita aos direitos individuais. Os direitos foram coletivizados para possibilitar, através da demanda coletiva, a tutela da coletividade formada através da prestação jurisdicional adequada e efetiva. Tanto é verdade que, mesmo quando não compareça um número compatível com a gravidade do dano para habilitação no processo coletivo (art. 100, CDC), a demanda, na fase de cumprimento de sentença, prosseguirá com a atuação dos legitimados coletivos (art. 82, CDC) para que o valor obtido com a sentença de procedência seja direcionado para o fundo de defesa dos direitos difusos³³.

²⁹ “Na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.).

³⁰ DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.114. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.123-141.

³¹ “Uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. As avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito.” (ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.114.).

³² “Há de atentar o leitor para o risco de tratar molecularmente as ações para tutela de direitos meramente individuais, aqueles desprovidos das características de ‘predominância das questões comuns sobre as individuais’ e da ‘utilidade da tutela coletiva no caso concreto’ que denotam e caracterizam os direitos individuais homogêneos (art. 26, §1º, CBPC-IBDP e art. 30 CBPC-UERJ/UNESA) e possibilitar a formação dessas ações pseudocoletivas.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007. Página 94. vol. IV).

³³ No mesmo sentido do texto, podemos destacar: “Ora, pelo que podemos perceber até aqui, a tutela desses direitos não se restringe aos direitos individuais das vítimas. Vai além, tutelando a coletividade mesmo

O Pleno do Supremo Tribunal Federal proferiu decisão, reconhecendo que os direitos individuais homogêneos são uma subespécie de direitos coletivos³⁴.

Os direitos individuais homogêneos são, portanto, direitos coletivos e merecem, por conseguinte, a atuação integral e efetiva da tutela coletiva. Conforme aponta Fredie Didier, há na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneas três fases que precisam ser analisadas: a) fase de conhecimento; b) fase de liquidação e execução no plano individual; e c) fase de recuperação fluída³⁵. As duas primeiras fases foram expressamente reconhecidas em sede de *obiter dictum* pelo Supremo Tribunal Federal³⁶.

quando os titulares dos direitos individuais não se habilitarem em número compatível com a gravidade do dano, com a reversão dos valores ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Assim, não se pode continuar afirmando serem esses direitos estruturalmente direitos individuais, sua função é notavelmente mais ampla. Ao contrário do que se costuma afirmar, não se trata de direitos acidentalmente coletivos, mas de direitos coletivizados pelo ordenamento para os fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral." (DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. vol. IV.).

³⁴ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATORIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público 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 (C.F., art. 127). 2. Por isso mesmo, detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (C.F., art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos, aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade, a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. "Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos." 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (C.F., art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente à legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação. (STF – RE: 163231 SP, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 26/02/1997, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29-06-2001 PP-00055 EMENT VOL-02037-04 PP-00737) (grifos nossos).

³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. vol. IV.

³⁶ Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS) E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISTINÇÕES. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 127 E 129, III, DA C.F. LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS DE DIMENSÃO AMPLIADA. COMPROMETIMENTO DE INTERESSES SOCIAIS QUALIFICADOS. SEGURO DPVAT. AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA. 1. Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis e sem titular determinado, sendo, por isso mesmo, tutelados em juízo invariavelmente em regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo, entre os quais o Ministério Público, que tem, nessa legitimação ativa, uma de suas relevantes funções institucionais (C.F., art. 129, III). 2. Já os direitos individuais

Na primeira fase, que é a de certificação do direito (processo de conhecimento), há nítida tutela coletiva, pois há um núcleo de homogeneidade para fins de identificação do *an debeatur* (dever jurídico – se é devido), do *quid debeatur* (aquilo que é devido) e o *quis debeatur* (aquele que ostenta o dever jurídico, ou seja, quem deve). Trata-se de tutela jurisdicional individual, ainda que proposta por legitimado coletivo, até porque há um direito de preferência em favor das vítimas e dos seus sucessores (art. 99, CDC).

Na segunda fase, após a devida certificação do direito, que é a da liquidação e execução (cumprimento de sentença) do título executivo judicial (sentença com condenação genérica – art. 95, CDC), há heterogeneidade, pois o objetivo será a satisfação dos créditos individuais para identificar o *cui debeatur* (para quem é devido) e o *quantum debeatur* (o quanto é devido).

homogêneos pertencem à categoria dos direitos subjetivos, são divisíveis, têm titular determinado ou determinável e em geral são de natureza disponível. Sua tutela jurisdicional pode se dar (a) por iniciativa do próprio titular, em regime processual comum, ou (b) pelo procedimento especial da ação civil coletiva, em regime de substituição processual, por iniciativa de qualquer dos órgãos ou entidades para tanto legitimados pelo sistema normativo. 3. “Segundo o procedimento estabelecido nos artigos 91 a 100 da Lei nº 8.078/90, aplicável subsidiariamente aos direitos individuais homogêneos de um modo geral, a tutela coletiva desses direitos se dá em duas distintas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada a obter sentença genérica a respeito dos elementos que compõem o núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados (*an debeatur*, *quid debeatur* e *quis debeat*); e outra, caso procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada (a) a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= a margem de heterogeneidade dos direitos homogêneos, que compreende o *cui debeatur* e o *quantum debeatur*), bem como (b) a efetivar os correspondentes atos executórios.” 4. O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender interesses sociais. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127). 5. No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos. 6. Cumpre ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito. Cabe ao Judiciário, com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz conhecer até mesmo de ofício (CPC, art. 267, VI e §3º, e art. 301, VIII e §4º). 7. Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Lei nº 6.194/74, alterada pela Lei nº 8.441/92, Lei nº 11.482/07 e Lei nº 11.945/09) –, há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações. A hipótese guarda semelhança com outros direitos individuais homogêneos em relação aos quais – e não obstante sua natureza de direitos divisíveis, disponíveis e com titular determinado ou determinável –, o Supremo Tribunal Federal considerou que sua tutela se revestia de interesse social qualificado, autorizando, por isso mesmo, a iniciativa do Ministério Público de, com base no art. 127 da Constituição, defendê-los em juízo mediante ação coletiva (RE nº 163.231/SP, AI nº 637.853 AgR/SP, AI nº 606.235 AgR/DF, RE nº 475.010 AgR/RS, RE nº 328.910 AgR/SP e RE nº 514.023 AgR/RJ). 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (STF – RE nº 631111 GO, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 07/08/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014) (grifos nossos).

Na terceira e última etapa, que é do *fluid recovery*, tudo o que for devido valerá em favor de todo o grupo com o fito precípua de assegurar a integral reparação do dano. O valor será revertido para o fundo de defesa dos direitos difusos e, portanto, em favor de toda a coletividade (art. 100, CDC). Nesta etapa, novamente, verificar-se-á o núcleo de homogeneidade que ensejará a tutela coletiva.

Há, na doutrina, entretanto, quem sustente que as ações pseudocoletivas são aquelas que tutelam direitos individuais, tal como ocorre nos direitos individuais homogêneos e nos direitos individuais indisponíveis da criança, do adolescente e do idoso, sem a aplicação do microsistema coletivo, pois são tutelados direitos individuais devidamente individualizados, com identificação prévia de seus titulares³⁷. Assim, os direitos individuais homogêneos não seriam direitos coletivos, mas sim direitos individuais coletivamente tratados³⁸.

As características do direito individual homogêneo serão delineadas em capítulo próprio para o qual remetemos o leitor, mas, neste tópico, é imprescindível a análise da repercussão subjetiva desta demanda para fins de diferenciá-la das anteriores.

Nas demandas acidentalmente coletivas, a eficácia subjetiva da coisa julgada material é *erga omnes*, conforme art. 103, III, CDC, e atingirá a esfera jurídica das vítimas do evento danoso somente para beneficiá-las, jamais para prejudicá-las (regime jurídico *in utilibus*). Apesar da utilização pelo legislador da nomenclatura *erga omnes*, bem como pela doutrina largamente dominante, reputamos mais adequada a nomenclatura *erga victimae*, pois o resultado da demanda não atingirá a todos de forma indistinta, mas tão somente às vítimas do evento danoso. Assim, julgada

³⁷ “Neste tipo de ação, apesar de algumas características típicas de tutela coletiva, na realidade tem-se a defesa de direitos estritamente individuais, de forma que sua natureza é individual e assim ela deve ser procedimentalmente tratada. Registre-se que não se trata das opções legislativas que nitidamente permitem a aplicação do microsistema coletivo a ações que tutelam direitos individuais, tal como ocorre nos direitos individuais homogêneos e nos direitos individuais indisponíveis da criança, do adolescente e do idoso. Trata-se de ações efetivamente individuais, não sujeitas ao microsistema coletivo. Na ação pseudocoletiva, passa-se uma impressão de que a demanda teria natureza coletiva porque decorre de uma ação genuinamente coletiva e por ter como legitimados coletivos os sujeitos previstos nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC. Como, entretanto, se tutelam direitos individuais devidamente individualizados, com identificação prévia de seus titulares, a ação tem natureza nitidamente individual e não deve ser regida pelo microsistema coletivo.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: vol. único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. No mesmo sentido, podemos destacar: “frequentemente haveria litispendência entre as ações pseudocoletivas e as ações individuais, na proporção em que seriam idênticos os pedidos e as causas de pedir, sem falar na discutível sujeição dos particulares à coisa julgada da falsa ação coletiva, à falta de normas próprias, já que as regras do CDC apenas cuidam das genuínas ações coletivas ou na irremissível probabilidade de decisões praticamente contraditórias.” (ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas*: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.199-202). “O ‘coletivo’, consequentemente, diz respeito apenas à ‘roupagem’, ao acidental, ou seja, ao modo como aqueles direitos podem ser tratados. Porém, é imprescindível ter presente que o direito material – qualquer direito material – existe antes e independentemente do processo. Por isso não deixam de ser ‘genuínos direitos subjetivos individuais’ que apresentam características de direitos pertencentes a pessoas determinadas, que sobre eles mantém o domínio jurídico.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006).

³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.123-141.

procedente a pretensão da ação coletiva de responsabilidade, por exemplo, pelos danos individualmente sofridos, proposta nos termos do art. 91, CDC, a sentença beneficiará todas as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e execução (cumprimento) da sentença, na forma dos arts. 97 e 103, §3º, CDC. Há, na doutrina, quem também critique a adoção da nomenclatura legal, com base na premissa aqui veiculada, mas sustenta que o ideal seria o uso do termo *ultra partes*³⁹.

Há que se ressaltar que a possibilidade de intervenção individual nas demandas acidentalmente coletivas, através da assistência litisconsorcial (art. 94, CDC e art. 18, p.u., CPC), gera a imutabilidade *pro et contra*, ou seja, uma imutabilidade incondicionada (independentemente do resultado positivo ou negativo), conforme se verifica na leitura *a contrario sensu* do art. 103, §2º, CDC. Assim, podemos concluir que a regra geral é o regime jurídico *in utilibus* (somente o resultado benéfico atinge a esfera jurídica individual), exceto nos casos de intervenção individual, quando se aplicará a imutabilidade *pro et contra*⁴⁰.

5.5. Ação (Essencialmente) Coletiva

Considerando os conceitos *supra* apresentados de processo coletivo, bem como a divergência acerca da existência de ações pseudocoletivas⁴¹, imprescindível fixar, neste momento, o conceito de ação coletiva.

Para uma primeira tese doutrinária⁴², os requisitos da ação coletiva são: a) atuação de um legitimado coletivo (legitimidade para agir); b) objeto do processo, qual seja: a defesa de um direito transindividual; c) coisa julgada material com aplicação do

³⁹ “Não obstante, não se vislumbra fundamento para qualificar a coisa julgada coletiva benéfica a interesses individuais homogêneos como *erga omnes*, pois, assim como ocorre em relação aos interesses coletivos, e diferentemente do que se dá no tocante aos difusos, seus titulares são identificáveis, de modo que teria sido melhor haver empregado a locução *ultra partes*.” (ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015). No mesmo sentido: “Mas então, se foi esse o intento, melhor teria sido que o legislador se tivesse valido do conceito de eficácia *ultra partes* também para referir-se aos interesses individuais homogêneos (ao contrário, aqui falou, contraditoriamente, em eficácia *erga omnes*). Quanto a estes, a lei também deveria ter mencionado efeitos *ultra partes* e não *erga omnes*, porque a defesa de interesses individuais homogêneos abrange apenas os integrantes do grupo, classe ou categoria de pessoas lesadas (as vítimas ou seus sucessores), do mesmo modo que ocorreria na defesa de interesses coletivos, em sentido estrito.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.).

⁴⁰ Vale ressaltar, conforme se verá em capítulo próprio, que somente será possível a intervenção individual nas demandas coletivas que tutelarem direito individual homogêneo.

⁴¹ Diretamente derivado do debate sobre o direito individual homogêneo ser realmente um direito coletivo.

⁴² “Segundo pensamos, ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada). Já está, em breves linhas, esboçada a nossa definição de ação coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada.” (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p.16.) No mesmo sentido, podemos citar: “(...) é o receber tratamento coletivo – e não ser o direito coletivo – que nos aproxima de uma definição para ação coletiva, também é verdadeiro que nos deparamos, então, como interessante tautologia: a ação coletiva proporciona tutela coletiva. Ora, é forçoso que evitemos definições auto-referenciais: somente lograremos escapar dessa definição que nada define, apelando para as notas distintivas entre o processo coletivo e o individual: a legitimidade e a coisa julgada.” (ROCHA, Luciano Velasque. *Ações Coletivas – no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002. p.26.).

regime jurídico especial tanto no plano subjetivo (eficácia subjetiva da coisa julgada) quanto no objetivo (modo de produção), conforme arts. 18, LAP, 16, LACP e 103, CDC.

Para uma segunda tese doutrinária, ações coletivas são definidas conforme o objeto veiculado na demanda (tutela jurisdicional pretendida), ou seja, aquelas por meio das quais se defendem direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos (art. 81, p.u., I ao III, CDC)⁴³.

Para uma terceira tese doutrinária, ação coletiva é o instrumento processual colocado à disposição de determinados entes públicos ou sociais, arrolados na Constituição ou na legislação infraconstitucional, para a defesa via jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo⁴⁴.

Para uma quarta tese doutrinária⁴⁵, com a qual nos filiamos, a legitimidade para agir e o regime jurídico da coisa julgada material não são elementos indispensáveis para qualificar juridicamente o processo como sendo coletivo, pois basta que a situação/relação fática/jurídica conflituosa deduzida em juízo seja coletiva, visto que pertence a uma determinada coletividade.

Fixado o conceito geral de ação coletiva, passamos a análise do conceito de Ação essencialmente coletiva. Trata-se de conceituação que somente pode decorrer da classificação das ações coletivas em essencialmente coletivas e acidentalmente coletivas.

Ação coletiva ou essencialmente coletiva é aquela através da qual há o exercício de tutela de direitos coletivos ou essencialmente coletivos. O direito material transindividual veiculado na demanda é difuso ou coletivo em sentido estrito, conforme arts. 81, p.u., I e II, e 103, I e II do CDC e 21, p.u., I da LMS, com a devida aplicação do microsistema da tutela coletiva.

As características dos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) serão delineadas em capítulo próprio para o qual remetemos o leitor, mas, neste tópico, é imprescindível a análise da repercussão subjetiva desta demanda para fins de diferenciá-la das anteriores.

⁴³ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Apontamentos sobre as ações coletivas, in: *Revista de Processo*. vol. 75. p.273. No mesmo sentido, vale mencionar: "A nosso ver, o que é relevante para caracterizar o que seja uma Ação Coletiva passa pelo seu objeto. Se se tratar de demanda na qual esteja veiculada pretensão coletiva, terá tal natureza (coletiva). (...) Temos como correta a posição de que uma Ação Coletiva assim poderá ser conceituada se for utilizada para a defesa de uma pretensão de tal natureza (coletiva)." (GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2ª ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.)

⁴⁴ ALMEIDA, Gregorio Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴⁵ "Assim, processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas." (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016). No mesmo sentido, podemos destacar: "(...) o processo é dito coletivo se a relação jurídica conflituosa (objeto do processo) é coletiva. Por sua vez, pode-se afirmar ser coletiva a relação jurídica se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (grupo é gênero que abrange comunidade, categoria, classe etc.) e se no outro termo a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Em síntese, o processo será coletivo quando presentes o grupo e a situação jurídica coletiva." (ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. *Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro*. In: *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 11, vol. 18, nº 1, jan.-abr. 2017.)

Nas demandas essencialmente coletivas, a eficácia subjetiva da coisa julgada material é *erga omnes*, conforme art. 103, I, CDC; quando a tutela jurisdicional tiver como objeto o direito difuso será *ultra partes*, conforme art. 103, II, CDC e art. 21, p.u., I, LMS, quando versar sobre a tutela jurisdicional do direito coletivo em sentido estrito.

Na tutela jurisdicional do direito difuso (art. 81, p.u., I, CDC), o resultado do processo atingirá todos de forma indistinta, pois os sujeitos que titularizam o direito material são indetermináveis.

Na tutela jurisdicional do direito coletivo em sentido estrito (art. 81, p.u., II, CDC, e art. 21, p.u., I, LMS), o resultado do processo atingirá os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas que titularizam o direito material deduzido em juízo.

Não é demais lembrar que o resultado do processo coletivo somente atingirá a esfera jurídica das vítimas do evento danoso para beneficiá-las, jamais para prejudicá-las (regime jurídico *in utilibus*).

Por fim, vale mencionar a existência da limitação territorial da eficácia *erga omnes* da sentença de procedência do processo coletivo, conforme art. 16, LACP. Este tópico será mais adiante analisado, mas já podemos destacar que o Superior Tribunal de Justiça possui precedentes no sentido da inaplicabilidade desta limitação⁴⁶.

⁴⁶ Processo civil e direito do consumidor. Ação civil pública. Correção monetária dos expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança. Ação proposta por entidade com abrangência nacional, discutindo direitos individuais homogêneos. Eficácia da sentença. Ausência de limitação. Distinção entre os conceitos de eficácia da sentença e de coisa julgada. Recurso especial provido. – A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa. – A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada àquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. – O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contém, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da L.A.P. para essas hipóteses. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp nº 411529 SP 2002/0014785-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/06/2008, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/08/2008). No mesmo sentido, vale mencionar o seguinte precedente: DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC, e 93 e 103, CDC). 1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso, descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, *caput*, da Lei nº 9.494/97.2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (STJ – REsp nº 1243887 PR 2011/0053415-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/10/2011, CE – CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 12/12/2011).

6. Técnicas de Repercussão Individual e Coletiva

A doutrina indica a existência de duas técnicas processuais que repercutem nos temas acima tratados: a) Técnica Individual de Repercussão Coletiva; b) Técnica Coletiva de Repercussão Individual⁴⁷. Estas técnicas podem ser utilizadas para a tutela dos mesmos direitos materiais individuais. Aplicam-se aos direitos individuais repetitivos (que versam sobre a mesma questão jurídica de origem comum) homogêneos.

A Técnica Individual de Repercussão Coletiva⁴⁸ é aquela que se aplica nas ações meramente individuais. Através dela, serão resolvidas demandas repetitivas. O pressuposto objetivo é a existência de diversas demandas versando sobre a mesma questão de direito. A solução (Técnica Processual) é a aplicação do regime das demandas repetitivas Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976, CPC)⁴⁹; recursos repetitivos, se a causa estiver no tribunal (art. 1.037, CPC); notificação dos legitimados coletivos para a propositura da respectiva ação coletiva (art. 139, X, CPC). Apesar de ser uma técnica aplicável a demandas individuais, tem nítida repercussão coletiva.

A Técnica Coletiva de Repercussão Individual⁵⁰ é aquela aplicável aos direitos individuais/singulares, repetitivos (no sentido de que é encontrado um grupo de pessoas com o mesmo direito individual), sob a forma coletiva. Não há ações em curso, mas existe a potencialidade de surgimento de inúmeras ações individuais. Esses direitos materiais têm origem comum (fato comum ou um fato de origem comum). A solução (Técnica Processual) é coletivizar a repercussão individual, ou seja, a propositura de ação coletiva. Vale lembrar que uma das finalidades da ação coletiva é justamente a molecularização dos litígios, evitando, com isso, a denominada atomização dos litígios.

⁴⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: Coordenador: ZANETI JR., Hermes; Coordenador Geral: DIDIER JR., Fredie. Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016. *Coleção Repercussões do Novo CPC*, vol. 8.

⁴⁸ "Por técnicas de repercussão coletiva (TIRC), nos referimos a certos instrumentos processuais que, conquanto sejam aplicáveis a ações individuais, possibilitam que uma mesma questão de direito, que se repita em um grande número de processos, seja apreciada de uma única vez, por amostragem. Incidem, destarte, nas chamadas demandas repetitivas (litígios de massa), isto é, naquelas que, embora veiculem pretensões individuais, relacionam-se por afinidade, justamente pela reiteração de uma mesma questão jurídica." RODRIGUES, Marcelo Abelha. (Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: Coordenador: ZANETI JR., Hermes; Coordenador Geral: DIDIER JR., Fredie. Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016. *Coleção Repercussões do Novo CPC*. vol. 8.)

⁴⁹ O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pode ser suscitado tanto nos direitos acidentalmente coletivos quanto nos essencialmente coletivos.

⁵⁰ "Já as técnicas coletivas de repercussão individual (TCRI) são aquelas que tratam destes mesmos direitos singulares, repetitivos, sob a forma coletiva. Por meio delas, utiliza-se não o instrumental técnico individual previsto no Código de Processo Civil, mas sim aquele instituído pelo chamado microsistema processual coletivo, formado, sobretudo, pela Lei de Ação Civil Pública (nº 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (nº 8.078/90). Tutelam-se, destarte, direitos individuais (homogêneos) por uma perspectiva coletiva. Assim é que a decisão proferida sob a forma coletiva se estende a todas as situações jurídicas individuais que nela se enquadrem. Posteriormente, os titulares de cada um dos direitos singulares ajuízam demandas para dirimir apenas as questões que lhes sejam particulares, tendo por fundamento aquela decisão genérica, que lhes beneficia." RODRIGUES, Marcelo Abelha. (Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: Coordenador: ZANETI JR., Hermes; Coordenador Geral: DIDIER JR., Fredie. Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016. *Coleção Repercussões do Novo CPC*, vol. 8.)

Bibliografia

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. Página 496.

ANDRADE, Adriano. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. In: ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.114.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.123-141.

ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. In: *Revista eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. Ano 11, volume 18, nº 1, jan.-abr. 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. Volume IV.

_____; _____. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; _____. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007. Página 94. Volume IV.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p.557.

FGV e CEBEPEJ. *Relatório de Pesquisa*. Com o objetivo de avaliar a prestação jurisdicional individual e coletiva a partir da judicialização da saúde. Disponível em: <http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judicializacao_da_saude.pdf>.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p.16.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2ª ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *A legitimação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas*. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al.] Coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Ações Coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos. In: Coordenador: ZANETI JR., Hermes; Coordenador-Geral: DIDIER JR., Fredie. Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016. *Coleção Repercussões do Novo CPC*. vol. 8.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual do Processo Coletivo*: volume único. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

ROCHA, Luciano Velasque. *Ações Coletivas – no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002. p.26.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: Coordenador: ZANETI JR., Hermes. Coordenador-Geral: DIDIER JR., Fredie. Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016. *Coleção Repercussões do Novo CPC*. vol. 8.

SANTOS, Ana Lucia Torres. *A Ação Civil Privada Subsidiária da Pública e a Legitimidade do Cidadão na Ação Civil Pública*. Defesa em 1º de agosto de 2010. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Orientador: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/~pcoletiv/index.php/ponto-e-contraponto/587-aco-es-pseudoindividuais>>.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo das ações coletivas*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. Página 163/164.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Apontamentos sobre as ações coletivas*. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al.] Coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, nº 139, p.28-35, set. 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Juízo Arbitral – Inconstitucionalidade do Artigo 136-A da LSA

Unconstitutionality of Art. 136-A of the LSA

Jorge Lobo*

“De la observación de que las creencias últimas son irreductibles he sacado la lección más grande de mi vida. He aprendido a respetar las ideas ajenas, a detenerme ante el secreto de cada conciencia, a comprender antes de discutir y a discutir antes de condenar.”¹

Sumário

1. Introdução. 2. Cláusula Compromissória Estatutária. A) Normas Constitucionais e Legais. a) Normas Constitucionais. b) Normas Legais. B) Arbitragem, Cláusula Compromissória e Cláusula Compromissória Estatutária. a) Conceito de Arbitragem. b) Conceito de Cláusula Compromissória e de Cláusula Compromissória Estatutária. c) Natureza Jurídica da Cláusula Compromissória Estatutária. C) A Cláusula Compromissória Estatutária do Art. 109, §3º, da LSA. a) A Favor da Constitucionalidade do Art. 109, §3º, da LSA. b) Contra a Constitucionalidade do §3º, do Art. 109, da LSA. D) A Cláusula Compromissória Estatutária do Art. 136-A da LSA. a) A Favor da Constitucionalidade do Art. 136-A da LSA. b) Contra a Constitucionalidade do Art. 136-A da LSA. 3. O Art. 136-A da LSA sob a Ótica do Juspositivismo. A) Os Antipositivistas. B) O Positivismo Jurídico Contemporâneo. C) Estrutura Escalonada da Ordem Jurídica. D) O Art. 136-A da LSA sob a Ótica do Juspositivismo. 4. O Art. 136-A à Luz da Teoria dos Princípios Constitucionais. A) Princípios Gerais do Direito e Princípios Infraconstitucionais. a) Princípios Gerais do Direito. b) Princípios Infraconstitucionais. B) Princípios Constitucionais. a) A Teoria dos Princípios É Hoje o Coração das Constituições. b) A Inconstitucionalidade do Art. 136-A da LSA.

Resumo

Este artigo defende a tese de que o art. 136-A da LSA ofende a Constituição Federal, quer sob o ponto de vista do juspositivismo, quer à luz da teoria dos princípios constitucionais.

* Doutor em Direito Comercial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito da Empresa. Livre-Docente na UERJ. Advogado.

¹ BOBBIO *apud* Alfonso Ruiz-Miguel, in: *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p.15.

Abstract

This article defends the thesis that the art. 136-A of the LSA offends the Federal Constitution, both from the point of view of juspositivism and in light of the Theory of Constitutional Principles.

Palavras-chave: Arbitragem. Juspositivismo. Teoria dos Princípios Constitucionais.

Keywords: Arbitration. Juspositivism. Theory of Constitutional Principles.

1. Introdução

Quando o estudioso se dispõe a analisar, com espírito aberto e em profundidade, a arbitragem ou juízo arbitral, impõe-se-lhe reconhecer, como verdade absoluta – o *inconcussum* da teoria cartesiana –, que a vontade livre, consciente e soberana do indivíduo é a matriz da arbitragem e, em consequência, que o juízo arbitral só se instala com a emissão volitiva das partes e a escrupulosa observância aos princípios da autonomia da vontade, da liberdade de contratar, do consensualismo e da boa-fé.

Os defensores da constitucionalidade do art. 136-A da Lei das Sociedades por Ações (LSA) negam essa evidência com respaldo no princípio da maioria acionária e em juízos de fato, em juízos de realidade, *v.g.*, a arbitragem é célere, conduzida por especialistas, infensa a expedientes procrastinatórios, dotada de igual validade e idêntica eficácia da jurisdição estatal etc., e, por conseguinte, a cláusula compromissória estatutária se aplica a todos os acionistas indistintamente, isto é, aos acionistas preferencialistas, aos que não compareceram à assembleia geral e, portanto, não participaram da discussão e deliberação de sua inserção no estatuto da companhia, aos presentes que se abstiveram de votar e aos que a ela se opuseram, porque, alardeiam, *somente a* institucionalização da arbitragem trará a indispensável estabilidade e a imprescindível segurança jurídica ao mercado de capitais e fomentará o interesse de mega investidores externos, em especial fundos de pensão, a investir recursos financeiros em nosso incipiente mercado de ações e derivativos, mola mestra do desenvolvimento dos países em um mundo capitalista globalizado de acirrada e, as mais das vezes, predatória concorrência.

Ao ouvir, ler e reler estes argumentos, defendidos por juristas e especialistas em arbitragem, ocorrem-me duas observações.

Primeira: os opositores da tese da inconstitucionalidade do 136-A da LSA acoimam os que a sustentam de estarem provocando “instabilidade jurídica” e afastando investidores institucionais estrangeiros e nacionais interessados em adquirir ações de nossas companhias abertas.

Como se vê, troca-se o efeito pela causa: quem trouxe “instabilidade” foi o indigitado dispositivo da LSA; os que o increpam do maior dos vícios – o de afrontar a Constituição Federal (CF) – apenas emitem opiniões lastreadas em fundamentos de ordem constitucional, legal e doutrinária.

Segunda: os prosélitos da constitucionalidade da cláusula compromissória estatutária afirmam, no fundo, que tudo o que é útil e proveitoso para a empresa é legítimo, é direito, o que me faz recordar a palestra “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, de Gustav Radbruch, aos estudantes de Heidelberg, imediatamente após o término da 2ª Guerra.

No primeiro dos cinco minutos, o então decano da Faculdade Jurídica daquela Universidade declara: “Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista”².

No segundo minuto, observa: “Pretendeu-se completar, ou antes, substituir este princípio³ por estoutro: direito é tudo aquilo que for útil ao povo”⁴, e, após breve explicação, arremata: “Não, não deve dizer-se: tudo o que for útil ao povo é direito; mas, ao invés: só o que for direito será útil para o povo”⁵.

Parafraseando esse expoente da chamada Filosofia dos Valores, eu penso: não, não se deve dizer: tudo o que for útil à empresa é direito; mas, ao invés: só o que for direito será útil para a empresa.

2. Cláusula Compromissória Estatutária

A interpretação do §3º, do art. 109, e do art. 136-A da LSA, que disciplinam a cláusula compromissória estatutária, é objeto de longa e instigante discussão⁶.

De um lado, estudiosos da matéria, alicerçados, em especial, em razões de ordem prática e juízos de fato e no princípio da maioria, que rege as decisões das assembleias gerais de sócios ou acionistas das sociedades empresárias, sejam anônimas, sejam limitadas, declaram que ambos são constitucionais.

De outro, o Professor Modesto Carvalhosa, isolado e solitário⁷, doutrina que o §3º, do art. 109, e o art. 136-A da LSA são inconstitucionais por violarem o princípio do pleno e irrestrito acesso à jurisdição estatal, expresso no art. 5º, XXXV, da CF, indiscutível cláusula pétrea por força do art. 60, §4º, inc. IV, da CF, que veda, inclusive por emenda constitucional, a supressão dos direitos e garantias individuais do homem e do cidadão.

Para entender a controvérsia, é mister transcrever os artigos da CF, da LSA e da Lei nº 9.307 de 23.09.1996 (Lei de Arbitragem - LArb) pertinentes ao assunto.

² *Filosofia do Direito*. 6ª ed. Coimbra: Editora Armenio Amado, p. 415.

³ “A lei vale por ser lei e é lei sempre que tiver do seu lado a força para se impor” (*loc. cit.*).

⁴ Ob. cit., p.416.

⁵ *Loc. cit.*

⁶ Vou resumir os argumentos dos que defendem a constitucionalidade de ambos os preceitos da LSA e as opiniões do Prof. Modesto Carvalhosa, que os refuta. A meu ver, *d.m.v.*, somente o art. 136-A fere a CF, por haver criado uma “arbitragem obrigatória”, enquanto o §3º, do art. 109, da LSA apenas dela trata, embora desnecessariamente, pois, com base na LArb, os acionistas que quiserem podem recorrer ao juízo arbitral.

⁷ Recentemente, o Prof. José Rogério Cruz e Tucci, nos Comentários do art. 3º do NCP, alinhou-se à opinião de Carvalhosa, ao lecionar que o art. 5º, XXXV, da CF consagra o princípio da “inafastabilidade da jurisdição” e destaca “que o *caput* do art. 3º do CPC/2015 reitera essa mesma regra, reservando ao Estado – juiz o monopólio da jurisdição (CPC Anotado, GIZ Editora, 1ª ed., p.4).

A – Normas Constitucionais e Legais

(a) Normas Constitucionais

Ao dispor sobre os “direitos e garantias fundamentais”, o art. 5º da CF estabelece: “XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Na seção dedicada ao “*processo legislativo*”, embora permita emendas ao seu texto, a CF proíbe a votação, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, de proposta que vise suprimir os direitos e garantias individuais discriminados no seu art. 5º, *verbis*: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: e §4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais”.

(b) Normas Legais

A LArb, que criou e regula a arbitragem no país, faculta às pessoas físicas, capazes de contratar, e às pessoas jurídicas celebrar convenção para prevenir ou dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º), quer por meio de cláusula compromissória (art. 4º), quer por meio de compromisso arbitral (art. 9º), *verbis*:

Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

A LSA, após elencar os direitos essenciais dos acionistas das companhias abertas e das anônimas fechadas e na esteira dos princípios da universalidade da jurisdição, do devido processo legal e da ampla defesa, dispõe no art. 109: “§2º. Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia-geral”.

Em 2001, a Lei nº 10.303 acrescentou o §3º ao art. 109 da LSA, para instituir a convenção arbitral com a finalidade de prevenir ou solucionar conflitos entre acionistas e a companhia, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, *verbis*: “§3º. O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar”.

Para pôr fim às dúvidas quanto ao sentido e ao alcance e à validade e à eficácia da cláusula compromissória estatutária, a Lei nº 13.129 de 2015 acrescentou o artigo

136-A a LSA, *verbis*: “Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o *quorum* do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45”⁸.

Em linguagem simples e direta, eis o comando do art. 136-A da LSA:

A convenção de arbitragem, aprovada por metade, no mínimo, das ações com direito a voto, obriga aos acionistas que votaram a favor de sua inclusão no estatuto social, aos que votaram contra, aos que se abstiveram de votar, aos ausentes à assembleia geral e aos preferencialistas sem direito a voto, assegurado aos dissidentes o direito de recesso.

Infelizmente, não cessaram as divergências, porquanto, para uns, o §3º do art. 109 e o art. 136-A da LSA não ofendem a CF; para outros, afrontam-na de forma flagrante e irremediável, por suprimirem a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição estatal.

A meu ver, o art. 136-A da LSA é inconstitucional, quer sob a ótica do juspositivismo, quer à luz da teoria dos princípios constitucionais, como diligenciarei demonstrar; antes, porém, é necessário abordar importantes noções preliminares sobre a matéria e, máxime, resumir as opiniões discordantes.

B – Arbitragem, Cláusula Compromissória e Cláusula Compromissória Estatutária

(a) Conceito de Arbitragem

Arbitragem é uma técnica, um mecanismo, um meio, um processo extrajudicial, acordada através de uma cláusula compromissória ou de um compromisso arbitral, de que se valem duas ou mais pessoas físicas, capazes de contratar, e/ou pessoas jurídicas, para prevenir ou dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis⁹.

⁸ Em debate na FIESP, presentes os preclaros Modesto Carvalhosa, José Alexandre Tavares Guerreiro e Nelson Eizirik, taxei essa redação de “tosca”, isto é, malfeita, imperfeita, mal apresentada. Evidentemente, não pretendi desmerecer o trabalho da laboriosa Comissão encarregada de atualizar a LArb, mas, exclusivamente, criticar o texto do art. 136-A da LSA, quiçá de maneira infeliz.

⁹ “Para José Eduardo Carneira Alvim, a arbitragem é uma modalidade especial e parastatal de resolução de conflitos, estabelecida por pessoas naturais capazes ou pessoas jurídicas. Carlos Alberto Carmona conceitua o instituto como ‘técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado (...)’” (*apud* ALVES, Alexandre Ferreira Assumpção. *A arbitragem no direito societário*, p.10). José Rogério Cruz e Tucci acentua que a arbitragem “(...) é uma técnica de heterocomposição de controvérsias mediante intervenção de um ou mais árbitros, escolhidos pelas partes, a partir de uma convenção de natureza privada” (*Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e mediação*. Consultor Jurídico, dezembro de 2015).

(b) Conceito de Cláusula Compromissória e de Cláusula Compromissória Estatutária

O art. 4º da LArb ministra o conceito de cláusula compromissória: “Cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes de um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”

Cláusula compromissória estatutária é o acordo de vontades de acionistas da companhia relativo à prevenção ou composição extrajudicial de direitos patrimoniais disponíveis objeto de divergências ou litígios potenciais ou concretos entre acionistas e a companhia ou entre acionistas controladores e minoritários.

(c) Natureza Jurídica da Cláusula Compromissória Estatutária

Na doutrina brasileira, para uns, trata-se de um contrato; para Carvalhosa, de um contrato plurilateral, pois integra o ato constitutivo da sociedade.

A meu ver, não obstante integre o estatuto da companhia, a cláusula compromissória estatutária é um ato conjunto ou ato coletivo ou ato complexo e não um contrato bilateral (quando há manifestação de vontade de duas partes em posições opostas, *v.g.*, compra e venda), nem, tampouco, um contrato plurilateral (quando há a participação de mais de duas pessoas, *v.g.*, constituição de sociedade empresária), eis que, na convenção de arbitragem, seja pactuada através de cláusula compromissória, seja de compromisso arbitral, não existem duas ou mais partes, mas sim duas ou mais pessoas, as quais emitem suas vontades livre e espontaneamente em uma única e mesma direção com idêntica finalidade.

A propósito da distinção entre ato (ou contrato) bilateral e ato conjunto, Caio Mario elucida: “(...) quando duas pessoas fazem uma declaração volitiva em direção única, constituem uma só parte, e o negócio não é, pelo só fato da participação plural ou coletiva de agentes, bilateral. Distinguem-se, desta sorte, o ato conjunto do ato bilateral.”¹⁰

Eduardo Espínola, no festejado Sistema do Direito Brasileiro¹¹, discorre sobre o ato conjunto, por ele denominado ato complexo ou ato coletivo, e, de início, adverte, com apoio em Fadda e Bensa, que, “por si só, a vontade coletiva não constitui um negócio jurídico e, quando entra neste, é apenas um elemento seu”¹², isto é, não é porque as partes de um contrato bilateral ou plurilateral fizeram constar do documento, em que formalizaram suas tratativas e objetivos, determinada cláusula ou condição, que esta cláusula ou condição possa ser considerada um contrato.

Depois, recorda que, para Gierke, Kuntze e Chironi e Abello, são: “(...) atos complexos ou coletivos os consistentes na ação reunida e simultânea de várias pessoas, para se alcançar um fim jurídico único em relação a terceiros... No ato complexo, diversamente do contrato, os sujeitos não estão um em oposição ao outro, mas ao lado do outro; não têm interesses opostos, mas convergentes, ainda que possam tê-los separados e diversos”¹³.

¹⁰ *Instituições de Direito Civil*. Forense. 21ª ed., p.496/7, vol. I.

¹¹ Ed. Conquista, 4ª ed., 2º vol.

¹² Ob. e vol. cit., p.246, nota 39.

¹³ *Idem*, p.246.

Por fim, lembra que Coviello distingue o negócio jurídico bilateral ou contrato do ato complexo ou coletivo e preleciona: “Ato complexo, como o contrato, é a união de muitas vontades, mas difere pelo modo e a eficácia de tal união (...) no contrato, há dois sujeitos, um contraposto ao outro; no ato complexo há mais de um sujeito, que agem como uma parte: lá há manifestação de vontades, que se cruzam; aqui há manifestação de vontades paralelas”¹⁴.

Seja contrato bilateral, ou contrato plurilateral, ou ato conjunto, ou ato complexo, ou ato coletivo, a cláusula compromissória estatutária é fruto da exteriorização livre, espontânea e consciente da vontade dos acionistas e presidida pelos princípios da autonomia da vontade, da liberdade de contratar, do consensualismo e da boa-fé, e, por conseguinte, não pode ser imposta aos acionistas que não quiserem submeter eventuais demandas ao juízo arbitral, não havendo dúvida de que a expressão “arbitragem obrigatória” é uma *contradictio in terminis*, pois a arbitragem se inicia e se aperfeiçoa, sempre, inexoravelmente, com a manifestação soberana, espontânea e livre da vontade das partes, sob a égide dos princípios da liberdade de contratar, da autonomia da vontade, do consensualismo e da boa-fé; tornar a arbitragem compulsória é desnaturar o instituto, alterar a sua natureza, o seu caráter, deformá-lo, deturpá-lo, falseá-lo.

C – A Cláusula Compromissória Estatutária do Art. 109, §3º, da LSA

(a) A Favor da Constitucionalidade do Art. 109, §3º, da LSA¹⁵

O Prof. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, no artigo “Aspectos da Arbitragem no Direito Societário”, anota: “(...) não se pode erigir os direitos essenciais dos acionistas

¹⁴ *Idem*, p.247.

¹⁵ Defendem a constitucionalidade: Ferres da Silva Ribeiro, *Princípio da Inafastabilidade do controle jurisdicional* (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), Capítulo do livro *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Coords.: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; e OLIVEIRA NETO, Olavo de. Elsevier, 2008, p.47/78; CARRARA, Bernardo Vieira Kluppel. *Os efeitos do artigo 136-A da Lei das S.A. sobre a cláusula compromissória estatutária*. Monografia da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2017, p.2/73; LIMA, Bruna Nogueira Tosta Machado de. *Arbitragem e o Direito Empresarial: alterações da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015*, artigo publicado no site jus.com.br, julho de 2015; GENTILE, Fabio da Rocha. *Nova regra sobre arbitragem pode gerar abuso do controle acionário*, artigo publicado no site Conjur.com.br, 21.11.2015; AMARAL, José Romeu Garcia do. *Novas regras de arbitragem em S.A. podem prejudicar os minoritários*, artigo publicado no site Conjur.com.br, 12.10.2015; GUERRA, Érica. *As repercussões da Lei nº 13.129/2015, que altera da Lei de Arbitragem, no direito de retirada das Sociedades Anônimas*, artigo publicado no site jusbrasil.com.br, 27.05.2015; BLOK, Marcella. *A nova lei de arbitragem (Lei nº 13.129/2015) e suas implicações no direito societário*. Revista de Direito Privado, agosto/2016, vol. 68, p.183/208; CARRARA, Bernardo Vieira Kluppel. *Os efeitos do artigo 136-A da Lei das S.A. sobre a cláusula compromissória estatutária*. Monografia da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2017, capítulo III, p.74/92; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A arbitragem no direito societário*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, dezembro de 2006, ano VII, nº 9, p.7/34; OPORTO, Sílvia Fazzinga; e VASCONCELLOS, Fernando. *Arbitragem comercial internacional*, disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/080306t.pdf>, p.1/49; MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensos fatores impeditivos para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas*, artigo publicado no site do Âmbito Jurídico; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Aspectos da arbitragem no direito societário*. Revista de Direito Empresarial, 2014, edição nov./dez., vol. 6, p.251/259; DIAS, Rui Pereira. *Alguns problemas práticos da arbitragem de litígios societários (e uma proposta legislativa)*. Revista de Arbitragem e Mediação, 2013, nº 37, vol. 10, p.457/471.

à categoria ou à semelhança de direitos constitucionais, a serem resguardados como cláusulas pétreas do direito societário (...)"¹⁶

A seu ver, "(...) o início desta discussão reside na natureza jurídica da deliberação da assembleia de sócios como formadora da vontade social. Opera indubitavelmente em tais deliberações o princípio majoritário (...)"¹⁷

E conclui: "Em relação aos acionistas que não aprovaram decisões da maioria, os efeitos da mudança do contrato ou do *estatuto* os atingem regularmente, como também quanto aos que votaram em branco, aos ausentes e aos sócios passados e futuros."¹⁸

Pedro A. Batista Martins, no artigo "A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensos fatores impeditivos para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas"¹⁹, frisa:

Penso que a deliberação assemblear, que aprova, por maioria, a inserção de cláusula compromissória estatutária, é válida, eficaz e vincula a todos os sócios, presentes, ausentes ou dissidentes... insere-se entre os direitos fundamentais de todas as pessoas... A maioria reflete, por suposto, a vontade da coletividade. A minoria se sujeita à maioria por esta exprimir a manifestação da coletividade social. Trata-se, sem sombra de dúvida de um suposto democrático. O princípio majoritário é regra inderrogável do direito societário.²⁰

Nelson Eizirik, no artigo "Cláusula compromissória estatutária – a arbitragem da companhia"²¹, propõe que seja adotada "(...) a solução do direito italiano deve inspirar nosso legislador, permitindo a inclusão de cláusula compromissória no estatuto, porém conferindo aos dissidentes o direito de recesso."²²

(b) Contra a Constitucionalidade do §3º, do Art. 109, da LSA

Imediatamente após a promulgação da Lei nº 10.303 de 2001, o Prof. Modesto Carvalhosa, em notável conferência na EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, esclareceu que "(...) o juízo arbitral advém de renúncia a direito essencial do pactuante"²³ e advertiu:

¹⁶ Art. cit., p.254.

¹⁷ Loc. cit.

¹⁸ Loc. cit.

¹⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitrabilidade subjetiva e a imperatividade dos direitos societários como pretensos fatores impeditivos para a adoção da arbitragem nas sociedades anônimas*, artigo publicado no site do Âmbito Jurídico.

²⁰ Art. cit., p.3, item 3.3. p.4, item 11, p.5, item 12 e p.7, item 20.

²¹ Migalhas, novembro de 2011. Entendo que as opiniões no livro "A nova Lei das S.A.", Saraiva, 2002, p.183/5, de Carvalhosa/Eizirik, são da pena do Prof. Modesto Carvalhosa. Em seu alentado "A Lei das S.A. Comentada", Quartier Latin, 2ª ed., vol. II, p.483 e segs., a matéria não é comentada.

²² Art. cit.

²³ Publicada in: Coord.: LOBO, Jorge. *Reforma da Lei de S.A. Forense*, 2002, p.322.

(...) Não pode, assim, a sociedade ou a maioria dos acionistas impor a cláusula compromissória estatutária a quem não a tenha constituído ou aderido expressamente, por documento formal... o estatuto não pode privar os acionistas do direito que lhe é constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) e reafirmado como direito essencial no próprio art. 109, cujo §2º.²⁴

D – A Cláusula Compromissória Estatutária do Art. 136-A da LSA

(a) A Favor da Constitucionalidade do Art. 136-A da LSA

Com a promulgação da Lei nº 13.129 de 2016, que criou o art. 136-A da LSA, aumentou a adesão à corrente da constitucionalidade da cláusula compromissória estatutária.

Bernardo Vieira Klüppel Carrara, no artigo “Os efeitos do artigo 136-A da Lei das S.A sobre a cláusula compromissória estatutária”²⁵, resume, com proficiência, a opinião majoritária e diz:

O princípio da maioria é norma angular de qualquer sociedade – empresária ou não. É inconcebível imaginar qualquer convivência social complexa em que a opção da maioria seja levada em consideração – fora os regimes ditatoriais que em nada acrescentam para a construção da sociedade. Busca-se, através deste princípio, conferir caráter democrático às decisões sociais. Não se pretende dizer que a decisão da maioria será, em qualquer situação, a melhor opção para todos; contudo, será, sempre, a menos pior.²⁶

Esgotada a análise do tema sob o ponto de vista do princípio majoritário, o Autor passa a discorrer sobre “Ausência de violação ao art. 5º, XXXV, da CF/88 e a adequação da arbitragem ao §2º, do art. 109, da Lei nº 6.404/76”, quando assevera:

O direito essencial de acesso à justiça não possui natureza irrenunciável ou inafastável. Em verdade, o direito de ação deve ser compreendido como a faculdade de escolher entre a jurisdição estatal – cujo monopólio recai sobre o Poder Judiciário – e o juízo arbitral. Preservada essa prerrogativa, resguarda-se o direito essencial previsto pelo art. 5º, XXXV, da CF/88.²⁷

²⁴ *Loc. cit.*

²⁵ Universidade de Brasília, 2017.

²⁶ *Ob. cit.*, p.54.

²⁷ *Idem*, p.60.

(b) Contra a Constitucionalidade do Art. 136-A da LSA

Promulgada a Lei nº 13.129 de 2015, em palestra na FIESP, Carvalhosa declarou: “O preceito do art. 136-A fere frontalmente o artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988, onde está que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito. Portanto, o direito individual de ter socorro estatal, uma cláusula pétrea, só pode ser modificada por nova constituinte”.

Em seminário na *Internacional Bar Association*, lançou um repto: “E o faço para indagar se o legado fundamental da Magna Carta – as garantias individuais de acesso efetivo e universal à jurisdição – vêm sendo asseguradas neste início do século XXI (...) Entre nós, a regra se encontra no art. 5º, XXXV, da Carta... E se trata de cláusula pétrea, por força do art. 60, §4º, IV da Constituição Federal, como corolário do Estado Democrático de Direito herdado da Magna Carta.”

3. O Art. 136-A da LSA sob a Ótica do Juspositivismo²⁸

A – Os Antipositivistas²⁹

Empedernidos detratores do positivismo jurídico, em especial alguns sectários da doutrina *dworkiniana*, propalam a derrocada e a autodestruição do juspositivismo, por ele, *supostamente*, sustentar:

- (a) a “onipotência do legislador”;
- (b) as leis formam um sistema formal e completo³⁰;
- (c) o juiz é a “boca da lei” e a atividade judicante é mecânica e acrítica, sem margem para interpretação criativa;
- (d) a utopia de que o “direito posto” não apresenta ambiguidades (ele é certo e manifesto), nem antinomias (ele é coerente e harmônico), nem obscuridades (ele é claro e preciso), nem lacunas (ele é unitário e completo);

²⁸ Para demonstrar a inconstitucionalidade do art. 136-A da LSA sob a ótica do juspositivismo, creio ser indispensável discorrer rapidamente sobre a censura de que ele é vítima e, hoje, seria “peça do museu” da História do Direito, o que é falso. O Min. Luis Roberto Barroso, no estudo O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, in *Temas de Direito Constitucional*, Renovar, 1ª ed., tomo III, pgs. 6 e 7, faz as seguintes judiciosas observações sobre a atualidade do juspositivismo: “A ideia de uma nova interpretação liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.”

²⁹ BONAVIDES, Paulo in: *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Malheiros, p.264; e BARROSO, Luís Roberto, ob. cit., p.3, entre outros, quando se referem aos juristas e jus filósofos posteriores a Herbert Hart, os classificam de “pós-positivistas”. Como entendo que o positivismo jurídico, modernizado pelos positivistas inclusivos, exclusivos e normativistas, segue indispensável para solução da imensa maioria dos casos levados aos tribunais, preferi denominar os seus opositores de “antipositivistas”.

³⁰ Sobre esta e outras críticas, veja-se o item *Cinfra*, no qual Norberto Bobbio as rebate com indiscutível vantagem.

(e) o direito é axiomático, portanto, avalorativo, devendo o juiz empregar o método lógico-dedutivo ou lógico-formal ou subsuntivo, para assegurar a consecução do ideal de segurança jurídica, um dos principais valores do ordenamento positivo dos países democráticos;

(f) a moral e o direito se desenvolvem em linhas paralelas etc.

Essas e outras críticas³¹, oriundas de juristas e jusfilósofos, não abalaram os alicerces (os verdadeiros alicerces) do positivismo jurídico, nem o seu prestígio (ele permanece o método hegemônico de interpretação e aplicação da lei), nem a sua utilização contínua e diuturna pelos operadores do direito, nem encontram respaldo quer na doutrina americana e europeia, quer na jurisprudência dos EUA, Reino Unido e Europa Continental.

Anote-se, por oportuno, que Hans Kelsen, já no prefácio da primeira edição da primorosa *Teoria Pura do Direito*, datado de maio de 1934, respondeu aos seus antagonistas, ao demonstrar que “os argumentos são dirigidos, não propriamente contra a teoria, mas contra sua falsa imagem, quase tornando supérflua uma refutação.”³²

Loiane P. Verbicaro e Flávia G. C. Ribeiro, a partir da análise das diatribes dos adversários do juspositivismo, chegaram à idêntica conclusão: “(...) a maioria dos argumentos incorre na denominada *straw man fallacy*, visto dirigirem críticas à caricatura da teoria positivista e não, necessariamente, aos reais conteúdos adotados por seus defensores”³³.

³¹ A doutora em Filosofia do Direito da Universidade de Salamanca, Loiane Prado Verbicaro, e a Assessora Jurídica junto à Procuradoria Geral do Estado do Pará, Flávia Góes Costa Ribeiro, in: *A Renovação do Positivismo Jurídico sob a Perspectiva de sua Versão Inclusiva*, resultado de laboriosa e profícua pesquisa no Direito Comparado, esclarecem que “as considerações apresentadas na pesquisa” seriam “em torno da desmistificação do senso comum e dos discursos falaciosos sob a teoria positivista do direito, a qual é alvo de más compreensões e interpretações por parte da academia, de forma a demonstrar que tal doutrina, atualmente, a despeito dos questionamentos, não foi superada”. O seu profícuo trabalho levou-as a anotar: “(...) as teorias partiram de incompreensões da teoria positivista (...) o aparente ataque não realizou nenhuma crítica real e efetiva ao positivismo, seja considerando a recuperação e/ou atualização do modelo positivista, para adequar-se e responder à tentativa de ataque desconstrutivista. Trata-se de modelo hegemônico no mundo anglo-saxão, dominado pela filosofia analítica”. (Revista Jurídica Cesumar, 2017, vol. 17, nº 2, p.401/3).

³² Martins Fontes, 2018, p.XIII. Kelsen diz ainda que a “oposição, já a raia pelo ódio, feita com uma paixão quase sem exemplo na história da ciência jurídica e que de forma alguma se pode explicar pelos contrastes de posições que nessa altura vieram à luz” (Ob. cit., p.XI e XII), mas, sim, por “motivos políticos, e portanto, providos de elevada carga afetiva”. (Loc. cit.), o que, de certa forma, já ocorrera em 1911, eis que Kelsen, “no calor das polêmicas com empiristas e sociólogos, assumiu, às vezes, uma atitude demasiadamente rígida, exagerando certas colocações lógico-formais de sua primeira obra fundamental(...)” (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Saraiva. 12ª ed., 1987, p.456).

³³ Art. cit., p. 403. As ilustres Autoras, ao final do seu alentado trabalho, afirmam: “(...) o positivismo jurídico é uma doutrina mal compreendida, pois a identificação de tal Escola como sendo uma vertente legalista e conservadora não merece prosperar, visto que muitos positivistas – se não a maioria – não acreditam no primado de completude do sistema jurídico, decisão mecânica e subsuntiva, neutralidade avalorativa, em perfeição normativa, em segurança jurídica absoluta e em separação entre Direito e Moral” (Art. cit., p.425). Sobre o tema, vide MEDEIROS, Lucas Duarte, in: *A (sobre) vida do positivismo jurídico*, que, após longo estudo do *positivismo jurídico*, do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, ressalta que “o positivismo jurídico sobrevive no período neoconstitucional, seja pela possibilidade de uma adoção como vertente filosófica, seja pela necessidade de criticá-lo de modo profundo e responsável”. (Revista Constituição e garantia de direitos, 2016, vol. 9, nº 2, p.249 e, em especial, p.268) e, também, *A crise do positivismo jurídico*, de Rodrigo Martins Eustáquio, em especial, p.3827, in: Conselho Nacional de pesquisa e pós-graduação em Direito, 2007, Belo Horizonte, Congresso Nacional do CONPEDI.

Por igual, André Coelho, um dos mais abalizados doutores brasileiros em Filosofia do Direito, proclama que essa visão é:

(...) [l]imitada, distorcida, sistematicamente ligada à lei e à reprodução mecânica da lei, incapaz de reconhecer a atividade criativa do juiz, incapaz de admitir o papel dos princípios, incapaz de compreender a importância que a interpretação jurídica desempenha no direito, forma uma imagem equivocada do pensamento de Kelsen, Hart e mais ainda em relação aos jus filósofos contemporâneos³⁴.

Com respaldo em prestigiada doutrina alienígena, Andre Coelho finaliza enfático e categórico: “No quadro da filosofia do direito em todo mundo, é pacífica a crença de que o juspositivismo é, sempre foi e continua a ser a abordagem hegemônica do direito, ao passo que a teoria de Dworkin é pouco aceita e ocupa um espaço marginal, inclusive nos EUA e no Reino Unido³⁵”.

B – O Positivismo Jurídico Contemporâneo

O positivismo jurídico não é, apenas, o positivismo sociológico-analítico de Herbert Hart, alvo de acirrado ataque de Ronald Dworkin³⁶, mas, também, o positivismo normativo ou prescritivo de Jeremy Bentham; o positivismo utilitarista e descritivo de John Austin; o positivismo descritivo e metodológico de Hans Kelsen; o positivismo, primeiro, estruturalista, depois, funcional, de Norberto Bobbio; o positivismo hartiano pré-inclusivo de David Lyons, Philip E. Soper; Leslie Green³⁷; o positivismo inclusivo de Jules Coleman, Kenneth E. Himma, Wil Waluchow, Matthew Kramer³⁸; o positivismo exclusivo de Joseph Raz, Andrei Marmor, Scott J. Shapiro³⁹ e o positivismo normativo de Neil MacCormick, Tom Campbell, Jeremy Waldron, Frederick Schauer.⁴⁰

³⁴ Conferência *O juspositivismo depois de Dworkin*, disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=TsRNJzo-lkA>>.

³⁵ Conferência citada.

³⁶ Herbert Hart, na primeira parte do pós-escrito do seu merecidamente famoso *O conceito de direito*, Martins Fontes, 2018, escreve que Dworkin “sustentou que praticamente todas as teses que distinguem o presente livro estão radicalmente equivocadas”, aduzindo que outros adversários “afirmaram haver, na exposição de algumas de minhas teses, não só obscuridades e imprecisões, mas, em alguns pontos, efetiva incoerência e contradição” (p.308), admitindo, com a invejável humildade dos autênticos homens de bem, “que, num número incomodamente grande casos, meus críticos estavam certos (...) aproveitando o pós-escrito para tornar mais claro o que estava obscuro e para revisar o que havia escrito originalmente nos pontos incoerentes e contraditórios.” (Ob. cit., p.309).

³⁷ Positivismo hartiano pré-inclusivo: Considera que as críticas de Dworkin foram mal-entendidas e que não há nada para ser reelaborado na teoria original de Hart.

³⁸ Positivismo inclusivo: considera que sistemas jurídicos podem incluir critérios morais como parte da regra de reconhecimento.

³⁹ Positivismo exclusivo: considera que sistemas jurídicos não podem incluir critérios morais como parte da regra de reconhecimento.

⁴⁰ Positivismo normativo: considera que o positivismo não é uma descrição de como o direito é, e sim uma prescrição de como ele deveria ser para atender aos ditames de uma sociedade livre e democrática.

O juspositivismo é cada um deles (com certos e determinados reparos) e todos eles juntos (também com as necessárias reformulações / adaptações / atualizações), não obstante sempre irá existir, como em qualquer outra teoria das ciências humanas ou culturais, espaços a preencher, dúvidas a aclarar.

A propósito do assunto, sob a epígrafe *A Insuficiência das Teorias Jurídicas e Sua Continuação*, Mario G. Losano, emérito Catedrático de Filosofia de Direito da Universidade de Piemonte Oriental, após lembrar que, na construção dos sistemas jurídicos, quer internos, quer externos, “sempre se chegou a resultados apenas em parte satisfatórios”, pondera com sabedoria:

A evolução social faz justiça sumária de doutrinas e problemas. As teorias são abandonadas não porque completamente esclarecidas – e isso seria, antes, um mérito que as tornaria irrenunciáveis –, mas porque os problemas dos quais se ocupam já não interessam. Outras teorias surgirão de suas ruínas, até que o pêndulo da história retorne à direção anterior, suscitando problemas não iguais, mas semelhantes, suscitados por interesses não iguais, mas análogos. Tal é a questão dos problemas “eternos” do direito: sua eternidade consiste na perene incompletude e diversidade com que se apresentam, historicamente⁴¹.

Por isso, na esteira de Croce⁴², deve-se distinguir o que, na teoria do positivismo jurídico, vive (pelo menos por enquanto) e o que morreu (até que vivifique com mudanças), ou o que “deve ser conservado e o que deve ser abandonado.”⁴³

Com efeito, Norberto Bobbio leciona que, no juspositivismo, se deve “estabelecer aquilo que deve ser conservado e o que deve ser abandonado; é necessário não considerar esse movimento como um bloco monolítico, mas distinguir nele alguns aspectos fundamentais diferentes (...) que se distribuem em três planos diversos (...) (a) como método para o estudo do Direito; (b) como teoria do Direito e (c) como ideologia do Direito.”⁴⁴

Após percutiente estudo, conclui que o positivismo jurídico como ideologia seria censurável pelos antipositivistas “somente a versão extremista”, versão que foi “muito raramente sustentada pelos filósofos”⁴⁵, porém, não o “positivismo ético moderado”, que “não levou em absoluto à estatolatria e ao totalitarismo político”, observando que “a ideologia jurídica do nazismo era nitidamente contrária ao princípio juspositivista, segundo o qual o juiz deve decidir exclusivamente com base na lei”⁴⁶, e que, “na Itália, o princípio da legalidade é reivindicado pelos juspositivistas (por

⁴¹ Sistema e Estrutura no Direito. Martins Fontes, 2010, vol. 2, p.131.

⁴² Diz Croce que se deve distinguir o que, na teoria, está vivo e o que está morto.

⁴³ BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico*. Ícone Ed., 1995, p.233.

⁴⁴ Ob. cit., p.233/235.

⁴⁵ Loc. cit.

⁴⁶ Idem, p.236.

exemplo, por Calamandrei), não por sustentar o fascismo, mas por opor um obstáculo às suas arbitrariedades.”⁴⁷

Quanto ao positivismo como teoria, concorda que as críticas à teoria da coerência, da completude e da interpretação lógica ou mecânica do direito são fundadas, frisando, contudo, que essas “três concepções têm uma importância somente secundária”⁴⁸ no juspositivismo, enquanto as referentes à “teoria coativa, teoria legislativa e teoria imperativa do direito”, que “constituem, na verdade, as suas três pilstras”⁴⁹, não se sustentam, eis que elas “permanecem intactas, na sua essência, mesmo depois que se deu conta das objeções a elas dirigidas.”⁵⁰

Quanto ao positivismo jurídico como método, afiança que “não há distinções a serem feitas (...) o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quiser fazer ciência jurídica ou teoria do direito. Se não for adotado, não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito.”⁵¹⁻⁵²

Entre as evidentes contribuições de Kelsen, leia-se, do juspositivismo à Ciência do Direito, “a estrutura escalonada da ordem jurídica” tem indiscutível proeminência, por sua consistência teórica e frequente aplicação prática.

C – Estrutura Escalonada da Ordem Jurídica⁵³

Com esse sugestivo título, Hans Kelsen dá início ao capítulo V de sua obra seminal, que trata da “dinâmica do direito”, e reitera⁵⁴ que o direito possui a notável capacidade de regular a sua própria criação: uma norma (de hierarquia) superior dita as condições de produção da norma (de hierarquia) inferior; as normas jurídicas não são dispostas no mesmo nível, umas ao lado das outras, mas escalonadas em diferentes graus ou camadas ou pisos, que formam uma unidade.⁵⁵

⁴⁷ *Loc. cit.*

⁴⁸ *Idem*, p.237.

⁴⁹ *Loc. cit.*

⁵⁰ *Loc. cit.*

⁵¹ *Idem*, p.238.

⁵² Losano destaca os pontos fundamentais na *Teoria Pura do Direito* de Kelsen: (a) todas as ciências visam construir uma unidade própria do objeto; (b) na ciência do direito, o objeto é o dever ser; (c) a norma fundamental da unidade do direito; (d) a validade do sistema jurídico depende de norma fundamental; (e) o direito interno e internacional se equivalem (Ob. e vol. cit., p.50/53). Hermes Lima, na *Introdução à Ciência do Direito*, Freitas Bastos, 1ª ed., p. 234/256, ensina: (1) A Teoria Pura do direito não considera no conceito de direito Positivo qualquer elemento estranho ao direito. (2) Importante é saber o que é e como é o direito e não como deve ser ou como elaborá-lo. (3) Embora considere importantes as condições sociológicas e ético-políticas, elas não devem ser objeto da Ciência Jurídica. (4) Direito é norma e norma nada mais do que isso. (5) Norma jurídica é “juízo hipotético”, inclui-se na categoria do ver – ser e não ser. (6) A Ciência do Direito é normativa, sem que se precise valorizar as normas que valem não por seu conteúdo, mas porque forma ditadas pela autoridade competente. (7) O direito concretiza-se num “sistema gradual de normas”, que formam a “ordem coativa exterior”, que tem “unidade” através de “norma fundamental”: pressuposto necessário. (8) O direito é a “organização do poder” (ob. cit., p.237).

⁵³ A “pirâmide de Kelsen” está escalonada da forma seguinte: normas constitucionais (no topo); normas infraconstitucionais (tratados internacionais ainda não incorporados à Constituição Federal); normas legais (leis ordinárias e leis delegadas); normas infralegais (decretos legislativos e executivos); normas regulamentares (resoluções, portarias etc. de órgãos com competência para sua edição); decisões judiciais e normas voluntárias (negócios jurídicos).

⁵⁴ Digo “reitera” porque, ao longo do seu precioso trabalho, deixou isso patente em várias passagens.

⁵⁵ *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes, p.246/7.

A seguir, assevera: “Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão do direito positivo mais elevado...”⁵⁶.

Luís Roberto Barroso, ao aludir à “eficácia e efetividade dos direitos constitucionais”⁵⁷, reconhece que: “a Constituição é o primeiro documento da vida do Estado (...), hierarquicamente, é um documento dotado de superlegalidade, de superioridade jurídica em relação às demais normas.”⁵⁸

Paulo Bonavides assegura: “A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da “superlegalidade constitucional, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania.”⁵⁹

Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, ao dissertarem sobre a “supremacia constitucional”, ensinam que “as leis só são válidas se estão de acordo com a Constituição”⁶⁰, acrescentando: “são dois os principais fundamentos invocados para afirmação da supremacia da Constituição. Um é substantivo e se liga ao conteúdo da Constituição; o outro é genético, dizendo respeito à sua origem”.⁶¹

Norberto Bobbio, calcado em Kelsen, explica: “As normas de um ordenamento não estão todas num mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As normas inferiores dependem das superiores... em virtude da presença de um ordenamento jurídico de normas superiores e inferiores, este apresenta uma estrutura hierárquica.”⁶²

Ao refletir sobre os *limites materiais* (ou de conteúdo) e *formais* (ou genéticos), Norberto Bobbio esclarece que, “à medida que se percorre de alto a baixo a pirâmide, o poder normativo é sempre mais restrito... os limites com os quais o poder superior restringe e regula o poder inferior são de dois tipos: (a) relativos ao conteúdo; (b) relativos à forma”.⁶³

Na sequência, sublinha que “os limites de conteúdo podem ser positivos ou negativos”⁶⁴: aqueles, impõem ao legislador a elaboração de normas sobre específica matéria (“mandamento de mandar”); estes, vedam a elaboração de normas em determinadas situações (“proibição de mandar”), dando os seguintes marcantes exemplos: “quando a Constituição estabelece que o Estado deve prover a instrução até certa idade, atribui ao legislador ordinário um limite positivo; quando, ao contrário, atribui certos direitos de liberdade, estabelece um limite negativo, isto é, proíbe a edição de leis que reduzam ou eliminem aquela esfera de liberdade.”⁶⁵

Portanto, quando a Constituição Federal impõe limites ao Poder Legislativo, sejam limites materiais ou de conteúdo, sejam limites formais ou genéticos, sejam positivos, quando ordenam, sejam negativos, quando proíbem, a norma, que ultrapassar os

⁵⁶ *Idem* p.247. Conforme, aliás, dispõe a nossa Constituição (art. 59).

⁵⁷ Eficácia e efetividade do direito à liberdade, in: *Temas de Direito Constitucional*. Renovar. 1ª ed., p.79.

⁵⁸ *Ob. cit.*, p.79.

⁵⁹ *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros. 17ª ed., p.296.

⁶⁰ *Direito Constitucional*. Ed. Fórum. 2ª ed., 1ª reimpressão, p.23.

⁶¹ *Ob. cit.*, p.25.

⁶² *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Edipro, 2ª ed., 1ª Reimpressão, 2016, p.59.

⁶³ *Ob. cit.*, p.62.

⁶⁴ *Idem*, p.63.

⁶⁵ *Loc. cit.*

limites, será expulsa do sistema,⁶⁶ por ser “nula, inaplicável, sem validade, inconsistente com a ordem estabelecida”.⁶⁷

À luz dessa doutrina infensa a contestações, passo a examinar a constitucionalidade do art. 136-A da LSA.

D – O Art. 136-A da LSA sob a Ótica do Juspositivismo

Ao disciplinar o processo legislativo, a Constituição Federal fixou um limite material negativo à atuação do Congresso Nacional, ao proibi-lo de deliberar proposta de emenda à Constituição (e, é evidente, a toda e qualquer lei) tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV).

Entre esses direitos e garantias, destaca-se, por sua especial importância nos países democráticos, o do livre, pleno e irrestrito acesso do indivíduo ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CF).

Destarte, a Constituição Federal, ao fixar um limite negativo à atuação do Poder Legislativo, vedou a edição de norma jurídica capaz de impedir o exercício do princípio da universalidade da jurisdição pelo acionista, e, ao fazê-lo, deixou patente que a norma ordinária, portanto norma inferior, que exceder os limites materiais fixados pela norma superior, será eliminada, banida, abolida do sistema, por haver regulado a matéria de maneira diversa à prescrita.

Pelo que se leva dito, a norma do art. 136-A da LSA infringe a norma do art. 5º, XXXV, cláusula pétrea por força do art. 60, §4º, da CF, e, em consequência, deve ser reputada nula, sem validade, inconsistente com a ordem estabelecida na Carta Magna.

4. O Art. 136-A à Luz da Teoria dos Princípios Constitucionais

A – Princípios Gerais do Direito e Princípios Infraconstitucionais

(a) Princípios Gerais do Direito

Os princípios gerais do direito são uma herança do jusnaturalismo; importantes, para o legislador, no momento de discussão e elaboração das leis; fundamentais, para o juiz, quando, na omissão do direito positivo, deles se socorre, para cumprir o preceito do art. 140 do CPC.

⁶⁶ “Na passagem da norma constitucional para aquela ordinária, são frequentes e evidentes tanto os limites materiais quanto os limites formais. Quando a lei constitucional atribui aos cidadãos, digamos, o direito à liberdade religiosa, limita o conteúdo normativo do legislador ordinário, isto é, proíbe-o de editar normas que tenham por conteúdo a restrição e a supressão da liberdade religiosa. Os limites de conteúdo podem ser, portanto, *positivos* ou *negativos*, segundo a constituição imponha ao legislador ordinário editar normas em uma determinada matéria (mandamento de mandar), ou então o proíba de editar normas numa determinada matéria (proibição de mandar ou mandamento de permitir). Quando uma constituição estabelece que o Estado deve prover a instrução até certa idade, atribui ao legislador ordinário um limite positivo; quando, ao contrário, atribui certos direitos de liberdade, estabelece um limite negativo, isto, proíbe a edição de leis que reduzam ou eliminem aquela esfera de liberdade”. (Bobbio, ob. cit., p.63).

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit.

Indispensáveis em um ordenamento sistemático e tendo por finalidades inspirar a formação das disposições singulares e coordenar os vários institutos que compõem uma lei ou um código, os princípios gerais do direito são erigidos com base nas “construções teóricas dos sábios, no estudo filosófico dos juristas e da jurisprudência (...) nas circunstâncias históricas”⁶⁸, ou, como ensina Carlos Maximiliano, “são princípios superiores”, que constituem “as diretivas ideais do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica.”⁶⁹

Fonte mediata ou supletiva ou subsidiária, aplicáveis nas hipóteses de lacunas da lei, os princípios gerais do direito, hoje previstos no art. 4º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil, já constavam do Projeto Felício dos Santos (art. 53), do Projeto Coelho Rodrigues (art. 38 do Título Preliminar) e do art. 7º da Introdução da Lei nº 3071 de 01.01.1916 (Código Civil), *verbis*: “Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais do direito.”

(b) Princípios Infraconstitucionais

Os princípios infraconstitucionais são fonte direta e imediata e estão previstos, expressa ou implicitamente, em normas dos vários ramos do direito, *v.g.*, no Código Civil: (princípio do direito do cidadão (princípio da personalidade), art. 11; princípio da eticidade, art. 113; princípio da boa fé objetiva, arts. 187, 113 e 422; princípio da liberdade contratual, art. 421; princípio da função social do contrato, art. 421; princípio da autonomia da vontade, art. 421; princípio da socialidade, art. 1228, §1º ao 3º; princípio da operalidade, art. 1228, §4º e 5º), no Código de Processo Civil: (princípio do impulso processual, art. 2º; princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, art. 3º; princípio da boa-fé, art. 5º; princípio da cooperação, art. 6º; princípio do contraditório, arts. 7º, 9º e 10º; princípio da publicidade, art. 11; princípio da isonomia, art. 139, I; princípio da livre convicção, art. 371, e princípio do duplo grau de jurisdição, art. 496, I e II).

B – Princípios Constitucionais

A teoria dos princípios constitucionais é o tema do momento aqui e alhures: ela, supostamente, é capaz de solucionar a maioria dos problemas difíceis, tanto os problemas teóricos, quanto os práticos.

O neoconstitucionalismo é assunto de que todos cuidam no país e no exterior: hoje, o Direito Civil, o Direito Comercial, o Direito Penal, o Direito Processual Civil e Penal etc. devem ser interpretados à luz da Constituição ou consoante a chamada “nova hermenêutica constitucional”, que gerou o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, Penal, Comercial, Processual Civil etc.

Os princípios constitucionais são o “coração das constituições” (Paulo Bonavides); a constituição, o centro do sistema jurídico.

⁶⁸ ESPÍNOLA, Eduardo. Ob. e vol. cit., p.146.

⁶⁹ *Hermenêutica e aplicação do direito*. Freitas Bastos, 1957, p.366.

Se, na “pirâmide” de Hans Kelsen, a constituição está no topo, no ápice; no neoconstitucionalismo, ela ocupa o centro do sistema jurídico, “imantando-o” (José Afonso da Silva).

Atualmente, “a concepção sistemática é a ideia – força de nosso tempo (...) a retomada de um sonho frustrado desde o século XIX, de que foi exemplo e modelo a filosofia de Auguste Comte: o de unidade da ciência, agora investigada e perquirida por novas vias (...) teoria geral dos sistemas é uma dessas vias”⁷⁰, porquanto, “apenas o sistema garante o conhecimento, garante cultura. Apenas no sistema é possível verdadeiro conhecimento, verdadeiro saber”⁷¹ e, por isso, “a ciência do direito ou é sistemático ou não existe.”⁷²

O sistema jurídico⁷³, por ser um conjunto ordenado e unitário, aberto e dinâmico, coerente e harmônico, de princípios⁷⁴ e regras⁷⁵, orientados por valores, não admite – embora possam existir e existam – que eventuais colisões de princípios ou conflitos de regras quebrem uma de suas principais características, quicá a mais importante, a unidade.

Quando ocasionalmente venham a ocorrer, a doutrina e a jurisprudência têm meios eficazes para solucioná-los.

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p.107.

⁷¹ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 2ª Edição, p.5.

⁷² *Apud* Canaris, loc. cit.

⁷³ O sistema é composto de normas jurídicas de que são espécies, os princípios e a regras, orientados por valores.

⁷⁴ Princípios têm alto grau de generalidade e abstração: “são as verdades primeiras”, “premissas de todo sistema”, que se desenvolvem “*more geométrico*”, exprimem uma verdade universal” (Paulo Bonavides, loc. cit.); “são mandados de otimização” (Alexy); “Os princípios representam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam” (Daniel Sarmento, A Ponderação de Interesses na Constituição Federal, *Lumen Juris*, 2000, p.42); “possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam”; “passam por um processo de concretização sucessiva até adquirirem um grau de densidade das regras” (*loc. cit.*, p.42). “os princípios não são jamais incompatíveis entre si: são sempre concorrentes, ao contrário do que se dá com as regras jurídicas” (ob. cit., p.47); “embora preteridos”, no caso concreto não desaparecem”; podem entrar em contradição entre si e sofrer limitações/exceções: ex.: quanto à forma de contratar a compra e venda de bem imóvel (escritura pública) e da autonomia da vontade negocial: incapazes, consumidores, “testamentos”. Os princípios (1) não valem sem exceção; (2º) podem entrar em oposição ou em contradição entre si; (3º) não têm a pretensão de exclusividade; enfim, (4º) não são absolutos, pois todos admitem exceções e limitações; (5º) necessitam, para sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares”. Ex. princípio da liberdade de contratar limitado pela forma dos contratos translativos do domínio ou princípio da autonomia negocial limitado por princípios do direito do trabalho, do direito das coisas, do direito das obrigações (procuração por instrumento público). Os princípios se situam entre regra e valor. Ex.: excedem os valores em termos de concretização, embora não atinjam o grau de intensidade das regras, pois estas são precisas para aplicação às hipóteses de incidência.

⁷⁵ Só nos interessam aqui os princípios, em especial os princípios constitucionais. Não obstante, cumpre, enumerar, as distinções básicas entre princípios e regras. Segundo o “critério quantitativo”, os princípios são mais genéricos, imprecisos, abstratos, dos que as regras, por isso admitem discricionariedade do juiz quando chamado a decidir uma demanda em que se depara com uma “colisão de princípios”. Consoante o “critério qualitativo ou estrutural”, a “colisão de princípios” se resolve em sua “dimensão de peso ou importância ou valor”, mediante o método da ponderação e o princípio da proporcionalidade ou racionalidade em função do caso concreto; “no conflito de regras”, adota-se o “processo lógico-formal de subsunção”, a validade ou não é aferida conforme o método “tudo ou nada”, ou “vale e vige”, ou “não vale e é nula”.

A colisão de princípios, na corrente de Ronald Dworkin, aperfeiçoada por Robert Alexy⁷⁶, quando da mesma categoria ou grau hierárquico, se resolve através da ponderação de princípios, segundo sua dimensão axiológica ou de importância e de acordo com o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade em função do caso concreto.

A colisão de princípios, quando de patamares diferentes, v.g. princípio constitucional *versus* princípio infraconstitucional, se resolve com base no critério hierárquico: o princípio superior prevalece sobre o princípio inferior, isto é prevalece sempre o princípio constitucional, por força da supremacia, da superioridade da Constituição.⁷⁷

(a) A Teoria dos Princípios É Hoje o Coração das Constituições

Sob o título “A pré-histórica constitucional brasileira”⁷⁸, Luís Roberto Barroso anota que, da nossa independência até 1988, “a experiência política e constitucional do Brasil (...) é a melancólica história do desencontro de um país com a sua gente e com o seu destino”⁷⁹, ressaltando: “falta de efetividade das sucessivas constituições brasileiras (...) decorrência do não reconhecimento da força normativa dos seus textos e da falta de vontade política de lhes dar aplicabilidade direta e imediata.”⁸⁰

⁷⁶ Em trabalho pioneiro, Ronald Dworkin, informa que vai “lançar um ataque geral contra o positivismo” e usará “a versão H.L.A. Hart como alvo”, porquanto, argumenta, os juristas, quando examinam questões envolvendo “direitos e obrigações”, em especial nos “casos difíceis”, “recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas ou outros tipos de padrões.” A partir daí, Dworkin desenvolve suas promissoras ideias e sustenta que as normas jurídicas se subdividem em regras e princípios, ensinando Paulo Bonavides que as “insuficiências e imperfeições” da concepção (de Dworkin) sobre os princípios e sua efetividade ou normatividade forma apontados, discutidos e corrigidos por Robert Alexy, “ao fazer o necessário e indeclinável enriquecimento dos conteúdos materiais dos princípios cujo raio de abrangência se alargou, com maior rigor científico.”

⁷⁷ É o que se lê nas obras de eminentes constitucionalistas: “Se levarmos em conta que existem princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais, não há grande dificuldade em perceber que aqueles são hierarquicamente superiores a estes. Pode-se mesmo dizer que os princípios constitucionais são o fundamento de validade dos princípios infraconstitucionais. Assim, por exemplo, o princípio da identidade física do juiz, inserto no art. 132 do C.Pr.C., buscaria fundamento de validade no princípio constitucional do juiz natural, disposto no art. 5º, LIII, da CF/88.” (George Marmelstein Lima, *A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais*, 2002, jus.com.br. <https://jus.com.br/artigos/2625/a-hierarquia-entre-principios-e-a-colisao-de-normas-constitucionais>); (b) “Por fim, devido a essa supremacia, nenhuma norma infraconstitucional irá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição, ou seja, a Constituição é a norma *que está* acima de todas as outras, donde estas retiram sua validade formal e material sob pena de inconstitucionalidade e consequente expurgo do ordenamento jurídico” (Ramon Alonso, *Conflito entre princípios processuais e sua incidência no Novo Código de Processo Civil*, Universitas, 2016, nº 16, fls. 107); (d) “Conflito (em sentido estrito) entre um princípio constitucional e um princípio infraconstitucional; O caso é resolvido de forma relativamente óbvia: aplica-se o critério hierárquico e invalida-se por completo a norma infraconstitucional.” (BUSTAMANTE, Thomas. *Princípios, regras e conflitos normativo: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem*. Direito, Estado e sociedade, 2010, nº 37, fls. 152/180. <http://direitoestadossociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo7%20Thomas.pdf>).

⁷⁸ Temas de Direito Constitucional, Renovar, 2005, tomo III.

⁷⁹ Ob. e tomo cit., p.4.

⁸⁰ *Loc. cit.*

A Constituição de 1988, doutrina o eminente Ministro do STF, foi redigida e promulgada em consonância com “fórmulas originais de realização da vontade da Constituição.”⁸¹

Não obstante a preservação dos elementos clássicos de hermenêutica jurídica, que mantém seu “relevante papel na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos”⁸², surgiu uma “nova interpretação constitucional”.

Ao estender-se sobre os “valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional”⁸³, o eminente Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ garante que os princípios constitucionais são o “centro do sistema”, após “conquistarem o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.”⁸⁴

Esse é o pensamento dominante, sintetizado na lição do eminente Paulo Bonavides, quando afirma, peremptoriamente, que, reconhecida a efetividade dos princípios, eles são hoje considerados “fonte primária da normatividade, pedra de toque ou critério em que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão mais elevada.”⁸⁵

E, também, de eméritos constitucionalistas estrangeiros, ao reconhecerem: “a imperatividade efetiva e a aplicabilidade das normas constitucionais” (Crisafulli); que “os princípios dizem o que deve ser e o que é permitido” (Peczenik); que “o princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito.” (Gordillo)⁸⁶.

Com apoio em Gordillo, Paulo Bonavides observa: “os princípios são a fonte material básica e primária com ascendência hierárquica sobre a lei e o costume, com a virtualidade para matizá-los, com força para gerá-los, com potencialidade para invalidá-los (...) acabam por se converterem, sem sombra de dúvida, numa ‘super fonte’, porquanto podem ser fonte das mesmas fontes”⁸⁷, para encerrar e concluir: “A teoria dos princípios é hoje o coração das constituições.”⁸⁸

(b) A Inconstitucionalidade do Art. 136-A da LSA

Com a normatização das disposições constitucionais, os princípios passaram a ter plena eficácia e coercitividade, supremacia ou superioridade hierárquica, predominando sobre os princípios infraconstitucionais.

⁸¹ Ob. e tomo cit., p.5.

⁸² *Loc. cit.*

⁸³ Ob. e tomo cit., p.13.

⁸⁴ *Loc. cit.*

⁸⁵ Ob. cit., p.283.

⁸⁶ *Apud*, BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p.286/8.

⁸⁷ *Idem*, p.288.

⁸⁸ *Idem*, p.281.

No neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, a constituição reina soberana no centro do sistema jurídico e todas as normas (princípios e regras) só valem e produzem efeitos se aplicadas conforme a Constituição.

No embate entre o princípio constitucional da universalidade da jurisdição do art. 5º, XXXV, e o princípio infraconstitucional da maioria acionária do art. 136-A da LSA predomina o princípio constitucional por sua supremacia ou superioridade hierárquica.

A Lei É a Causa da Corrupção?

Luiz Fabião Guasque*

Sumário

1. Introdução. 2. O Conceito de Liberdade e Cidadania. 3. Liberdade e Cidadania no Mundo Antigo. 4. Na Idade Média. 5. No Renascimento. 6. Direito Divino dos Reis. 7. A Liberdade e Igualdade no Século XIX. 8. A Liberdade no Século XX. 9. Direitos e Garantias. 10. A Liberdade no Século XXI. 11. O Confronto Atual entre a Norma e o Justo. 12. A Lei É a Causa da Corrupção?

1. Introdução

A concepção de Estado, o Estado por definição, se assenta basicamente na ideia de segurança, desde a regulamentação normativa até a proteção prática, e na fiscalização da liberdade, ele usa de sua autoridade. Esta realidade decorre da natureza dos seres a que busca conferir esta segurança, pois, se a história da humanidade é a da dominação do homem pelo homem, a ordem jurídica é concebida para proteger e possibilitar a convivência. Esta verdade é facilmente percebida quando vemos o fundamento da imutabilidade da coisa julgada, do devido processo legal, de não haver pena sem lei anterior que a defina e as outras inúmeras garantias que procuram efetivar esta finalidade. Todas têm como objeto a segurança.

Mas a concepção de Estado ou a legitimidade que o embasa, pelo menos nos regimes que se dizem democráticos (*demos* = povo; *cracia* = governo), se funda na soberania popular. É lugar comum as Constituições de países democráticos dizerem em seu texto que todo o poder que legitima a sua Lei Magna provém do povo.

Mas as relações jurídicas que se formam entre as pessoas ou em relação ao Estado, ou seja, os vínculos que se formam com força impositiva de comportamento, podem ou não respeitar a liberdade individual, desde que considerem o homem nesta relação como sujeito ou objeto de direitos. Se o consideram como sujeito de direitos, conferem-lhe o poder de autodeterminação, de perfazer-se, realizar-se. Se o consideram como objeto de direitos, conferem-lhe apenas garantias que devem ser observadas pelo Estado.

Isto ocorre, independentemente de estarmos nos referindo a um modelo liberal ou republicano de liberdades públicas, pois, no modelo liberal, se concebe a ação política como soma de interesses, mediante preferências individuais previamente dadas, e o republicano vê na política um papel criador de preferências.¹ Em qualquer deles, entretanto, não são conferidos espaços de liberdade jurídica que possam

* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ NAVARRO, Mac. *La necesidad de reinventar la democracia o cuando la representación deja de representar*, p.2.

expressar esta soberania popular, pois, desde a invenção democrática dos gregos, que definiam os caminhos da sociedade pela regra básica da vontade da maioria (democracia direta), até a concepção de Montesquieu de que os Poderes ou funções essenciais do Estado deviam vigiar-se mutuamente de forma a evitar o arbítrio e a prepotência dos poderosos, a verdade é que nunca se chegou a uma fórmula perfeita de controle da natureza humana que possibilitasse a efetividade de direitos ou a assunção pelos seres sociais da responsabilidade de construir a própria felicidade.

2. O Conceito de Liberdade e Cidadania

A definição do conceito de liberdade e cidadania nos fará compreender melhor a extensão e a importância, no momento atual do nosso processo civilizatório, das responsabilidades decorrentes da relação estado-indivíduos e da concepção hodierna do verdadeiro conceito de cidadania.

A ideia de liberdade pode ser enunciada de maneira positiva ou de maneira negativa. Positivamente, a liberdade é o poder de autodeterminação; negativamente, é a ausência de constrangimento. Livre é quem pode agir sem coação – nem externa (como a exercida por outrem ou por um acontecimento qualquer) nem interna (como, *verbi gratia*, uma tendência invencível); no primeiro caso, liberdade exterior (*libertas a coactione*); no segundo, liberdade interior (*libertas arbitri*).

Liberdade, no plural, ou franquias eram as prerrogativas ou até os privilégios de que gozavam certas comunas. É errado traduzir o inglês *liberty* sempre por liberdade. A palavra é frequentemente usada no sentido de prerrogativa, no de privilégio, no de garantia. Das “Quatro liberdades” de que falou o Presidente Franklin Roosevelt em seu famoso discurso de 6 de janeiro de 1941, perante o Congresso dos Estados Unidos, pelo menos as duas últimas (“liberdade” de viver ao abrigo da necessidade e “liberdade” de viver sem temor) nada têm que ver com o que chamamos *liberdade*. São, antes e mais propriamente, *garantias*.

A liberdade exterior pode apresentar-se sob inúmeras roupagens e, entre elas: a liberdade civil, que é o poder de agir dentro da coletividade, nos limites e nas garantias da lei; a de liberdade política, que é o poder de colaborar no governo do Estado, na gestão da coisa pública.

Para os homens antigos, especialmente para os da Antiguidade Clássica, a liberdade consistia, sobretudo, em poder participar efetivamente do governo e da administração. Ao revés, em sua vida privada, o indivíduo ficava muito submisso ao Estado (à *Civitas*).

3. Liberdade e Cidadania no Mundo Antigo

Na festejada obra *La cité antique*, Fustel de Coulanges dedica um capítulo inteiro (o XVIII do Liv. III) à onipotência do Estado entre Gregos e Romanos. (*De l'omnipotence de l'État; les anciens n'ont pas connu la liberté individuelle*). Mostra como a Cidade greco-romana, baseada na religião, era, por isso mesmo, toda poderosa. O

cidadão lhe estava submetido inteiramente e sem reservas: o corpo era destinado à defesa do Estado, os bens ficavam permanentemente sujeitos à requisição. Nem a vida privada escapava. Em muitos estados gregos, era vedado ficar solteiro. Esparta punia até quem se casava tarde.

Na Lórida, era vedado aos homens beber vinho puro; igual proibição existia em Marselha, Roma e Mileto para as mulheres. Cada cidade dispunha sobre a maneira de vestir (a esse respeito, há, nos tempos modernos, uma ditadura talvez mais tirânica: a da moda...). A legislação de Esparta regulava o penteado das mulheres. A de Atenas impedia de levar, em viagem, mais de três vestidos. Em Rodes, não era permitido rapar a barba. Em Bizâncio, era punido quem possuísse navalha. Em Esparta, ninguém podia usar bigode. Ainda em Esparta e, da mesma forma em Roma, nos primeiros tempos, o pai devia matar o filho que nascesse aleijado e essa norma foi inscrita por Platão e Aristóteles em suas legislações ideais.

Quando os espartanos sofreram a derrota de Leuctres (imposta por Epaminondas, tebano, em 371 a.C.), as mães que perderam filhos receberam ordens de se apresentar em público com semblante alegre. E as que viram voltar os seus tiveram de mostrar-se compungidas. O Estado não admitia que alguém ficasse indiferente aos seus interesses. Se havia discórdia entre facções, cada qual tinha de definir-se por alguma, sob pena de perder a cidadania. Em Esparta, os pais não tinham ingerência na educação dos filhos, a qual pertencia ao Estado. E o próprio Platão pregava que os filhos pertencem menos aos pais que à Cidade.

Não havia sequer liberdade de religião ou, pelo menos, de culto (porque a liberdade interior é intangível). O Estado podia votar ao ostracismo quem se tornasse suspeito de poder molestá-lo. Não havia necessidade de ter sido praticado qualquer ato ilícito. O ostracismo não era punição, era providência acautelatória, tomada no puro interesse do Estado e sem atenção a qualquer princípio de justiça. A segurança da Cidade era a suprema lei; diante dela, deviam ceder o direito e a moral.

No mundo antigo, o homem não só não gozava da liberdade, mas até não tinha dela a menor ideia. Não lhe passava pela cabeça que pudesse ter direitos contra o Estado. A forma de governo mudou frequentemente, mas o Estado não perdeu sua onipotência por ser governo monárquico, aristocrático ou democrático; nenhuma dessas mudanças deu ao homem a verdadeira liberdade, que é a liberdade individual.

Liberdade significava para os antigos o poder de votar, de ser arconte, magistrado; mas nem por ter esses poderes o homem ficava menos submisso ao Estado.

4. Na Idade Média

Esse absolutismo do Estado, que fazia tragar o indivíduo, teria que desaparecer, como realmente aconteceu na Idade Média por influência das ideias bárbaras e do regime feudal. A própria noção de Estado se dissolveu para ceder lugar à de Senhoria, dividida, fragmentada, pulverizada em mãos de muitos e concebida como decorrência de uma relação de Direito privado entre proprietário do solo e o arrendatário ou entre esse e o subarrendatário.

Surge aí, embora rudimentar e embrionário, um direito individual, contra o superior, mas que ainda não se pode dizer aparentado com os atuais direitos subjetivos públicos, pois era de índole privada.

5. No Renascimento

No século XVI, os juristas que se preocupavam com os problemas do Estado iniciaram verdadeira revolução nesse terreno. Entre todos, de maneira especial, Bodin. O Conselheiro de Henrique III, com sua doutrina de soberania, contribuiu poderosamente para pôr fim ao sistema feudal e para concentrar nas mãos do Rei o poder soberano. Mas entendia que esse poder encontrava limitações, quer no Direito divino, quer no Direito natural: “as leis dos príncipes soberanos não podem alterar nem trocar as leis de Deus e da Natureza (...)”.

6. Direito Divino dos Reis

Com o advento das monarquias absolutas, a soberania nasceu e, dessa vez, em mãos do Príncipe. Na teoria do direito divino dos reis, o poder do monarca não sofria nenhuma restrição: o soberano somente dobrava o joelho diante de Deus. O próprio despotismo, embora inconveniente (pois era considerado resquício de barbárie), em nada era tido como ilegítimo. Contudo, o soberano devia guiar-se pela razão, jamais pelo capricho.

Não há dúvida de que a Teoria do direito divino dos reis já se deveria considerar superada após a obra de Bodin, se não no que toca à origem do poder, pelo menos no que diz respeito às suas limitações. Mas, na realidade, até aqueles que sustentavam as restrições do poder soberano não viam nelas uma decorrência de direitos do indivíduo.

A concepção de direitos do homem proveio das noções dos enciclopedistas e dos jusnaturalistas sobre o estado de natureza e o contrato social: o homem, independente de qualquer sociedade, consente em renunciar a alguns de seus direitos, mas não a todos, para unir-se aos outros por um contrato social.

Abandonada a ideia do contrato social, não se desprezou, entretanto, a dos direitos do indivíduo, para os quais outro fundamento foi apontado: a origem dos direitos está no homem, único que tem existência real, é livre e responsável. A sociedade política não é um ser real, palpável e não se guia inteiramente a seu bel-prazer. Sua evolução rege-se por leis inexoráveis que somente podem ser mudadas pela vontade dos indivíduos. Elas existem e atuam para eles.

O primeiro direito de toda pessoa é o de desenvolver-se e dar expansão a seus talentos, suas virtualidades. Todo homem tem o direito de perfazer-se, de realizar-se. Para isso ele deve exercer livremente suas faculdades, tomar iniciativas, agir a seu modo, de acordo com sua maneira de ser, que é singular, inconfundível. Os direitos individuais têm por objeto assegurar esse livre desenvolvimento, essa liberdade de realização. O Estado falha em sua missão, fraudar sua finalidade e perde sua razão de ser quando desrespeita a liberdade individual.

Os direitos individuais são direitos potestativos: eles colocam o Estado à mercê do indivíduo; mas não criam para aquele, isto é, para o Estado, nenhum dever jurídico de fazer. Como direitos individuais aparecem, por vezes, nas Constituições, nas declarações de direitos, também meras faculdades.

7. A Liberdade e Igualdade no Século XIX

O século XIX caracterizou-se pela coletivização e pela concretização da liberdade.

A igualdade perante a lei, proclamada em 1789, já não bastava. Era preciso acabar com a tremenda desigualdade econômica que reduzia milhões de homens à condição de párias. Além da igualdade jurídica, procurou-se a econômica, entendida como igual possibilidade material de viver digna e despreocupadamente.

A Revolução Francesa havia sido eminentemente individualista. Os movimentos de opinião que se operaram a partir da segunda metade do século XVIII foram, ao contrário, agrupadores, corporativistas, congregacionistas. Todos sentiram a necessidade de se unir em torno de interesses, espirituais ou materiais. Surgiram os sindicatos e os órgãos de classe; as sociedades anônimas proliferaram. A liberdade insulada era impotente; unida a outras liberdades conseguiria pressionar o poder político e econômico, impondo-se aos governos e aos poderosos.

Por outro lado, compreendeu-se que não basta proclamar os direitos e lhes dar garantias jurídicas, não é suficiente afirmar o gozo dos direitos e defendê-los contra a violação; o que é preciso é dar meios para exercê-los, para desfrutá-los. Em lugar de fórmulas abstratas, são necessárias providências concretas, materiais.²

8. A Liberdade no Século XX

A proteção da liberdade e, em geral, dos direitos do homem tem, no século XX, três fases nitidamente distintas.

A primeira vai até quase o fim da guerra de 1914-1918. As Constituições ainda se mantêm como no século XIX, mas o movimento de opinião em prol do reconhecimento dos direitos sociais (direito ao trabalho, à assistência, ao repouso, ao seguro etc.) a que o Ato Constitucional de 24 de junho de 1793 havia feito um aceno em França, faz-se sentir poderosamente.

A segunda é compreendida entre as duas grandes guerras. Todas as correntes de opinião convergiram para o reconhecimento dos direitos sociais, cuja concepção não é privilégio de nenhuma escola. A Declaração do Governo Provisório russo de 1917; a Declaração dos Direitos dos Povos da Rússia, de novembro do mesmo

² “Uma Constituição compromissória em termos políticos e normativos, procurando traçar equilíbrios entre os interesses contraditórios que consagra, nunca pode deixar de refletir uma abertura interpretativa, tanto mais que se destina a ter a aplicabilidade numa sociedade plural e aberta: se uma Constituição compromissória ou própria de uma sociedade aberta e plural adotar uma postura fechada em matéria de interpretação, decididamente que terá um curto tempo de vigência.” *Sociedade aberta e interpretação da Constituição- O problema jurídico da abertura interpretativa da Constituição- Direito Constitucional Português- Identidade Constitucional*, Paulo Otero, vol. I. p.188.

ano, que aboliu a propriedade privada e os privilégios; a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, ratificado pelo Congresso Pan – Russo dos Sovietes, de 23 de janeiro de 1918; a Constituição da República Socialista e Federal dos Sovietes, de 10 de julho do mesmo ano, refundida em 11 de maio de 1925, apenas contribuíram para divulgar e apressar o reconhecimento dos direitos sociais referentes à segurança, ao trabalho, à sindicalização, à assistência, ao repouso, ao seguro contra infortúnio, os quais, diga-se de passagem, já se iam desenhando em toda parte, independentemente de qualquer ideologia, e terminariam por se impor sem necessidade das carnificinas que infelicitaram a Rússia, seus satélites e os povos por ela oprimidos. E, feita exceção da primeira (março de 1917), omitiram qualquer referência aos direitos consagrados nas constituições dos séculos XVIII e XIX.

Essa falha foi corrigida pela Constituição de 1936. As revisões de 1º de fevereiro de 1944 e de 25 de fevereiro de 1947 não alteraram, nesse ponto, o diploma revisto. Algumas afirmações da referida constituição têm sabor de pilhéria.

Enquanto isso, outras constituições e leis aparecidas entre as duas guerras consagraram ambos os tipos de garantias: as do modelo liberal – democrático e as sociais, começando pela de Weimar, de 1919.

Fora do mundo submetido à escravidão russa, as garantias têm aumentado. Até o que poderia parecer uma limitação às garantias de 1776, 1789 e 1791, como, por exemplo, o reconhecimento de que a propriedade tem função social, nada mais significa do que o aprimoramento de conceitos cujos contornos são agora mais claros. As definições consagram e protegem o uso de direitos, evitam e denunciam o que seria o abuso deles. Permitem a intervenção dos Estados não só no domínio econômico, para evitar o desmando no exercício do respectivo poder, mas também em várias relações outrora deixadas à vontade dos particulares.

A terceira fase é a que começa durante a última grande guerra (1939 a 1945). Nela, a proteção dos direitos do homem e, em particular, da liberdade, desloca-se para o campo do Direito Internacional; ou melhor; estende-se a esse campo. A liberdade passa a ter dupla tutela: a do Direito Interno e a do Internacional.

9. Direitos e Garantias

Os direitos do homem (civis) e do cidadão (políticos), objetos das declarações anteriormente referidas, são princípios filosóficos, éticos, jurídicos etc., extraídos do pensamento político dos séculos XVIII e XIX. Por vezes, como no caso da França, são mais propriamente afirmações teóricas, genéricas, abstratas, verdadeiros artigos de fé do que preceitos legais desde logo observáveis, executáveis sem mais nada.

Os constituintes que os consagraram tiveram em mente a formulação do credo, de um grupo de fórmulas singelas e precisas, destinado a divulgar entre o povo o pensamento dos publicistas. São uma afirmação dos dogmas da liberdade, já contidos nas obras de Locke, Hume, Rousseau, Sieyès, Blackstone e tantos outros. As declarações de direitos tinham por finalidade, não apenas nem principalmente, assegurar os indivíduos

contra a prepotência dos detentores do poder, mas, sobretudo, tornar conhecido, fazer entrar no domínio comum, na consciência popular, a noção clara dos direitos inerentes à pessoa ou ao cidadão, para que cada um, cômico de suas prerrogativas, fosse um escudo permanente contra as deturpações da força e os abusos da tirania.

A transformação que se operou no mundo, à medida que os homens se capacitaram de seus direitos em face do Estado e opuseram um dique às pretensões dos poderosos, foi realmente notável e fácil de perceber.

Ao contrário do que acontece com os direitos, as garantias decorrem, em todos os países, de verdadeiras normas jurídicas, de leis positivas, de preceitos constitucionais que asseguram o gozo de direitos e preservam o indivíduo contra o arbítrio.

10. A Liberdade no Século XXI

O nosso século tem se caracterizado pelo fenômeno da globalização e da sociedade em rede. A proteção dos direitos do homem e, em particular, da liberdade, que já havia se estendido para o campo do Direito Internacional, sedimentou-se em sua dupla tutela: a do Direito Interno e a do Internacional, através de movimentos de opinião e da ação de organizações sociais das mais diferentes nacionalidades. Ações humanitárias são desenvolvidas pelas empresas por todo o planeta. As culturas são confrontadas através da internet e as pressões de grupos, classes, categorias são feitas pelas chamadas “mídias sociais”.

Iniciativas legislativas e movimentos globais de defesa de interesses das mais diferentes naturezas são veiculadas em rede, com velocidade quase instantânea.

Neste cenário, a luta por liberdade se apresenta real e eficaz e a democracia ganha uma convergência através da comunicação e veiculação de interesses entre as pessoas.

Neste início de século XXI, uma visão atenta do nosso processo civilizatório vai concluir que todos os povos que se consideram inseridos em regimes “democráticos” (*demos* = povo; *cracia* = governo) conseguiram apenas construir garantias, não liberdades. A maior prova disso é a falência da democracia representativa em todo o mundo e o descrédito da classe política. A república, *res publica*, coisa do povo, na verdade, nunca pertenceu a ele!

A garantia da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, de não ser punido por crime sem lei anterior que o defina etc. conferiram à sociedade apenas garantias que deitam as bases para a construção da nossa verdadeira liberdade nesse terceiro milênio. Se o século XIX caracterizou-se pela coletivização, pela necessidade de se unir em torno de interesses espirituais ou materiais, com o surgimento dos sindicatos, dos órgãos de classe, das sociedades anônimas, decorrente do sentimento de que a liberdade insulada era impotente, mas unida a outras conseguia pressionar o poder político e econômico, impondo-se aos governos e aos poderosos. O século XX foi o da consciência de que a origem dos direitos está no homem, único que tem existência real, é livre e responsável. A consequência foi o surgimento dos denominados “corpos sociais” através das ONGs, intermediando o interesse de grupos, classes, categorias.

Nesse começo de século XXI, a crise da democracia no mundo expressa essa evolução, pois traz à tona o sentimento de que a sociedade deve reger-se por leis que somente podem ser mudadas pela vontade dos indivíduos, pois elas existem e atuam para eles. A reiterada abstenção dos cidadãos ao direito de escolher seus representantes expressa bem esta realidade. A grande maioria não quer se sentir responsável pelo resultado desta escolha “democrática”.

Com a era da sociedade em rede, uma infinidade de questões ligadas ao batido tema “transparência” vai surgir, mas, uma coisa é certa, a política não é mais uma “versão oficial” a ser transmitida ao povo e a liberdade ganha dimensões nunca antes vistas dentro das garantias até aqui conquistadas. O resultado será uma sociedade mais igual, pois, respeitando as garantias e expressando seus valores através da rede, a sociedade globalizada está mostrando ao mundo que é o melhor juízo da sua própria felicidade.

11. O Confronto Atual entre a Norma e o Justo

Mas a liberdade em si não é uma criação do Direito nem do Estado. Absolutamente certos estão os jusnaturalistas quando afirmam que as liberdades fundamentais são anteriores ao Estado e mesmo inatas. Trata-se de uma anterioridade lógica, não cronológica: posso conceber a Liberdade anteriormente a qualquer cogitação de Estado. Esse não cria a Liberdade, mas, ao contrário, limita-a e lhe regula o uso.

Claro que a Liberdade só é jurídica quando regulada pelo Direito. Mas que a matéria dela, o suporte de fato (o *Tatbestand*), é anterior ao Direito, é inegável. No conceito de Liberdade jurídica (Liberdade no Direito e no Estado), a substância é a Liberdade e a qualidade, o acidente é a juridicidade. Numa apreciação alta, o Filósofo do Direito encontra a Liberdade pura antes mesmo de ela se haver tornado liberdade jurídica.

Respeitando a liberdade, o Estado não está, condescendentemente, criando para si limitações que poderia não criar (Teoria da autolimitação do Estado). O que ele faz é ficar onde deve estar: a noção de Estado, o Estado por definição, tem certos limites lógicos. Se o Estado se contém dentro desses lindes, ele está se realizando em sua plenitude, apenas sem procurar ser mais do que é e mais do que deve ser. O Estado que não respeita os limites do seu Ser já não é apenas Estado, isto é, organização jurídica, passa a ser organização da força e da violência, vai além do Direito e contra o Direito.³

Mas as sociedades atuais se caracterizam por serem altamente cambiantes, pelo que requerem atuações rápidas. Sobre essas circunstâncias, torna-se quase impossível que um programa de governo seja igual ao programa eleitoral que votamos (supondo que alguma vez tenha sido o mesmo, o que é muito supor). Por isso, faz-se necessário a construção de novos espaços participativos durante a legislatura, para que tudo aquilo que não pode ser reconhecido no programa eleitoral e necessite de uma atuação legislativa possa ser elaborado juntamente com a cidadania.

³ TORNAGHI, Hélio. *Manual de Processo Penal*. Vol. I, p.29/29.

Mas esta participação não pode ser outra vez a soma de interesses individuais. Fazem falta estruturas que democratizem a democracia, criando espaços que ampliem o conceito de cidadania. A vida política não deve encaminhar-se exclusivamente à eleição, senão também à interpretação, recuperando o caráter criador e transformador de concepções da vida e o mundo da mesma. (Máiz, 2001)

Portanto, a tutela da liberdade pelo Direito Constitucional e pelos demais ramos do Direito pode influir na ordenação da liberdade, especialmente pela concepção de que adotem do homem. Depende tudo de como o encarem, ao considerá-lo como sujeito ou como objeto de direitos. A questão da liberdade está ligada à capacidade e às noções de pessoa e de coisa.

Desta forma, a extensão da liberdade e cidadania, dentro de um juízo ético, de não submissão do interesse público ao privado ou como expressão de vinculação ao justo, ético, moral, deve basear-se no conceito de liberdade que hoje temos a ventura de conhecer e vinculado às necessidades e realidades de uma sociedade cada vez mais complexa, onde os interesses se apresentam como de grupos, classes, categorias, e na constatação de que o Estado é incapaz de atender a todas as necessidades da coletividade, sem a participação dos envolvidos, ou seja, sem o exercício pleno do dever de cidadania, dando aos operadores do Direito e à própria sociedade civil os meios para combater a corrupção, ou seja, o desvio do conceito legal, não apenas como não observância do comando normativo, mas como expressão de tutela da vontade da maioria na busca do interesse público.

Ensina o Prof. Vera-Cruz que o Direito Romano está na origem da juridicidade das regras de Direito, na justeza das regras, a racionalidade/adequabilidade das interpretações dos jurisprudentes e na justiça concretizada nas soluções que dão juridicidade às regras.⁴

Afirma o mestre que continua válido como preceito jurídico universal procurar viver honestamente. Isso implica seguir três regras: não abusar dos seus direitos (*honesto vivere*); não prejudicar ninguém (*alterum non laedere*); dar a cada um aquilo que é seu (*suum cuique tribuere*).

Estas são as regras fundamentais em que se assenta o corpo do Direito: proibir a cada pessoa o abuso do Direito; limitar o exercício ou uso do Direito sempre que isso prejudica sem motivo um outro; respeitar o direito da outra pessoa. Por estas, podemos aferir a juridicidade de todas as outras regras.⁵

O Direito na história nos demonstra que a Lei das XII Tábuas (*lex XII tabularum*), embora corresponda a uma tentativa de positivação de regras jurídicas, não tinha caráter normativo nem se pode comparar à Constituição ou ao Código Civil. Foi uma primeira tentativa para fazer aplicar de forma universal e igualitária regras jurídicas a patrícios e plebeus (*aequatio iuris*).

⁴ Apontamentos... p. 11.

⁵ Apontamentos... p. 13.

Só da *regula* vem o *Derectum*. Logo, da norma (*esquadro*) vêm a organização e cânone, a medida. As regras, fixando princípios em relação à justiça entre as pessoas numa sociedade e à pessoa como sujeito dessas regras, hierarquizam os valores protegidos pelo Direito e garantem a Justiça.⁶

Nesse sentido, a conclusão do Prof. Vera-Cruz de que, por esta razão, os Romanos que inventaram o Direito como *ius* separaram-no da lei, entregando o Direito aos jurisperitos e deixando a lei para os políticos. O *ius* é composto por regras que permitem o *Derectum* na sociedade humana. Regras estão no tempo sendo alteradas, pela interpretação dos jurisperitos, para se adaptarem à realidade existente e permitirem fundamentar soluções justas para cada caso. E justifica a ausência do ensino do Direito Romano com esta ênfase criadora do justo como expressão do Direito e não da Lei, por uma opção ideológica, uma vez que os regimes totalitários e os totalitarismos legalistas de regimes políticos que se consideram democráticos sempre impedissem (ou por lei, ou por “opção política do governo”, ou por “exigência do mercado”, ou por “condicionamento administrativo”, ou por “deficiência de financiamento”, ou por “utilitarismo pedagógico”) o estudo jurídico do Direito Romano, preferindo sempre o seu ensino pela história sem mais e não pela criatividade jurisprudencial.⁷

Mas é a forma de operar dos jurisperitos romanos que nos interessa por constituir um instrumento metodológico de referência e orientação para o jurista de hoje, pois o nosso grande desafio decorrente da complexidade da sociedade contemporânea e da velocidade das transformações sociais é fugir da “legolatria”,⁸ fazendo com que as lacunas propositais do sistema jurídico ou mesmo as situações de comandos normativos contrários ao sentimento do justo, do ético, do moral possam ser fundadas na *sapientia iuris* criada pelos Romanos.

Se, como afirmam as cartas políticas nos regimes democráticos que todo o poder emana do povo, nada mais lógico, axiomático, evidente por si mesmo, que as funções essenciais da soberania do povo como o Judiciário e o Ministério Público sejam capazes de sair da rigidez da abstração das regras gerais positivadas e aproximem-se da censura da comunidade, ingressando na análise da relação custo-benefício do atuar dos governantes, ou melhor, avaliando os motivos expressos nos atos pelos mesmos como objeto de juízo de valoração sobre o interesse público em contraste com o particular do governante.

Só a assunção do Poder Judiciário como expressão da soberania popular lhe confere legitimidade (*auctoritas*) para tornar jurídica a solução do mau administrador da coisa pública. Se afastamos o Direito desta sua natureza essencial de *ius*, justo, Direito, o transformamos em instrumento de poder e não normação da comunidade como expressão de sua soberania.

⁶ Apontamentos de Direito Romano, p. 14.

⁷ Apontamentos de Direito Romano, p. 16/17.

⁸ A expressão é do Prof. Eduardo Vera-Cruz.

A lei como simples comando impositivo, geral e abstrato expressa apenas a superioridade do Estado em face do cidadão destinatário, mas não a expressão da soberania popular nos assuntos da *polis*.

Não podemos nos deixar aprisionar pela chamada legitimidade democrática do legislador, abstrato e imaculado no mito da “soberania popular de base constitucional”, tendo em vista que a história presente tenha nos demonstrado que a mesma é invocada para excluir a análise jurídica justa aos intérpretes e aplicadores do Direito enquanto ciência na busca do justo, do legítimo, do moral.

Calamandrei, em notável estudo sobre *O Significado constitucional das jurisdições de equidade*⁹, lembra a existência de dois sistemas de manifestação do Direito. O mais comum em nossos dias é o da formulação legislativa, decorrente da separação de poderes. Nele, a função de modelar a norma jurídica pertence ao Legislativo e a de aplicá-la, ao Judiciário. É do legislador a tarefa de interrogar a consciência coletiva e de avaliar os interesses, de ordenar os sentimentos, as tendências e as aspirações das quais nasce o Direito de um povo em certo momento de sua história. Neste sistema, a modelagem do Direito não se faz caso por caso, mas em moldes que abstraem das particularidades de cada evento.

Mas pode acontecer que a lei não regule determinado caso. Nessa hipótese, os tribunais voltam ao método primitivo, o juiz formulava a regra que, em seguida, aplicava. É o “sistema da formulação do Direito”. Mostra Calamandrei que, em sua pátria, foram até criados órgãos judiciais encarregados de julgar por equidade. Nesse caso, diz o mestre italiano:

O juiz se põe diretamente em contato com a consciência popular, na qual o Direito flutua no estado de sentimento ainda não fixado em precisas normas racionais. E dessa consciência, da qual ele próprio participa como membro da sociedade, ele retira inspiração para resolver cada caso, de acordo com princípios que ele não cria, mas encontra já existentes.

Nenhum obstáculo se interpõe entre o Direito e o juiz, que se encontra em permanente contato com a viva e fresca realidade social e que, assim, pode sentir as necessidades e fielmente seguir a evolução.

Se na jurisdição legal o juiz submete o caso concreto à lei, ele o faz segundo seu modo de interpretar os fatos e o texto legal. Ocorre que o Direito legislado tem apenas uma parte da consciência jurídica: a outra é dada pelo costume e pela jurisprudência, pois não podemos negar que direito vivo é o que os tribunais consagram.

⁹ Preleção com que abriu o ano letivo do Instituto de Ciências Sociais Cesare Alfieri, depois publicada nos *Studi sul processo civile*. Vol. II, p.1 e ss.

12. A Lei É a Causa da Corrupção?

Em uma sociedade complexa e altamente cambiante como a nossa, é oportuna a afirmação do Professor Hélio Tornaghi de que:

Em matéria jurídica, o labor nunca está terminado. *Ex facto oritur ius*: O Direito nasce dos fatos. As leis avançam por degraus; a realidade é esteira que não para. As leis imitam os ponteiros do relógio, que pulam de quando em quando; as transformações sociais são ininterruptas. São necessários mecanismos que adaptem permanentemente o Direito à realidade e amparem os legítimos interesses que a norma legal ainda não traduziu em forma de direitos. Esse tem sido o papel da equidade social, que fez a grandeza do Direito Romano.¹⁰

Nesse sentido, os atos, fatos e negócios jurídicos relevantes à ordem jurídica no Estado, em face desta realidade de transformação rápida e constante, podem colocar a lei como a maior causadora da corrupção, pois o comando da norma poderá criar o injusto, pelo descompasso entre a realidade e o comando normativo e, como consequência, a sua não observância pelos cidadãos, o que demonstra que na sociedade contemporânea, para se vincular ao justo, ético, moral, nos devemos afastar da restrita aplicação da lei e nos aproximar do compromisso com o *ius*, como faziam os Romanos.

A crise do Estado, que é a crise da lei e da confiança nos políticos eleitos para representar as pessoas num sistema esgotado e falido dominado por grupos de interesses fechados sobre si próprios e controlados por oligarquias corrompidas e dependentes de poderes empresariais – designados como *partidos políticos do arco da governação* – obriga-nos a repensar o modo de concretizar a justiça nas nossas sociedades.¹¹

Ampliar o controle da jurisdição sobre os atos dos governantes e agentes públicos não expressa jurisdicionalização do Estado, mas sim a operacionalidade da doutrina dos freios e contrapesos no aperfeiçoamento do regime democrático em uma sociedade complexa e carente de controles que representem a soberania popular.

Dá ensejo a que o Poder de dizer o Direito (*jurisdicere*) ou efetivá-lo (*jurisdictio*) não seja uma manifestação de juízes burocráticos, na defesa dos interesses de quem manda pela lei e de quem enriquece com as sentenças baseadas nela; na impunidade garantida por quem legitima o torto através da norma legal ou no ostracismo de quem lembra outra forma de ser do Direito, seja pelo uso da equidade social ou individual para analisar os motivos dos atos que deram causa à busca do interesse público, seja pela ignorância de quem afasta e rejeita tudo o que desconhece, por, na maioria das vezes, ausência de coragem de se posicionar contra o sistema dominante que garante os que têm contra os que não têm.

¹⁰ TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *Revista do Ministério Público*. Vol. I, p.54.

¹¹ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Apontamentos de Direito Romano*. p.11/12.

O método jurisprudencial pleno aplicado ao ensino universitário do Direito Romano é capaz de formar juristas preparados para juntar, na prática judiciária atual, *regula e mores maiorum* na *sententia*, a partir da concepção do conjunto normativo como ordenamento substantivo, não enquanto sistema legal estrito.

O ensino do Direito Romano pelo método jurisprudencial pleno deita por terra os mitos fundadores de um Direito que só vive na deliberação da maioria parlamentar ou na decisão do Conselho de Ministros.

A mumificação das soluções “jurídicas” na textualidade de leis e sentenças, mais preocupadas com a exibição de apuro técnico do que com a justiça material, presas ao momento da sua feitura e imóveis, afastou o Direito da comunidade e da experiência histórica que o sustenta. A jurisprudência criadora na perenidade da *ars inveniendi* reaproxima-o das pessoas e dessacraliza o legislador-político e o juiz-funcionário.¹²

Parece oportuno, agora, lembrar a lição do sociólogo Bertran Russel, que afirma: “O advogado da transformação tem uma tarefa bem mais difícil que o advogado da conservação e da ordem. Mas, quando aquilo que se quer conservar não responde mais às novas e inderrogáveis necessidades sociais, então a conservação não é mais ordem”.¹³

O momento atual do nosso processo civilizatório nas sociedades que se dizem democráticas demanda o exercício da liberdade jurídica de todos os integrantes da *polis*, como legítima expressão da soberania popular, possibilitando a todos os atores sociais a busca do justo, do moral, do ético, dentro do âmbito de aplicação da norma jurídica em contraste com os valores históricos, sociais, culturais, de senso comum, religiosos etc., que representam a legítima expressão desta mesma comunidade.

Somente com a adequação do fato jurídico, em sentido lato, aos valores da sociedade onde a norma é aplicada poderemos realmente assegurar a liberdade jurídica ao cidadão, pois continua válido como preceito jurídico universal procurar viver honestamente. Isso implica, como referimos, seguir três regras: não abusar dos seus direitos (*honesto vivere*); não prejudicar ninguém (*alterum non laedere*); dar a cada um aquilo que é seu (*suum cuique tribuere*). Do contrário, na sociedade do conhecimento, onde as mudanças são rápidas e constantes, a lei será injusta sempre com a grande maioria, protegendo os que têm contra os que não têm ou impedindo sua aplicação aos que, designados como representantes do povo, tendo em vista que foram eleitos legitimamente pelo processo político de democracia representativa nas sociedades contemporâneas, representem sempre o interesse econômico, em detrimento dos legítimos interesses do povo.

¹² “O ‘método jurisprudencial pleno’, tal como foi caracterizado no âmbito da *iurisprudencia* romana, adotado no ensino da disciplina de Direito Romano, não pode ser confundido com a opção de alguns docentes de Direito Romano de ensinarem por um sistema casuístico de tipo *case law*, a que, erradamente, chamam jurisprudencial.” *Apointamentos*, p.34.

¹³ RUSSEL, Bertrand. *Education and Social Order*. London, Allen & Unwin, 7ª impressão, 1967, p.13.

A Responsabilização por Improbidade Administrativa por Omissão na Efetivação de Políticas Públicas

Michelle Bruno Ribeiro*

Sumário

1. Introdução. 2. Da Inexistência de Discricionariedade Administrativa no Tocante à Implantação de Políticas Públicas Garantidoras de Direitos Fundamentais em Seu Núcleo Essencial. 3. Da Omissão do Gestor Público em Praticar os Atos Necessários à Implantação e Manutenção das Políticas Públicas Garantidoras de Direitos Fundamentais como Ato de Improbidade Administrativa. 4. Da Carência de Responsabilização por Ato de Improbidade em Razão da Omissão em Implantação de Políticas Públicas. 5. Da Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo

Através da metodologia de revisão bibliográfica, jurisprudencial e de legislação, este artigo tem por objetivo demonstrar a caracterização das omissões na implantação das políticas públicas de direitos fundamentais como ato de improbidade administrativa, enfatizando a importância da persecução das sanções descritas na Lei nº 8.429/92 pelo Ministério Público ou ente público legitimado perante o Poder Judiciário e discorrendo sobre a nocividade aos direitos fundamentais decorrente da ausência de responsabilização que atualmente se verifica nosso contexto histórico-político. Ao final, conclui-se pela necessidade do uso da Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de garantia de direitos fundamentais, mecanismo que deve ser usado com maior frequência nesses casos de improbidade por omissão.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Políticas Públicas. Improbidade administrativa. Ministério Público. Poder Judiciário.

1. Introdução

Vivemos a fase jurídica do neoconstitucionalismo, momento em que se visa a dar força normativa concreta aos preceitos descritos pela nossa Constituição da República, buscando a máxima efetividade das normas constitucionais, sejam elas regras de caráter genérico ou programático, sejam elas princípios.

Neste contexto de otimização dos preceitos constitucionais, o Supremo Tribunal Federal vem considerando que as normas constitucionais que trazem

* Mestranda em Direito na área de Estado, Sociedade e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UniRio). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

direitos fundamentais devem ser aplicadas diretamente¹ aos seus cidadãos. Ou seja, cuida-se, verdadeiramente, de direitos subjetivos e, portanto, são exigíveis por seus destinatários ou de forma coletiva pelos legitimados por lei para tal.

Os direitos fundamentais elencados na Constituição possuem um núcleo essencial que deve ser protegido, visto que este representa o conteúdo mínimo do direito fundamental em questão e caso este mínimo seja violado, a própria existência do direito é atingida. Há inclusive três teorias acerca do tema: a teoria absoluta, para qual esse núcleo essencial é um conteúdo normativo irrestringível; a teoria relativa, para qual este tal núcleo essencial também é irrestringível, mas seu alcance só é delimitado quando feita a ponderação dentro de um caso concreto e a teoria mista que traz a necessidade de proteção tanto na dimensão objetiva do direito como na dimensão subjetiva, sendo a mais protetiva de todas, e apresentada pela Jane Reis no nosso direito brasileiro. Com isso, o que se percebe é que a doutrina constitucional contemporânea aponta pela existência de uma parte nuclear dos direitos fundamentais que deve ser efetivada direta e imponderavelmente.

Assim, a atuação do Ministério Público ou outro ente legitimado tanto para a propositura da ação civil pública (artigo 1º, inciso IV c/c artigo 5º inciso I da Lei nº 7347/85), instrumento processual adequado para a busca de uma tutela prestacional de efetivação de determinado direito fundamental, como para a ação civil por ato de improbidade administrativa, instrumento hábil a buscar a sanção em face do gestor público que se omitiu na efetivação de tal direito (artigo 17 da Lei nº 8429/92), é de extrema relevância no contexto pós 2ª Guerra Mundial de maximização de direitos humanos.

Saliente-se que a propositura da ação civil pública visando a implementação de determinada política pública deve ser empregada apenas após esgotadas as tentativas extrajudiciais de resolução da questão. Contudo, não se pode autorizar que tais tentativas perpetuem a omissão a ponto de o decurso do tempo acarretar danos de monta irreversível aos titulares do direito.

Com relação à ação civil por ato de improbidade administrativa por omissão em efetivação das políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, em especial, prestacionais, pensamos ser este instrumento indispensável para a sanção da omissão dos agentes públicos que deixaram reiteradamente de implantar as políticas públicas necessárias à garantia de tais direitos.

2. Da Inexistência de Discricionariedade Administrativa no Tocante à Implantação de Políticas Públicas Garantidoras de Direitos Fundamentais em Seu Núcleo Essencial

Os direitos fundamentais costumeiramente são categorizados em primeira, segunda e terceira geração (fala-se atualmente em quarta e quinta gerações, mas as clássicas seriam as três primeiras).

¹ RE nº 592581 / RS – RIO GRANDE DO SUL, ARE nº 1132131 / SP – SÃO PAULO.

Sem a pretensão de aprofundar essa questão da divisão dos direitos fundamentais em gerações, que é extensa e ultrapassa o objeto deste artigo, apenas visando a contextualizar a presente exposição, temos, em linhas gerais, os direitos de primeira geração que são aqueles com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário, como o direito à liberdade; os direitos de segunda geração, ligados ao valor de igualdade, são os direitos sociais, econômicos e culturais que necessitam, além da intervenção do Estado, que este disponha de poder pecuniário, seja para criá-las ou executá-las e, por fim, os direitos de terceira geração que são direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano. Em caráter de humanismo e universalidade, os direitos fundamentais de terceira geração direcionam-se para a preservação da qualidade de vida.

No bojo deste artigo, trataremos com os direitos sociais que são na sua essência prestacionais (artigo 6º, CRFB), positivos e passíveis de tutela jurisdicional no aspecto transindividual do referido direito. O Ministério Público é parte legitimada extraordinariamente para propositura das medidas judiciais coletivas adequadas para buscar a efetiva e adequada prestação dos serviços necessários para que tais direitos sejam efetivos. Também o é para pretender a sanção em razão do ato de improbidade em que incorre o gestor público que se omite na efetivação das políticas públicas necessárias à garantia de tais direitos.

Vejamos uma hipótese. Um hospital que funciona sem o número mínimo de médicos preconizado nas normas técnicas que regem o tema, sem os medicamentos e insumos necessários ao atendimento e sem os serviços de limpeza e alimentação realizados em conformidades com as exigências técnicas.

Este nosocômio realiza o núcleo mínimo? Parece certo que não. Esse hospital não garante aos cidadãos o núcleo intangível do direito fundamental à saúde, acarretando o agravamento do estado de saúde dos cidadãos pela ausência do serviço, havendo violação da sua integridade psicofísica. Além disso, há nítida violação do direito à vida, já que muitas vezes esses agravos importam no óbito do indivíduo, sujeito do direito fundamental à saúde, violado aqui por aquele que devia garanti-lo, o Estado, *lato sensu* e, conseqüentemente, pela figura daquele que o comanda, o gestor público.

Outro exemplo, agora no contexto do direito à educação. Temos no artigo 205 da Constituição da República que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Ou seja, uma norma garantindo a educação como direito subjetivo a todos. Quase 30 anos após a promulgação da nossa Carta Maior, observamos a ausência de vagas para creche e pré-escola para as crianças. Considerando que tais deveres foram atribuídos por lei aos Municípios (artigo 11, inciso V da Lei nº 9394/1996), dentro da repartição de competências, podemos dizer que esse município cumpriu com seu dever? Há discricionariedade em prover essas vagas ou não?

É nesse contexto que, proposta a pretensão judicial, o Poder Judiciário deve intervir no caso. Isso, pois, quando o núcleo essencial dos direitos fundamentais está

sendo violado pela ausência de implantação das políticas públicas necessárias não há discricionariedade administrativa no tocante à efetivação de políticas essenciais à garantia dos direitos fundamentais (em seu fundamento mínimo).

Dizemos isto porque a discricionariedade administrativa, para Celso Antônio Bandeira de Mello, é:

[a] margem de “liberdade” que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.²

Assim, é margem de liberdade do gestor público na escolha dos meios para gerir a Administração Pública. Essa liberdade é indispensável para viabilizar a própria gestão, já que cada ente federativo possui suas particularidades, tanto regionais como orçamentárias, sendo impensável a existência de regras uniformes e vinculantes para o gestor público referentes a todas as suas atividades, em especial às escolhas das políticas públicas a serem implementadas na região sob sua gestão, caso contrário este gestor estaria engessado, impossibilitado de exercer seu mister.

Ressalte-se que tal margem existe no vazio legislativo proposital, onde o legislador indica o que deve ser feito (balizas vinculantes), mas deixa uma lacuna legislativa ou um conceito jurídico indeterminado a ser preenchido pelo gestor público, pelo seu poder discricionário, por meio do qual avaliando a conveniência e oportunidade, ou seja, dentro do mérito administrativo, criará a política pública a ser implementada.

Ora, quando o Ministério Público pretende no bojo de um inquérito civil público ou numa ação judicial a adequação de funcionamento de determinado hospital ou o aumento do número de vagas para educação infantil em determinado município em atenção à Meta 1 trazida no Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005 de 2014), não se trata de violação da discricionariedade administrativa ou mesmo rompimento do princípio da separação de poderes. Isso, pois, a discricionariedade do administrador reside em escolher os meios para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, inexistindo discricionariedade para escolher entre direitos que são garantidos e direitos que não serão garantidos.

Desta forma, a título de exemplo, manter um hospital em condições mínimas razoáveis de atendimento não se inclui no âmbito da discricionariedade do gestor, visto que, depois de construído com dinheiro público e integrado a uma rede de

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, fls. 990/991.

saúde que conta com seu funcionamento adequado para a promoção das ações de saúde, o orçamento do ente ao qual pertence deve prever dotação orçamentária mínima de forma a manter tal estrutura que integra a política de atenção hospitalar a saúde daquela região, sendo que seu sucateamento representa omissão na garantia de direitos capaz de atrair, não só a tutela pelo Poder Judiciário no que se refere à imposição de obrigação de fazer consistente na implementação de políticas públicas hábeis a garantir o violado direito à saúde, mas também a responsabilização por ato de improbidade administrativa consistente nessa omissão violadora de direito fundamental em seu aspecto mínimo e reiterado.

Temos então que a garantia dos direitos fundamentais é o limite para a discricionariedade do gestor público e que, esgotadas as vias extrajudiciais de resolução dessas omissões em implantação de políticas públicas garantidoras desses direitos e proposta a ação judicial adequada, é dever do Poder Judiciário impor esse limite, proferindo a decisão judicial indispensável para garantir a concretude dos direitos fundamentais prescritos em nossa Constituição da República, bem como decidir impondo as sanções descritas na Lei de Improbidade Administrativa em razão da omissão que viola os deveres de legalidade e lealdade às instituições, notadamente por retardar ou deixar de praticar, indevidamente, as políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais.

Assim, a omissão em promover o funcionamento de determinada política pública de educação, saúde, moradia ou outro direito fundamental que dependa de uma ação do Estado para sua garantia, além de caracterizar causa de pedir mais que suficiente para a tutela jurisdicional de obrigação de fazer, caracteriza ato de improbidade administrativa por violação aos deveres de legalidade, lealdade institucional e honestidade além da não realização dos atos de ofício necessários à implantação e manutenção das políticas públicas garantidoras de direitos (demonstrado o dolo ou a culpa na não realização destas).

3. Da Omissão do Gestor Público em Praticar os Atos Necessários à Implantação e Manutenção das Políticas Públicas Garantidoras de Direitos Fundamentais como Ato de Improbidade Administrativa

Na definição legal do artigo 11 da Lei nº 8429/92, constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições de modo a atentar contra os princípios da administração pública. Claro que legalidade nos termos mencionados no artigo 11 da Lei nº 8429/92 é uma legalidade em sentido amplo, abarcando todas as normas jurídicas e por óbvio o texto constitucional. Assim, a omissão dolosa na implantação das políticas públicas necessárias para a garantia dos direitos previstos na nossa Constituição consiste em descumprimento de lei, ferindo o princípio da legalidade.

Nada pode ofender de forma mais grave o princípio da legalidade do que o não cumprimento dos direitos fundamentais, no caso aqui analisado, daqueles que dependem de uma ação do Estado para serem garantidos, já que os direitos previstos no texto constitucional possuem maior relevância e por isso estão na nossa Carta

Magna. Além disso, os direitos fundamentais sociais em especial possuem íntima vinculação com a dignidade da pessoa humana, já que intrínsecos à existência e formação do indivíduo, sendo direitos fundamentais cujo núcleo essencial não pode ser afetado, o que torna a conduta omissiva do agente público ainda mais gravosa, quando deixa de proporcionar tal direito.

E o que se pode dizer da conduta daquele que deixa de garantir tal direito fundamental mínimo? Do gestor que, administrando verba pública e que, portanto, com o dever de agir com eficiência, deixa de aplicar tais recursos nas políticas essenciais para a garantia dos direitos fundamentais em completa desatenção aos preceitos da nossa lei maior? É dever de o gestor público utilizar os recursos públicos, ainda mais em momentos de escassez em que não há possibilidade de atender a necessidades infinitas, priorizar os direitos indicados pela nossa Constituição como mínimos e inafastáveis. A escolha já foi feita pela nossa norma fundamental quando descreveu direitos na Constituição. Não cabe ao gestor decidir de forma discricionária se garante ou não direitos fundamentais. A discricionariedade existe apenas no tocante aos meios de se garantir, com efetividade e eficiência, tais direitos. Desta forma, se o gestor se omite na implantação da política pública por ele escolhida para garantir saúde pública, educação, moradia, ou mesmo se insiste reiteradamente e de forma injustificável na implantação de uma política pública comprovadamente inábil a garantir tais direitos, deve ser sancionado no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa.

Ser agente público é ato voluntário do indivíduo. Quando se assume um cargo ou se exerce uma função pública, é inerente ao desempenho das funções a perfeita adstrição à lei (sentido amplo), visto que, de forma geral, no exercício de função pública o agente trabalha com serviços, recursos, bens que não lhe são particulares, mas que são de todos e destinados a todos. Assim, o conhecimento das normas que envolvem seu mister, bem como o seu cumprimento não lhe são opcionais. É dever do agente público atender a todas as normativas que envolvem sua função. Portanto, ao voluntariamente se candidatar, seja através de eleição, seja por concurso público, ou de qualquer outra forma, ao exercício de uma função pública, é inescusável que tal agente deixe de agir de forma a garantir os direitos fundamentais. E por isso essa omissão, consistente também no deixar de praticar indevidamente ato de ofício (Lei nº 8429/92, artigo 11, *caput* e inciso I), caracteriza violação aos deveres de legalidade, lealdade e honestidade, já que incompatível com o exercício da função pública.

Já restou demonstrado no início deste tópico de que forma a omissão do gestor público na efetivação de políticas públicas implica violação ao dever de legalidade. Mas não é apenas esse dever que é violado por meio das omissões dos Administradores Públicos. Há também a violação dos deveres de lealdade e honestidade.

Neste mesmo prisma, passemos a analisar o dever de lealdade e honestidade e a demonstrar que tais deveres também são severamente desrespeitados por meio das condutas omissivas em questão.

Como bem mencionado por Fábio Medina Osório em sua obra *Teoria da Improbidade Administrativa*:

O dever de lealdade institucional, já o dissemos, traduz a ideia de confiança, inserida no regime democrático, que baliza as relações entre eleitores e escolhidos, administradores públicos e administrados, funcionários públicos em geral e os destinatários de suas decisões, governantes e governados. Quebrada a confiança pelo rompimento do dever de lealdade institucional, existe um grau mais elevado de violação da moral administrativa, tendo em conta a ponderação dos deveres.³

Para Osório, “as relações de lealdade com a moralidade administrativa são de espécie e gênero. A lealdade traduz uma dimensão axiológica da moralidade administrativa.”⁴ O dever de lealdade institucional não se satisfaz apenas com a observância ao princípio da legalidade, mas também aos princípios da administração pública, como a impessoalidade, eficiência, proporcionalidade, entre outros.

Conforme o i. doutrinador Emerson Garcia:

[O]s atos dissonantes do princípio da legalidade, regra geral, sempre importarão em violação à moralidade administrativa, concebida como o regramento extraído da disciplina interna da administração; a recíproca, no entanto, não é verdadeira. Justifica-se, já que um ato poderá encontrar-se intrinsecamente em conformidade com a lei, mas apresentar-se informado por caracteres externos em dissonância com a moralidade administrativa, vale dizer, com os ditames de justiça, dignidade, honestidade, lealdade e boa-fé que devem reger a atividade estatal.⁵

Ou seja, mesmo um ato legal pode ser imoral se movido por fatores diversos daqueles que permeiam os valores da justiça, dignidade, lealdade e boa-fé. Contudo, no caso da omissão na implantação de políticas públicas estamos falando de atos ilegais e até mesmo inconstitucionais, que atingem diretamente direitos fundamentais em seu núcleo essencial, ou seja, normas reputadas fundamentais no nosso Estado Democrático de Direito.

Desta feita, ainda nas palavras do i. jurista Emerson Garcia, citando Diogo Figueiredo Moreira Neto, este esclarece que:

³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, fl. 117.

⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, fl. 117/118.

⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, fl. 135.

[E]stá ausente a moralidade administrativa quando o agente praticar o ato fundando-se em motivo desconforme (incompatibilidade lógica entre a escolha e o interesse público contido na regra da finalidade) ou ineficiente (grave comprometimento do interesse público pela desproporcionalidade entre custos e benefícios)⁶.

Resta evidente que deixar de investir a verba pública necessária à efetivação das políticas públicas ligadas aos direitos fundamentais, por qualquer motivo que seja, denota ato de completa imoralidade, deslealdade e, portanto, além de ilegal é desleal e imoral, devendo ser sancionada por se encaixar com perfeição no artigo 11, *caput* e inciso II da Lei nº 8.429/93.

Tal omissão também fere frontalmente o princípio da eficiência, visto que os gestores públicos têm obrigação de gerir a coisa pública de forma eficiente e eficiência na gestão administrativa tem o sentido da obtenção do melhor resultado possível e não apenas de um bom resultado.

Os gestores não podem se permitir quiçá uma gestão apenas formalmente legal, mas sim alcançar uma gestão apta a prover aos administrados o melhor resultado possível com os recursos financeiros disponíveis, eis que tais recursos não são dos gestores, mas dos administrados, da sociedade, dos cidadãos. Assim, uma gestão permeada por omissões ilegais, desleais e desonestas deve ser punida com rigor nos termos da Lei nº 8.429/92.

É gestão de coisa pública, em que não se admite a ineficiência funcional dos homens públicos, nas palavras de Fábio Medina Osório em seu já mencionado livro, *Teoria da Improbidade Administrativa*, que tratando da eficiência administrativa na Nova Gestão Pública, esclarece que a gestão decorre da concretização do princípio constitucional da eficiência e, portanto, destinada a transformar uma Administração antes formalista e burocrática, numa entidade competitiva, eficaz e vinculada a resultados a serviço da sociedade, dispondo ainda que:

Resulta importante frisar que, no universo da Nova Gestão Pública, aumentam-se as responsabilidades. É certo que não se toleram esquemas rígidos e puramente formalistas de domínio legal, de modo a engessar os gestores. Todavia, aceita-se que o desatendimento a metas fiscais, às regras da boa gestão fiscal ou à configuração de irresponsabilidade administrativa pode e deve caracterizar graves atos ilícitos. Ampliam-se também as responsabilidades social, política e jurídica, nesse terreno. O dever de obediência à eficiência é, portanto, quando quebrado, um dos pilares também da improbidade administrativa, na medida em

⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, fl.142.

que se proíbem condutas gravemente culposas que resultem em prejuízos explícitos e palpáveis ao erário ou à sociedade. Trata-se de imperativo da Nova Gestão Pública.⁷

Neste contexto teórico, identificamos rapidamente a ineficiência de uma gestão que não só não obtém o melhor resultado possível com os recursos existentes, como se omite de forma a nem mesmo obter um resultado satisfatório, já que vivemos um contexto em que as políticas públicas de direitos com prioridade constitucional, como saúde e educação, não são concretizadas de forma a garantir o núcleo essencial desses direitos de forma universal, como preconiza o nosso texto constitucional.

Quanto ao dever de honestidade, certo que não se trata de honestidade no sentido mais ligado a caráter nas relações pessoais, mas sim uma honestidade no lidar com a coisa pública. No caso, exige-se do agente público no exercício da sua função um maior zelo a ética e correição de seus atos do que aquele exigido nas suas relações pessoais, já que no exercício da função atua dentro de um círculo de confiança estabelecido, mesmo que de modo implícito, entre administrador e administrado, já que este crê que aquele que está lá gerindo o que é de todos, deve se ater as normas fundamentais que regem nosso sistema jurídico, bem como a maximização dos recursos, ainda mais em tempo de escassez de tais recursos.

Assim, esse dever de honestidade é aquela indispensável observância pelo homem público das regras que regem seu mister, ferido quando intencionalmente o agente público inobserva o interesse público no seu agir. Para Osório, é o agir intencional em descumprimento de normas jurídicas relevantes⁸.

O Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando, em reiterados julgados acerca de atos de improbidade administrativa em geral, não especificamente sobre as omissões na implantação de políticas públicas, já que tal questão, como veremos a seguir, parece não ter sido submetida aos Tribunais Superiores, mas pela necessidade de uma malignidade na conduta do agente público e não apenas do dolo geral. Ora, tal entendimento faz da Lei de Improbidade Administrativa letra morta, considerando ser prova diabólica a comprovação de “maleficiência” ou “malícia” na conduta do gestor⁹. A interpretação do termo desonestidade (artigo 11, LIA) neste sentido, inviabiliza a tão relevante sanção por atos de improbidade.

Para punição nos termos dos seus artigos 9º e 11 é dolo geral que exige a lei e dolo ou culpa nos termos do artigo 10. Não há, em nenhum momento, menção à necessidade de demonstração de intenção maligna na conduta do agente público para que possa ser punido no contexto da referida lei. Quando o artigo 11 traz em seu *caput* que a violação ao dever de honestidade é ato de improbidade, se

⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*: má gestão pública, corrupção, ineficiência, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, fl.146.

⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*: má gestão pública, corrupção, ineficiência, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, fl.124.

⁹ RECURSO ESPECIAL Nº 1.528.828 – SP, RECURSO ESPECIAL Nº 1.375.223 – RS.

refere à honestidade no sentido descrito acima, de agir intencionalmente contra o interesse público, representado especialmente pelo respeito às disposições legais. Inexiste essa necessidade de malignidade na conduta do agente público para que incidam as sanções da Lei nº 8.429/92, mas tão somente o dolo geral, o agir voluntário do agente naquele sentido.

Ou seja, para que a omissão na implantação de políticas públicas seja punível com fulcro na Lei de Improbidade Administrativa, mas especificamente por meio da subsunção ao tipo do artigo 11, basta a existência do dolo geral.

Noutro giro, além das omissões dos gestores públicos consistirem em violação dos princípios da administração pública mencionados, essa ausência de implantação eficiente de políticas públicas garantidoras de direitos, subsume-se à conduta descrita no inciso II do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, qual seja, o de deixar de praticar indevidamente ato de ofício.

Ou seja, tanto no *caput* como no inciso II do artigo 11 da Lei se enquadram as omissões decorrentes da não implantação das políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, cabível, portanto, a sanção dessas omissões por meio do arcabouço da Lei nº 8.429/92, já que a lesão omissiva a direitos fundamentais não pode escapar da correspondente sanção, sob pena de se incentivar ainda mais esse descaso dos gestores públicos com a garantia dos direitos fundamentais, em especial daqueles com previsão na Constituição da República.

4. Da Carência de Responsabilização por Ato de Improbidade em Razão da Omissão em Implantação de Políticas Públicas

Escolhido o direito à saúde em razão de sua essencialidade e visando a delimitar o âmbito da análise, foi realizada pesquisa jurisprudencial no sítio de internet do STF compreendendo o período de 01/01/2017 a 18/09/2018 com as palavras-chave “omissão e política e pública e saúde” encontramos inúmeras decisões, tanto em âmbito individual como em âmbito coletivo¹⁰, reconhecendo a omissão estatal e a obrigação de implantar política pública indispensável à satisfação de determinado direito à saúde, tanto de forma coletiva como de forma individual.

Contudo, fazendo a mesma pesquisa só que com as palavras-chave “omissão e improbidade e administrativa e política e saúde” não encontramos nenhum julgado trazendo a condenação por ato de improbidade administrativa em razão da omissão de implantação de políticas públicas de saúde, o que demonstra a carência de ações judiciais com essa causa de pedir, ou mesmo de decisões judiciais com essa fundamentação jurídica.

O mesmo ocorre no Superior Tribunal de Justiça, onde foi repetida a pesquisa descrita acima, compreendendo o período de 01/01/2017 a 18/09/2018 com as palavras-chave “omissão e política e pública e saúde”, encontramos inúmeras decisões,

¹⁰ ARE nº 1145240, RE nº 1135521, ARE nº 1149297, RE nº 1147812, ARE nº 1141763, ARE nº 1143920.

tanto em âmbito individual como em âmbito coletivo¹¹, reconhecendo a omissão estatal e a obrigação de implantar política pública indispensável à satisfação de determinado direito à saúde, tanto de forma coletiva como de forma individual, mas em relação ao reconhecimento de tal omissão como ato de improbidade administrativa, ou mesmo entendendo não consistir ato de improbidade, não localizamos nenhum julgado.

Ou seja, tais omissões, em que pese acarretarem graves violações aos direitos fundamentais, em especial com relação ao direito à saúde que se liga intimamente com o direito à vida, muitas vezes com resultados danosos até mais diretos do que os demais atos de improbidade, como o dano ao erário e o enriquecimento ilícito, ainda não alcançaram o Poder Judiciário da forma devida, alimentando a sensação de impunidade daqueles agentes públicos que inobservam seus deveres funcionais.

5. Da Conclusão

No contexto do neoconstitucionalismo o Poder Judiciário tem em suas mãos ações coletivas que perpassam pelas normas constitucionais em razão da não implementação pelo Poder Executivo das políticas públicas ligadas ao mínimo existencial previstas na Constituição da República e, portanto, a prolação de decisões judiciais ou mesmo a negativa de tutelas de urgência ou evidência de forma dissociada do que impõe como prioridade o texto constitucional coloca em risco a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Os atos omissivos dos agentes públicos no que toca à implementação das políticas públicas ligadas a direitos fundamentais prestacionais, ou até mesmo políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais em geral, não podem ser imunes às sanções da Lei de Improbidade, seja com a roupagem do agir discricionário da Administração Pública, seja por meio da escusa da ausência de má-fé ou mesmo da falta de competência daquele agente, já que tais escusas não aceitáveis no âmbito da boa gestão pública, aquela que busca a otimização de recursos finitos e a maximização de direitos.

Ainda neste sentido, observamos na análise do resultado da pesquisa jurisprudencial trazida nesta breve análise que temos ações judiciais reconhecendo de forma reiterada a omissão dos gestores na implantação das políticas públicas ligadas a direitos fundamentais, mas nenhuma ou quase nenhuma responsabilizando tais gestores pela improbidade administrativa consistente nesta omissão. Esse déficit de responsabilização é um fator relevante para a reiteração de condutas omissivas dessa espécie, que geram violações de direitos tão gravosas para a sociedade como aquelas condutas que geram enriquecimento ilícito ou dano ao erário, condutas que são reconhecidas como atos de improbidade de forma mais comum no âmbito do Poder Judiciário ou mesmo pelo próprio Ministério Público no ato da propositura das demandas dessa espécie.

¹¹ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.286.147 – PE, AREsp Nº 1229483, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.275.634 – PE, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.139.085 – DF, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.144.532 – RJ, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 945.925 – AC.

Isso, em tempos em que a corrupção e a impunidade dos agentes públicos *lato sensu* se fazem tão presentes e a omissão destes em concretizar as políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana é tão reiterada, o Ministério Público como legitimado, tanto para a propositura da ação civil pública quanto para a ação civil por ato de improbidade necessário, deve, esgotada a fase extrajudicial de ajustamento de conduta, sem também deixar com que tais tentativas se protraiam no tempo de modo a esvaziar futura tutela jurisdicional, buscar a efetivação de tais políticas e a responsabilização dos gestores omissos perante o Poder Judiciário, que quando exerce esse papel, concretiza sua função no nosso sistema democrático, que é a de fazer cumprir as normas criadas pelas instâncias representativas da nossa sociedade.

Referências Bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 set.2018.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 19 set.2018.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª Edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*.

A Destituição do Poder Familiar à Luz dos Princípios do Direito das Famílias

Nathália Moreira Nunes de Souza*

Sumário

1. Introdução. 2. O Poder Familiar. 3. Conteúdo do Poder Familiar. 4. A Destituição do Poder Familiar. 5. A Destituição do Poder Familiar à Luz dos Princípios do Direito das Famílias. 6. Breves Notas sobre a Ação de Destituição do Poder Familiar (ADPF). 7. Conclusões. Referências.

Resumo

Após analisar brevemente o conceito e o conteúdo do poder familiar, o presente artigo discorre sobre a sua perda, analisando as causas que podem justificar a respectiva decretação pelo Judiciário. Indo além das previsões apenas formais, o objetivo do presente trabalho é perquirir até onde os avanços do Direito das Famílias, especialmente na parte principiológica, podem contribuir para uma nova leitura da destituição do poder familiar. Considerando que a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estabelece uma primazia da família biológica e a necessidade de esgotar as tentativas de reintegração, indaga-se de que forma os princípios que regem as famílias contemporâneas podem levar ao afastamento da criança e do adolescente de um núcleo familiar disfuncional, colocando os interesses do filho menor acima das expectativas dos seus responsáveis adultos. Para tanto, são utilizadas principalmente consultas bibliográficas, com alguns apontamentos sobre estatísticas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e decisões judiciais. Ao final, são traçadas breves linhas acerca da Ação de Destituição do Poder Familiar (ADPF), meio processual adequado para que se decrete a perda da autoridade parental.

Palavras-chave: Poder familiar. Criança e adolescente. Princípios.

1. Introdução

O poder familiar tem suas origens históricas no *pater familias* romano, o qual atribuía ao seu detentor um direito de vida e de morte sobre os filhos menores, bem como o direito de vendê-los a credores para suprir eventuais dificuldades financeiras

* Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

da família (MADALENO, 2017, p.687). O instituto acompanhou a evolução das relações familiares, afastando-se da função originária, que se voltava para os interesses do chefe da família para adotar uma feição mais protetiva da prole (LÔBO, 2018, p.297).

A Constituição Federal de 1988 acabou por implodir, social e juridicamente, o antigo modelo de família patriarcal (LÔBO, 2018, p.297), trazendo novos paradigmas para as famílias modernas, com base num modelo pluralista, democrático e valorizador da pessoa humana. Outrossim, consagrou a Doutrina da Proteção Integral, colocando crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, e não mais como objeto de intervenção dos adultos.

O Código Civil, que se originou de projeto de lei datado de 1975, não conseguiu acompanhar a grande revolução que já se operava no Direito a partir da Constituição Federal, levando a doutrina a afirmar que “o Código Civil já nasceu velho” (DIAS, 2015, p.33). Apesar dos traços conservadores que remanesceram na lei civilista, desenvolveu-se uma doutrina inspirada nos princípios expressos e implícitos da Constituição Federal sobre a matéria, seguida de uma arrojada jurisprudência acerca de temas relevantes do Direito das Famílias. O novo modelo pluralizado, democrático, materialmente isonômico, instrumental e afetivo de família (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p.42) inspirou a aplicação do Código Civil, por vezes contrariando a sua redação literal. Esta nova leitura também afetou a filiação, pondo em destaque a importância da socioafetividade e dos cuidados diários, de modo a proteger especialmente os direitos das crianças e adolescentes.

Neste cenário, o poder familiar passou a ser entendido como um complexo de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos menores, a ser desempenhado no interesse destes, haja vista sua situação de especial vulnerabilidade. Não se trata mais de um poder de vida e de morte sobre os filhos, os quais não podem mais ser concebidos como objeto dos anseios alheios.

O poder familiar é concedido aos pais na presunção de que estes o desempenharão a contento, visando ao melhor interesse dos filhos. De fato, é esta a regra geral. Entre os seus erros e acertos, os pais usualmente intentam proteger os filhos menores, zelando pelos seus direitos fundamentais. Mas a prática revela que alguns genitores são incapazes de garantir os cuidados básicos para o desenvolvimento de suas crianças e adolescentes. Por vezes, estes detentores do poder familiar são justamente os grandes algozes dos filhos menores, violando direitos fundamentais e expondo a prole a risco.

Tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) preveem, para tais hipóteses, a destituição do poder familiar, elencando as condutas dos genitores que podem resultar na extinção da autoridade parental por decisão judicial.

Ocorre que o ECA prevê, em diversas passagens, a prevalência da família biológica, concedendo aos genitores inúmeras garantias para permanecer com crianças e adolescentes por eles violados. Esta necessidade de esgotar os recursos para manter os menores em suas famílias biológicas, por vezes, contraria a própria noção constitucionalizada de família, sacrificando a dignidade e direitos basilares das crianças em prol da consanguinidade.

Neste ponto, fica evidente a contradição entre a doutrina e a jurisprudência vanguardistas do Direito de Família – que põem em destaque a filiação socioafetiva e o caráter instrumental da família – e a redação eleita pelo legislador no ECA, que atribui crescentes garantias pela simples existência do parentesco consanguíneo, mesmo quando ausente a relação afetiva entre os envolvidos.

Em razão desta proteção reiterada do ECA à família biológica, por vezes as equipes técnicas que atuam no caso concreto insistem em tentar reaproximar a criança ou adolescente já vitimado dos genitores, retardando uma decisão mais enérgica quanto à destituição do poder familiar para inserção em família adotiva.

A Ação de Destituição do Poder Familiar (ADPF), que deveria se encerrar em 120 dias (art. 163, ECA), acaba se arrastando por anos (IBDFAM, 2017, p.8), resultando num prolongamento da instabilidade jurídica e fática do menor. Mesmo após proferida a sentença, a celeuma se estende aos Tribunais, justamente para discutir se está configurada alguma das hipóteses legais para a destituição e se foram esgotados os meios para a manutenção do menor com os pais biológicos.

A ADPF é apontada como um dos grandes fatores de lentidão para assegurar a crianças e adolescentes o direito a uma convivência familiar efetiva (IBDFAM, 2017, p.5). Apesar das reformas mais recentes operadas no ECA, a legislação continua a prestigiar a consanguinidade, parecendo não ter acompanhado as profícuas discussões que se desenvolveram no Direito das Famílias nos últimos tempos.

A questão é demasiadamente importante. Apesar de a maior parte dos pais exercer com zelo e afetividade o poder familiar, é preciso se debruçar sobre esta parcela de indivíduos que tiveram os seus direitos vulnerados justamente pela família biológica, e que aguardam uma solução judicial para o seu caso, por vezes passando anos relevantes de sua vida depositados em instituições de acolhimento, como verdadeiros “meninos invisíveis” (BITTENCOURT, 2014).

Segundo o Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas, do Conselho Nacional de Justiça, existem hoje 47.925 crianças, adolescentes e jovens em regime de acolhimento, sendo mais de quarenta mil indivíduos menores. Apesar disto, apenas 8.846 estão inseridos no Cadastro Nacional de Adoção. A diferença significativa revela um enorme contingente de crianças e adolescentes privados da convivência familiar e que tampouco estão disponíveis para inserção numa família substituta, remanescendo na mais absoluta instabilidade jurídica.

O tempo é prejudicial às crianças acolhidas porque, ao mesmo tempo que significa uma infância sem convivência no seio familiar, também lhes retira gradativamente a chance de serem adotadas. Segundo relatório de dados estatísticos do Cadastro Nacional de Adoção, as crianças perdem significativamente as chances de serem adotadas a partir dos sete anos de idade. Exemplificativamente, aos três anos estima-se que uma criança se enquadre no perfil de mais de 70% dos pretendentes cadastrados. Atingidos os 11 anos de idade, a criança passa a se enquadrar no perfil de apenas 2,75% dos pretendentes à adoção. Em resumo, com o avançar do tempo,

a criança perde vertiginosamente as suas possibilidades de ser inserida numa família substituta, podendo resultar num acolhimento prolongado, em flagrante violação ao direito fundamental à convivência familiar.

A proposta do presente trabalho é lançar alguma contribuição sobre o tema, indagando em que medida a leitura constitucionalizada do Direito das Famílias pode lançar novas luzes sobre a destituição do poder familiar. Afinal, o instituto é previsto tanto no Código Civil quanto no ECA, sendo este um microsistema que também trata de relações familiares. Exige-se, portanto, um diálogo das fontes, não sendo possível formular uma leitura isolada e estanque destes diplomas. Daí a proposta de reler a destituição segundo os princípios e novos paradigmas das famílias modernas, na tentativa de conciliar os preceitos do ECA com esse novo perfil constitucional das famílias, sempre à luz da dignidade da pessoa humana.

2. O Poder Familiar

O poder familiar, denominado por alguns autores de autoridade parental, pode ser definido como um “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores” (GONÇALVES, 2017, p.597). Trata-se de uma “autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos” (LÔBO, 2018, p.297).

Este complexo de relações decorre de uma necessidade natural do ser humano, que permanece em condição de especial vulnerabilidade durante os seus primeiros anos de vida, dependendo da intervenção alheia para prover suas necessidades básicas, como alimento, educação, direção, amparo e defesa (GONÇALVES, 2017, p.597).

Presumindo que os pais são pessoas melhor indicadas para atender a estas necessidades naturais dos filhos, a lei lhes confere deveres e responsabilidades. É patente o caráter protetivo do instituto, que, por revestir-se de interesse público, constitui um múnus imposto pelo Estado aos pais.

Maria Berenice Dias destaca que este poder familiar perdeu o sentido de dominação para ganhar um caráter de proteção, “com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles”, sendo menos um poder e mais um dever (2015, p.461).

Sobre o interesse público no bom desempenho deste poder familiar, merecem destaque as lições de Carlos Roberto Gonçalves:

[...] o poder familiar constitui um conjunto de deveres, transformando-se em instituto de caráter eminentemente protetivo, que transcende a órbita do direito privado para ingressar no âmbito do direito público. Interessa ao Estado, com efeito, assegurar a proteção das gerações novas, que representam o futuro da sociedade e da nação. Desse modo, o poder familiar nada mais é do que um múnus público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. Em outras

palavras, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, em atenção ao *princípio da paternidade responsável* insculpido no art. 226, §7º, da Constituição Federal. (2017, p.597)

O Estado fixa limites para a atuação dos titulares do poder familiar, até porque a autonomia da família não é irrestrita, legitimando-se a interferência estatal em algumas hipóteses (DIAS, 2015, p.462). Daí concluirmos que o poder familiar não é absoluto, admitindo-se a sua suspensão ou destituição, sempre tendo como objetivo o melhor interesse da criança (MACHADO, 2018, p.267).

O poder familiar é irrenunciável, indelegável, imprescritível, incidindo sobre os filhos menores não emancipados (GONÇALVES, 2017, p.598). O múnus é exercido em igualdade de condições por ambos os pais (arts. 21 e 22, p. único, ECA e arts. 1.631 e 1.634, *caput*, CC), independentemente da origem do nascimento. A separação dos pais não afeta o poder familiar (art. 1.632, CC). Não havendo o reconhecimento da paternidade ou maternidade, o poder familiar será exercido unicamente por aquele que constar do registro (art. 1.633, CC), já que “o poder familiar decorre do reconhecimento dos filhos por seus genitores” (GONÇALVES, 2017, p.599).

3. Conteúdo do Poder Familiar

O art. 1.634 CC prevê diversos direitos e deveres dos pais em relação aos seus filhos menores, entre eles dirigir a sua criação e educação; exercer a guarda unilateral ou compartilhada; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e exigir obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A Constituição Federal é também explícita no sentido de que os pais têm dever de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229, CF).

O ECA prevê que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes também cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais no interesse dos filhos (art. 22, *caput*, ECA).

Além destes deveres expressos, é possível encontrar outros espalhados ao longo do sistema jurídico. O art. 227 CF, por exemplo, diz que é um dever da família assegurar à criança e ao adolescente os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesta mesma toada, o ECA elenca direitos dos menores a serem observados inclusive pela sua família (arts. 3º, 4º, 5º, 7º, 15, 16, 17, 18, 18-A, 18-B, 19, entre outros), tanto que se considera a criança em situação de risco quando haja falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável (art. 98, II, ECA).

Outrossim, há um dever dos pais de matricular os filhos na rede oficial de ensino (art. 55, ECA c/c art. 6º da Lei nº 9.394/96 – LDB).

Em caso de separação dos pais e estabelecimento de guarda unilateral em favor de um deles, existe o dever do outro de supervisionar o interesse dos filhos (art. 1.583, §5º, CC). Mesmo que a guarda seja atribuída a terceiras pessoas, cabe aos pais prestar os alimentos e exercer a visitação (art. 33, §4º, ECA).

Como se nota, existem diversos deveres dos pais em relação aos filhos menores, os quais não podem ser resumidos numa lista fechada e taxativa. Ao contrário, tais deveres decorrem de uma leitura ampla de todo o sistema jurídico. Como bem recordado por Maria Berenice Dias, o rol legal sequer contempla o mais relevante dos deveres dos pais, que é o afeto:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. [...] (2015, p.465-466)

No aspecto patrimonial, os pais têm o direito a usufruto e administração dos bens dos filhos menores, conforme arts. 1.689 a 1.693 do Código Civil.

Tratam-se de direitos e deveres que devem ser exercidos em prol da criança e do adolescente, e não no interesse dos genitores. Existe um interesse público no bom desempenho deste múnus e, em casos de irregularidade, surge para o Estado a possibilidade de intervir no núcleo familiar.

Embora a Constituição Federal tenha atribuído à família uma especial proteção do Estado (art. 226, *caput*), também determina a assistência na pessoa de cada um dos seus membros, coibindo a violência no âmbito das suas relações (art. 226, §8º). A Constituição nomeou o Estado como um dos responsáveis por assegurar os direitos das crianças e adolescentes, colocando-os a salvo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput*). Assim, a intervenção estatal se legitima quando existe o descumprimento do poder familiar, vitimando uma pessoa em situação de natural vulnerabilidade.

Cumprindo este mister, o Estado criminaliza diversas condutas que podem ser praticadas pelos detentores do poder familiar. Exemplificativamente, podemos citar os arts. 129, 133, 134, 136, 244, 245, 246 e 247 do Código Penal, todos prevendo condutas que, em tese, podem vitimar crianças e adolescentes.

Além das medidas no campo penal, também existem diversas outras sanções aplicáveis aos pais faltosos. O art. 129 do ECA prevê medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis, que incluem desde medidas assistenciais até advertência, perda da guarda e suspensão ou destituição do poder familiar. Ademais, o art. 249 do ECA cria

uma infração administrativa pelo descumprimento dos deveres ligados ao poder familiar, punível com multa de 03 a 20 salários de referência.

No âmbito cível, a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo a possibilidade de indenização por danos morais a partir do abandono afetivo. Há até mesmo doutrina defendendo a deserdação e a impossibilidade de pleitear alimentos na velhice, tudo em razão do descumprimento do poder familiar enquanto os filhos ainda eram menores (SOUZA, 2013, p.12-24).

Conclui-se que os deveres atribuídos aos pais são de interesse público e, por isso, o seu descumprimento os sujeita às mais diversas sanções, de índole penal, administrativa e cível.

4. A Destituição do Poder Familiar

O complexo de poderes e deveres exercidos pelos pais em relação aos filhos menores pode ser extinto por uma variedade de causas, muitas delas naturais decorrências da vida. O art. 1.635 do Código Civil elenca as hipóteses de extinção do poder familiar, quais sejam: morte dos pais ou do filho; emancipação; maioridade; adoção; decisão judicial de destituição do poder familiar. Além destas, pode-se acrescentar a homologação da extinção do poder familiar em razão da entrega voluntária de filho para adoção, de forma regular (arts. 19-A, §4º e 166, §1º, inc. II, ECA)¹.

Tanto a destituição quanto a suspensão do poder familiar podem ser entendidas como as sanções mais graves impostas aos genitores, razão por que se faz necessária a decretação por sentença, em procedimento judicial no qual se assegurem contraditório e ampla defesa (MACIEL, 2017a, p.246).

Em breves linhas, pode-se afirmar que a suspensão do poder familiar é cabível quando se vislumbra alguma possibilidade de a criança ou adolescente retornar para o convívio da família de origem, ao passo que a destituição é cabível quando tal regresso é inviável (MACHADO, 2018, p.268). Só a destituição do poder familiar configura hipótese de extinção, já que a suspensão é meramente provisória, podendo ser revista quando superados os fatores que a ensejaram (LÔBO, 2018, p.308).

A destituição do poder familiar é bastante gravosa e, por isso, “somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e dignidade do filho” (LÔBO, 2018, p.308-309). Se o juiz constatar que basta a suspensão ou outra medida protetiva menos gravosa, deve evitar a destituição, sobretudo quando se constata a possibilidade de recompor os laços de afetividade. A destituição deve ser imposta no melhor interesse do filho e, se a sua decretação trouxer prejuízos ao mesmo, não deverá ocorrer (LÔBO, 2018, p.309).

¹ No sentido de que a entrega voluntária de filho para adoção não configura hipótese de destituição do poder familiar, e sim nova forma de extinção, vale conferir o Enunciado nº 02 do FONAJUP (Fórum Nacional da Justiça Protetiva), disponível em: <http://abraminj.org.br/Painel/arquivos/enunciado_2_fonajup_pdf.pdf>, consultado em: 13 jul. 2018.

Percebe-se que a destituição do poder familiar não configura apenas uma sanção aos genitores faltosos. Trata-se, antes de tudo, de um instituto de proteção que visa a salvaguardar os interesses da criança vitimada:

A suspensão e a destituição do poder familiar constituem sanções aplicáveis aos genitores por infração aos deveres que lhes são inerentes, ainda que não sirvam como pena ao pai faltoso. O intuito não é punitivo. Visa muito mais a preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Assim, havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a suspensão do poder familiar. (DIAS, 2015, p.470)

Trata-se de medida imperativa, e não facultativa (DIAS, 2015, p.472). Constatando-se que houve a injustificável violação aos deveres inerentes ao poder familiar e que a destituição atende ao interesse do filho, deve o magistrado aplicá-la.

As hipóteses de destituição do poder familiar vêm previstas, fundamentalmente, nos arts. 1.638 do Código Civil e 24 do ECA, aos quais acresce o teor do art. 23, §2º, ECA.

A primeira causa de destituição do poder familiar, na literalidade do Código Civil, é o castigo imoderado ao filho. Cumpre esclarecer que apesar do termo “imoderado”, a doutrina mais moderna vem entendendo pela inadmissibilidade de qualquer forma de castigo físico, considerando as normas constitucionais e legais que garantem o respeito e a dignidade à criança, protegendo-a contra a violência. Sob esta ótica, o sistema jurídico não admite mais os castigos físicos como forma de correção, os quais podem culminar em punição aos pais (GONÇALVES, 2017, p.609).

Apesar da inadmissibilidade do castigo moderado, este não será suficiente para a destituição do poder familiar, podendo redundar em outras sanções previstas em lei (sobretudo aquelas previstas no art. 18-B do ECA). O intento do legislador, no art. 1.638, inc. I, do CC, foi punir a “correção inconsequente, brutal, covarde, senão criminoso” (MADALENO, 2017, p.705). Ou seja, punem-se com a destituição os castigos imoderados que vulnerem de forma mais gravosa os direitos fundamentais do filho.

A segunda causa para a destituição do poder familiar é o abandono. Tal abandono pode consistir na falta de assistência material, que sujeita a criança a riscos para a sua sobrevivência, ou ainda na falta de assistência moral e intelectual (GONÇALVES, 2017, p.610). Sobre o tema, leciona Rolf Madaleno:

Deixar o filho em abandono é privar a prole da convivência familiar e dos cuidados inerentes aos pais de zelarem pela formação

moral e material dos seus dependentes. É direito fundamental da criança e do adolescente usufruir da convivência familiar e comunitária, não merecendo ser abandonado material, emocional e psicologicamente, podendo ser privado do poder familiar o genitor que abandona moral e materialmente seu filho [...] Têm os pais o dever expreso e a responsabilidade de obedecerem às determinações legais ordenadas no interesse do menor, como disso é frisante exemplo a obrigação de manter o filho sob a efetiva convivência familiar. (2017, p.705-706)

A família é local privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana e, portanto, para a formação de um adulto psicologicamente saudável. Os pais que abandonam material e moralmente a prole podem ser destituídos do poder familiar, inclusive quando o abandono se dê nas instituições de acolhimento. Ou seja, quando após o acolhimento os pais deixam de exercer visitação ou manter contato com o filho menor, privando-o de qualquer resquício de convivência familiar, cabível a destituição.

No entanto, deve-se atentar que o art. 23 do ECA veda a destituição do poder familiar unicamente pela falta ou carência de recursos financeiros. Se, analisando o caso concreto, o juiz perceber que o problema familiar é unicamente a falta de recursos, deve inserir seus integrantes em serviços e programas de proteção, apoio e promoção (arts. 23,  1 , 19,  3 , 101, inc. II a VI, e 129, inc. I a V, todos do ECA), como forma de manter ou reintegrar a criança junto à família biológica.

Sobre o tema, Paulo Lôbo pontua que: "Em primeiro lugar, são os laços de afetividade e o cumprimento dos deveres impostos aos pais que determinam a preservação do poder familiar. Em segundo lugar, pobreza não   causa de sua perda forçada, porque o prevalectimento das condições materiais seria atentatório da dignidade da pessoa humana." (2018, p.311)

Contudo, o art. 23 do ECA não constitui um salvo-conduto para as famílias hipossuficientes abandonarem os filhos menores ou deixá-los em abandono. Se a pobreza vier acompanhada de violações aos direitos fundamentais da criança ou adolescente, expondo-os   situação de risco (art. 98, inc. II, ECA), não há óbice à perda do poder familiar, como forma de proteger os filhos vitimados. Negar a possibilidade de destituição, unicamente pela condição socioecon mica dos genitores, significaria uma violação à isonomia (art. 5 , *caput*, CF c/c art. 3 , p.  nico, ECA), aceitando que crianças pobres poderiam ser sujeitas a determinadas violações de direitos, a que não estariam sujeitas as crianças de famílias abastadas, em total violação da dignidade humana (art. 1 , III, CF).

A terceira hipótese de destituição do poder familiar, segundo o Código Civil, é a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, previsão que visa a preservar a formação psíquica da criança e do adolescente:

Visa o legislador evitar que o mau exemplo dos pais prejudique a formação moral dos infantes. O lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos. Sendo eles facilmente influenciáveis, devem os pais manter uma postura digna e honrada, para que nela se amolde o caráter daqueles. A falta de pudor, a libertinagem, o sexo sem recato podem ter influência maléfica sobre o posicionamento futuro dos descendentes na sociedade, no tocante a tais questões, sendo muitas vezes a causa que leva as filhas maiores a se entregarem à prostituição. (GONÇALVES, 2017, p.610)

Podem incluir-se na previsão do art. 1.638, inc. III, CC o uso imoderado de bebidas alcoólicas, de entorpecentes, os abusos físicos e sexuais ou as agressões morais e pessoais para com os filhos, parceiros ou cônjuge.

Os atos contrários à moral e bons costumes devem ser aferidos objetivamente, sempre tendo em mira o superior interesse da criança ou do adolescente:

A moral e os bons costumes são aferidos objetivamente, segundo standards valorativos predominantes na comunidade, no tempo e no espaço, incluindo as condutas que o direito considera ilícitas. Não podem prevalecer os juízos de valor subjetivos do juiz, pois consistiriam abuso de autoridade. Em qualquer circunstância, o supremo valor é o melhor interesse do menor, não podendo a perda da autoridade parental orientar-se exclusivamente no sentido de pena ao pai faltoso. (LÔBO, 2018, p.310)

Destacando a importância desta hipótese de destituição do poder familiar, as magistrais lições de Kátia Maciel:

Não há como negar a forte influência do comportamento parental no desenvolvimento da personalidade dos filhos e o impacto que pode causar em sua formação moral, já que é natural que a prole se espelhe nos pais e repita o mesmo exemplo de vida e valores. Sendo assim, a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes também poderá ensejar a penalidade máxima de retirada da autoridade familiar. Deste modo, poderão ser destituídos do poder parental os pais, por exemplo, que utilizam entorpecentes ou ingiram bebidas alcoólicas usualmente, a ponto de tornarem-se drogados e alcoólatras; permitem que os filhos convivam ou sejam entregues a pessoas violentas, drogadas ou mentalmente doentes [...] permitem que os filhos frequentem casas de jogatina, espetáculos de sexo e prostituição, ou, ainda, que mendiguem

ou sirvam a mendigo para excitar a comisseração pública [...] entre outras situações imorais, que atentem contra os bons costumes ou caracterizem crimes [...] é inegável que a vida desregrada dos pais, cujos comportamentos são imorais ou criminosos, pode expor o filho menor a situações e a ambientes promíscuos e inadequados à sua idade ou à condição de um ser em processo de formação. Tal conduta desrespeitosa para com o desenvolvimento biopsíquico do filho poderá acarretar a perda da autoridade parental, que se revestirá não somente de punição para os pais, mas servirá de medida protetiva necessária a assegurar condições de crescimento ideais para o filho. (2017a, p.259-260)

Como se nota, a destituição do poder familiar dos pais que pratiquem atos contrários à moral e aos bons costumes serve para proteger os filhos contra a influência nociva dos pais. A criança, afinal, é um ser em desenvolvimento (art. 6º, ECA), e a sua formação psíquica deve ocorrer num ambiente salutar.

O art. 19 do ECA consagrava expressamente o direito da criança e do adolescente de viver em ambiente livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. A Lei nº 13.257/2016 alterou a redação do *caput*, passando a prever o direito do menor de conviver num ambiente que garanta o desenvolvimento integral. Esta última redação é mais ampla e decerto contempla o direito a não conviver com pessoas viciadas em entorpecentes.

Considerando que o art. 4º, inc. II, alínea “c” da Lei nº 13.431/2017 positivou que constitui violência psicológica contra o filho menor expô-lo a crime violento contra membro da família ou da rede de apoio, sobretudo quando isso o converta em testemunha dos fatos, parece-nos fora de dúvida que a violência doméstica praticada contra a mãe (art. 7º, Lei nº 11.340/2006) na presença da prole também justifica a destituição do poder familiar do agressor, sobretudo quando ocorrer de forma reiterada. Não se pode negar que o ambiente familiar violento, que sujeita as crianças e adolescentes a presenciar recorrentemente a utilização de força física em detrimento da genitora, viola a moral e bons costumes, afetando a formação psíquica das crianças, além de corporificar ambiente que não garante o desenvolvimento integral (art. 19, *caput*, ECA).

Outrossim, o art. 1.638, inc. III, do CC engloba os abusos sexuais. O art. 227, §4º, da Constituição determina que a lei puna severamente o abuso, a violência e a exploração sexual de criança e adolescente. O Código Penal prevê, no art. 217-A, o delito de estupro de vulnerável, punível com até 15 anos de reclusão, bastando a prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos, não sendo sequer necessária a conjunção carnal. Os arts. 218 a 218-B do CP, bem como arts. 240 a 241-D e art. 244-A do ECA, também visam a proteger a integridade sexual de crianças e adolescentes.

Percebe-se, assim, um grande esforço do legislador para proteger crianças e adolescentes contra abusos de ordem sexual. A questão não enseja punição apenas na seara cível, mas também no campo penal, visando à proteção integral destes vulneráveis.

A quarta hipótese de destituição do poder familiar, segundo a lei cível, é o reiterado abuso de autoridade parental, quando os pais faltam aos deveres inerentes a tal *múnus* (arts. 1.637 c/c art. 1.638, IV, CC). Pune-se a repetição de condutas que poderiam ensejar, isoladamente, a medida mais branda de suspensão do poder familiar (GONÇALVES, 2017, p.610). Vale recordar que a suspensão pode ser decretada a partir de um único acontecimento, dispensando uma causa permanente, bastando que haja um justo receio de repetição futura, a acarretar risco para a segurança do menor (LÔBO, 2018, p.307).

Quando se percebe que a violação aos deveres ligados ao poder familiar ocorre de forma reiterada, nada obsta que o magistrado decrete a sua perda, como modo de salvaguardar a prole. Cremos dispensável, assim, que primeiro tenha sido decretada a suspensão para só depois ocorrer a destituição do poder familiar com base nesta hipótese. Havendo riscos concretos às crianças e adolescentes em razão do descumprimento reiterado dos deveres ligados ao poder parental, cabível a destituição com vistas ao superior interesse e à proteção integral dos filhos menores.

O termo “abusar de sua autoridade”, utilizado pelo legislador, deve ser lido em consonância com o art. 187 do CC, que prevê a figura do abuso de direito como ato ilícito sempre que o exercício do direito violar seu fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes. Destarte, mesmo que o genitor esteja exercendo algum poder-dever previsto no art. 1.634 do CC ou no art. 22 do ECA, se tal exercício contrariar a função social, a boa-fé e os bons costumes, surge o ato ilícito a justificar a suspensão ou a destituição do poder familiar (conforme o caso concreto).

Exemplificativamente, podemos pensar numa representação judicial (art. 1.634, inc. VII, CC) exercida em verdadeiro prejuízo da criança ou do adolescente, ou para satisfazer sentimentos pessoais do representante legal contra aquele inserido no polo passivo; ou ainda quando o genitor reclama a criança de guardiões de fato que não cederam à pressão para lhe conferir vantagens financeiras (art. 1.634, inc. VIII, CC); ou quando o genitor transforma o dever de obediência da criança em tirania, exigindo-lhe serviços domésticos que deveriam estar sendo prestados pelo próprio adulto (art. 1.634, inc. IX, CC).

A nosso ver, tratam-se de algumas hipóteses de abuso de direito ligado ao poder familiar, em que os poderes conferidos aos pais são deturpados no caso concreto, contrariando a sua função social, a boa-fé objetiva e os bons costumes. Em todos esses casos, há ato ilícito que pode ser sancionado até mesmo com a suspensão ou destituição do poder familiar, justamente porque os pais abusaram de sua autoridade (art. 1.637, *caput*, CC), em prejuízo dos filhos menores. Ainda que a atitude paterna ou materna pareça se adequar ao art. 1.634 do Código Civil, a ilicitude surge pela forma como foi exercido o poder, contrariando a *ratio* da autoridade parental, que deve sempre visar à proteção das crianças e adolescentes. Qualquer desvio no exercício deste complexo de direitos e deveres pode configurar o abuso de direito e, portanto, enquadrar-se no art. 1.637 do CC. Havendo reiteração destes abusos, justificável a perda do poder familiar.

Como lembra Kátia Maciel, pode incorrer no art. 1.638, IV, CC o pai ou mãe que for conivente com a violação de direitos da prole, perpetrada pelo seu cônjuge ou companheiro. O silêncio proposital do corresponsável impede a cessação da violação dos direitos do filho, a justificar a destituição do poder familiar (2017a, p.263).

Esta inação do corresponsável não pode ser subestimada, já que, sendo detentor do poder familiar, ele possui um dever legal de proteção dos filhos menores, o que o coloca numa posição de garante (art. 13, §2º, alínea “a”, CP). Como lembra Rogério Sanches da Cunha, tanto se mata uma criança por asfixia quanto por se deixar de socorrê-la quando o omitente tinha dever jurídico de impedir o evento morte, e em ambos os casos o crime será de homicídio (2014, p.202-204).

Isto é, aquele pai ou mãe que se omite propositalmente quando podia e devia agir para impedir a lesão aos direitos fundamentais do filho comete um crime omissivo impróprio, também respondendo pelo delito perpetrado pelo corresponsável. Daí por que não se pode minorar este comportamento omissivo do pai ou mãe conivente, a quem se atribui um dever de agir em prol do filho menor, mesmo quando isso significa se opor e denunciar as atitudes ao companheiro ou cônjuge.

A quinta hipótese de destituição do poder familiar prevista no Código Civil foi acrescentada pela Lei nº 13.509/2017. Trata-se da entrega de forma irregular do filho a terceiros para fins de adoção, sem a intervenção do judiciário e sem seguir a normatização legal para tal entrega (LÔBO, 2018, p.310). A norma tem evidente propósito de prestigiar o Cadastro de Adoção (art. 50, ECA) e o procedimento de entrega voluntária fixado no art. 19-A do ECA, além de proteger o interesse da criança ou adolescente, evitando que seja confiado a pessoas inidôneas.

Outra hipótese de destituição é a prática de crime doloso cometido contra a pessoa do filho (art. 92, inc. II, CP e art. 23, §2º, ECA), sendo indispensável que o juízo declare motivadamente a medida na sentença penal. O delito cometido precisa ser gravíssimo e causar prejuízos evidentes à criança vitimada, revelando que a condenação é incompatível com o exercício do poder familiar. Porém, a absolvição no juízo criminal não vincula o juízo da Infância, salvo quando reconhecer inexistência do fato ou a negativa de autoria, nos termos do art. 935, CC (MACIEL, 2017a, p.263-264).

Como se nota, as hipóteses de destituição do poder familiar são bastante abertas, sobretudo se considerarmos que o art. 24 do ECA prevê quando houver descumprimento injustificado dos deveres de sustento, guarda e educação. Existe uma ampla margem de liberdade para o juiz identificar os fatos que levam ao afastamento das funções parentais (DIAS, 2015, p.471). Com efeito, o rol de causas ensejadoras da destituição não deve ser considerado taxativo (*numerus clausus*), considerando a tendência do Direito Privado em entender as relações legais como exemplificativas (TARTUCE, 2013, p.1225-1226). Também é este o entendimento de Maria Berenice Dias, para quem as hipóteses de suspensão e destituição do poder familiar não são taxativas, mas meramente exemplificativas, devendo prevalecer em cada caso o interesse dos filhos (2015, p.472).

A perda do poder familiar é permanente, mas isso não significa que seja irreversível, porquanto se admite a recuperação em procedimento judicial de caráter contencioso, desde que fique comprovado que cessaram as causas que determinaram a destituição (GONÇALVES, 2017, p.614). Trata-se do restabelecimento do poder familiar, que deve contar com a inequívoca aceitação do filho quanto ao retorno para o convívio dos pais biológicos (MACIEL, 2017a, p.267).

Parte da doutrina entende que a perda do poder familiar abrange toda a prole, por significar um reconhecimento judicial de que o titular do poder familiar não está capacitado para o seu exercício (GONÇALVES, 2017, p.614; DIAS, 2015, p.474). Existe posicionamento divergente, no sentido de que a destituição só afeta a relação jurídica entre o genitor e o filho vitimado (MACIEL, 2017a, p.878), sendo esta a corrente que vem sendo aplicada pelo Judiciário, no qual são recorrentes as ações pedindo a perda do poder familiar apenas em relação a um ou alguns dos filhos menores dos réus.

5. A Destituição do Poder Familiar à Luz dos Princípios do Direito das Famílias

Ao passo que as famílias mudaram, também teve que se alterar o Direito, a fim de abarcar as mudanças sociais neste dinâmico setor da vida humana. De unidade econômica e de reprodução, a família passou a se voltar para a busca da realização pessoal dos seus membros, fincando alicerces sobre o afeto, a ética, a solidariedade entre os membros do grupo e a preservação da dignidade destes. A família, enfim, passa a se fundar no afeto, como um núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana, e assume um caráter instrumental, pelo qual se protege não a instituição em si, mas sim a dignidade da pessoa humana. Este arranjo social passa a ser visto como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 36-37).

Fala-se então numa família eudemonista, realçando o aspecto instrumental da entidade familiar e a sua importância enquanto comunhão de afetos. Sobressaem as funções afetivas da família, que se volta a realizar os interesses afetivos e existenciais dos seus integrantes (DIAS, 2015, p.53).

Com uma mudança tão radical de paradigmas, a família passou a ser regida por uma miríade de novos princípios, alguns deles positivados e outros implícitos no sistema jurídico. Esta principiologia revolucionou a forma de interpretar as regras consagradas no texto legal e também a forma como se viam os próprios casos concretos.

A base mais relevante para esta mudança é a consagração, na Constituição Federal, do supraprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Apesar de possuir uma difícil conceituação, compreende-se a partir deste princípio que, enquanto as coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. Por isso, não podem ser transformadas em instrumento para a ação alheia (PEREIRA, 2016, p.114-115). Daí se poder afirmar que “viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude, que coisifique ou objetive a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto” (LÔBO, 2018, p.56).

No âmbito do Direito das Famílias, a dignidade significa considerar e respeitar a autonomia dos sujeitos que compõem o núcleo familiar, bem como a sua liberdade (PEREIRA, 2016, p.121). Especificamente no que tange à criança, a Constituição Federal estabeleceu no art. 227 um *bill of rights*, sendo dever da família assegurar estes direitos fundamentais, que são oponíveis a cada membro da própria família (LÔBO, 2018, p.56). Vale transcrever as lapidares lições de Paulo Lôbo:

Atualmente, a família converteu-se em *locus* de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades. Dessa forma, os valores coletivos da família e os pessoais de cada membro devem buscar permanentemente o equilíbrio, “em clima de felicidade, amor e compreensão”, como enuncia a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. [...] A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, mas como instrumento de realização existencial de seus membros. (2018, p.57)

Igualmente, é reconhecida a existência de um Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente, consagrado no Artigo 3º da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças e no art. 100, p. único, inc. IV, do ECA. Em suma, os menores de 18 anos são considerados como sujeitos de direitos, gozando de uma proteção especial, inclusive com absoluta prioridade sobre os demais interesses envolvidos (PEREIRA, 2016, p.149):

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do interesse superior, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o referido princípio toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. Interesse superior ou melhor interesse não é o que o Julgador ou aplicador da lei entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como pessoa em desenvolvimento, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível. [...] Indispensável que todos os atores da área infanto-juvenil tenham claro para si que o destinatário final da sua atuação é a criança e o adolescente. Para eles é que se tem que trabalhar. É o direito deles que goza de proteção constitucional em primazia, ainda que colidente com o direito da própria família. (AMIN, 2017, p. 75-76)

Por não possuírem maturidade e ainda estarem formando a sua personalidade, estes seres em situação de natural vulnerabilidade ocupam uma posição especial dentro da família. Eles precisam de um adulto que exerça as funções materna ou paterna para conduzi-los, de forma saudável, para uma futura autonomia (PEREIRA, 2016, p.152). O melhor interesse deve ser apurado no caso concreto, sempre se indagando de que forma estarão resguardados os direitos fundamentais da criança ou adolescente, que preponderam inclusive sobre os interesses dos genitores.

Conforme assevera Sávio Bittencourt, somente é possível harmonizar o interesse da criança com interesses alheios quando isso não a expõe a risco ou lesão aos seus direitos:

Por este motivo, o único direito que se forma, realmente, é o de defesa do interesse da criança. Os interesses das demais pessoas, quando contrários ao da criança, não chegam a ser juridicamente protegidos, o que impede a formação de direitos subjetivos. São, no máximo, interesses legítimos, que sucumbem juridicamente diante de um interesse maior e prioritário, que é o da criança, principal sujeito de direitos das relações jurídicas que vivencia. (2013, p.48-49)

O art. 227, *caput*, CF assegura diversos direitos às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade. O artigo consagrou a Doutrina da Proteção Integral, reconhecendo que todas as crianças são sujeitos de direitos exigíveis, e não objeto da intervenção alheia.

À luz dos princípios acima, conclui-se pela necessidade de ler com ressalvas os arts. 39, §1º, 92, inc. II, 136, inc. XI, do ECA, entre outros artigos que preveem a necessidade de esgotar as tentativas para manter a criança junto à família natural. A criança e o adolescente possuem uma dignidade intrínseca e, por isso, não podem servir de objeto para os anseios alheios. Isto significa que a sua felicidade e o seu bem estar não podem ser sacrificados para preservar o interesse dos adultos.

Constatando-se que a família não exerce a sua função social de proteção dos filhos menores, não sendo um *locus* apropriado para o desenvolvimento da personalidade destes, é imperioso resguardar em primeiro lugar o interesse da criança e do adolescente. Independentemente das tragédias pessoais que possam assolar os adultos, a criança possui um valor próprio, titularizando direitos absolutamente prioritários e, por isso, ela não pode ser sacrificada por piedade de terceiros, nem mesmo dos próprios genitores.

Reintegrações familiares quando os pais evidentemente não reúnem condições de exercer os cuidados inerentes ao poder familiar, ou a manutenção das crianças e adolescentes em acolhimento institucional unicamente para tentar não sacrificar os pais adultos significam uma inversão das prioridades. A família não pode ser protegida por si mesma, já que se trata de um instrumento para a promoção das dignidades individuais dos seus membros. Quando esta função não é atendida, o Estado tem o

dever de proteger as crianças e adolescentes, garantindo o superior interesse destes, inclusive em detrimento dos pais. O que não se pode é tratar a criança como objeto, aguardando que os pais possam e queiram exercer adequadamente o poder familiar sobre ela, como se a certidão de nascimento representasse uma certidão de propriedade.

A ponderação é relevante, já que “embora os discursos digam que ela é o principal sujeito de direitos de suas relações, a criança é, muitas vezes, compreendida como uma coisa, propriedade da família biológica” (BITTENCOURT, 2013, p.12). E mais:

Já falamos antes em “coisificação” da criança. Na demora em se definir sua situação jurídica reside o aspecto mais cruel desta prática. Todas as chances são dadas a pessoas adultas e pouquíssimas à criança. A criança está em insegurança jurídica absoluta. É exatamente isso que ocorre quando para se destituir o poder familiar de uma mãe se espera em demasia e a mão covarde da condescendência permite que ela não se esforce para ter o filho em sua companhia. Para se romper o vínculo, exige-se segurança absoluta de que aquela pessoa não teria condições para criar. Mas para chegarmos a esta constatação, precisamos invariavelmente traumatizar a criança com anos de espera ou tentativas desastrosas de reintegração que geram novos e dilacerantes abandonos. Para a mãe segurança jurídica absoluta, para a criança a insegurança absoluta. Não é necessário, repita-se, julgar e condenar o adulto, que é reconhecidamente fruto de uma circunstância social injusta. O que não pode ocorrer é que, em função desse fato, se permita o padecimento da criança, que é o principal sujeito de direitos para a Constituição Federal, numa espécie de martírio solidário. Na dúvida, que se erre a favor da criança. [...] Vivemos ainda sob a égide da criança-objeto, propriedade mal disfarçada de sua família biológica que pode por diversas vezes sonegar direitos essenciais sob o beneplácito das autoridades públicas [...] Para esta família, em nome do princípio da proteção integral (!), garante-se toda a segurança jurídica, com a compreensão sem fim daqueles que justamente deviam evitar a institucionalização da criança. [...] Toda vez que se pretende dar a um determinado sujeito segurança jurídica absoluta, como é o caso da proteção integral não confessada da família biológica, se coloca outro sujeito na perversa situação de insegurança jurídica absoluta, como se encontra toda criança ou adolescente abrigado, com a certeza que não há certezas sobre o seu futuro [...] (BITTENCOURT, 2013, p.43-44).

O Direito das Famílias contemporâneo reconhece o valor jurídico do afeto, que é erigido a princípio, de modo que “sem afeto, não se pode dizer que há família. Ou seja, se falta o afeto, a família é uma desordem ou uma desestrutura” (PEREIRA,

2016, p.218). Não se está aqui retratando o mero sentimento, que é inapreensível para o Direito, mas sim uma dimensão objetiva, pela qual se valoram os fatos representativos tidos como relevantes para o ordenamento, os quais permitiriam presumir a afetividade (CALDERÓN, 2017b, p.145). Sob este aspecto, “a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles” (LÔBO, 2018, p.71).

A questão ganhou maior relevo após o julgamento do REsp 1159242 / SP pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, cujo voto reconheceu a existência de um dever legal de cuidado por parte dos pais. Como assentado naquele julgado, existe um dever legal de cuidado dos pais em relação à prole, independentemente do sentimento entre os envolvidos, o qual não é mensurável pelo Direito. Isto significa que, independentemente do real afeto que os pais nutram em relação aos filhos menores, incumbe-lhes garantir todos os direitos fundamentais destes, inclusive à convivência familiar e à assistência moral.

A questão está intimamente ligada ao princípio da parentalidade responsável, assentada nos arts. 226, §7º, 227, caput e 229 da Constituição Federal, assim como art. 100, p. único, IX, ECA. Significa que os pais devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham eles sido planejados ou não, observando todos os deveres criados para atender ao melhor interesse do filho, sobretudo aquele referente à convivência familiar (PEREIRA, 2016, p.251-252).

A paternidade responsável não se resume à assistência material. Muito pelo contrário, exige uma conduta de cuidado, independentemente do sentimento dos pais em relação àquele filho menor, até porque “a ausência desse sentimento não exclui a necessidade e obrigação de condutas paternas / maternas. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposta pelo Judiciário, presente ou não o sentimento” (PEREIRA, 2016, p.253). Inclusive, a ausência destes cuidados representa ilícito, passível de punição pelo Estado, seja por meio de indenização por danos morais, seja pela aplicação da multa do art. 249 do ECA, seja pela destituição do poder familiar.

O sentimento, manifestado por meio de atos concretos, sobrepõe-se aos laços formais e mesmo biológicos entre duas pessoas, devendo prevalecer a afetividade sobre a realidade genética. Admite-se, enfim, que se faça uso do sentimento, como aspecto natural a todo ser humano, assumindo relevo o aspecto sociológico da filiação, o qual, aliado ao afeto, sobrepõe-se ao vínculo biológico, sobretudo quando presente o superior interesse da criança (COLTRO, 2017, p.94-95).

A verdadeira paternidade assume um aspecto social, sendo certo que o dever de cuidado está implícito na Constituição Federal. Em suma, “o dever de cuidado nas relações familiares pode ser entendido como o conjunto de atos que devem ser praticados pelos integrantes da família para proteção daqueles que são suscetíveis de vulneração, em razão de circunstâncias individuais” (BARBOZA, 2017, p.184).

O descumprimento do dever de cuidado permite entrever a ausência do afeto, já que o cuidado é elemento robusto para comprovar a existência do vínculo afetivo

(BARBOZA, 2017, p.186). Como ensina Calderón, judicialmente deve-se atentar para atividades exteriorizadoras de afeto (afetividade), já que o sentimento anímico em si é inapreensível pelo sistema jurídico (2017a, p.516).

Outro valor que atualmente ganha relevo no cenário das famílias é a boa-fé objetiva, cujo fundamento é um dever de confiança no outro, ligada a uma ideia de lealdade e respeito à expectativa alheia. O exercício irregular de um direito gera a quebra da confiança e frustra legítimas expectativas (DIAS, 2015, p.59). Entre as suas várias facetas, está a proibição do comportamento contraditório, a qual impede que uma das partes da relação jurídica adote determinada postura e depois aja de forma diametralmente oposta, frustrando expectativas legítimas quanto à continuidade daquela primeira postura.

Apesar de ter nascido no campo das obrigações, a boa-fé objetiva se alastrou por todas as relações jurídicas, não se podendo negar a sua incidência nas relações familiares, inclusive nos aspectos existenciais. A boa-fé acarreta o dever das partes de se pautarem com honestidade, lealdade e cooperação, e, especificamente no campo das relações existenciais, materializa-se no afeto (DIAS, 2015, p.60).

Como se nota, a família moderna tem novos paradigmas, valorizando as relações afetivas, o cuidado, a proteção aos vulneráveis e a lealdade dos seus integrantes. Estes novos valores podem e devem servir de norte para as destituições do poder familiar.

É certo que o art. 1.638 do Código Civil e o art. 24 do ECA, em leitura conjunta, já trazem um rol bem aberto de hipóteses para a destituição. A interpretação daquelas causas deve sempre se pautar pelos princípios acima listados, entre diversos outros que regem as relações familiares.

Deve-se sempre indagar a forma de conferir uma proteção integral à criança, lembrando que ela é sujeito prioritário de direitos, que prevalecem inclusive sobre as expectativas dos adultos. A criança é ser dotado de dignidade, o que impede a sua coisificação, não podendo a sua felicidade ser sacrificada em prol do bem estar alheio, nem para esperar que os adultos resolvam os seus problemas pessoais. A vida da criança, enfim, deve ser decidida segundo o que seja melhor para ela.

Ao interpretar as hipóteses de destituição, deve-se sempre indagar a existência de laços afetivos. Como não cabe ao Direito adentrar na subjetividade dos sujeitos, sendo o amor um sentimento não apreensível por tal ciência, a afetividade será concluída a partir de exteriorizações, especialmente por meio de atos de cuidado. Não basta que o detentor do poder familiar afirme a existência do sentimento, que por si só não é aferível juridicamente. É preciso que ele adote medidas de cuidado e proteção, estas sim capazes de demonstrar a afetividade de modo objetivo. Havendo afetividade objetiva, pode não ser caso de destituição, mas de proteger o núcleo familiar por meio de outras medidas previstas no ECA. Já se ausentes os atos de cuidado, o mero discurso dos genitores no sentido de que nutrem sentimentos pela criança não basta para impedir a destituição.

Da mesma forma, deve-se exigir uma conduta leal e coerente do genitor em relação à criança, sobressaindo a importância da boa-fé objetiva. Aquele que num

momento diz que deseja exercer o cuidado, mas logo em seguida adota posturas totalmente incompatíveis que frustram as expectativas da criança, gerando-lhe sofrimento psíquico, não merece proteção do ordenamento.

A família deve sempre ser um *locus* para o afeto e para o desenvolvimento da personalidade dos seus membros. A despeito das dificuldades materiais que esta família possa enfrentar, deve-se perquirir se ela preserva a dignidade dos seus integrantes. Se, apesar de alguma limitação financeira ou social, esta família é local de amor e parceria, favorecendo a formação individual das crianças, decerto não é caso de promover uma destituição do poder familiar, mas de investir na promoção social dos seus membros. Mas se a família não consegue exercer, na prática, qualquer de suas funções sociais, não trazendo felicidade, desenvolvimento pessoal e nem dignidade para as suas crianças, é descabido protegê-la unicamente pelos laços biológicos, como se a instituição em si fosse o mais relevante. É poder-dever do Estado intervir para a proteção dos vulneráveis. A certidão de nascimento não pode significar uma certidão de propriedade, numa espécie de fatalismo em que a criança que nasce numa família problemática deve aceitar o seu próprio destino naquele ambiente.

Entre as aplicações práticas dos princípios acima, gostaríamos de citar três exemplos. O primeiro deles é o caso em que os pais não conseguem promover todos os cuidados necessários para a prole e, por isso, as crianças vão para acolhimento institucional. As equipes técnicas promovem esforços para estruturar a família, mas os pais passam à condição de meros visitantes e se acomodam com isso. A criança possui um direito fundamental à convivência familiar (art. 227, *caput*, CF c/c arts. 4º, *caput*, e 19 do ECA), que está sendo violado dia após dia, enquanto ela permanece na instituição.

A permanência prolongada em instituições de acolhimento gera efeitos nefastos para a personalidade da criança. Ali, sua memória se perde no tempo, assim como se perde a identidade narrativa (CARVALHO, 2017, p.373), podendo gerar uma série de distúrbios psiquiátricos (MACIEL, 2017b, p.215-217). A criança cresce e se forma psicologicamente num ambiente coletivo, em prejuízo à sua autoestima e à formação da sua personalidade (BITTENCOURT, 2013, p.08), de modo que a violação do direito à convivência familiar traz consigo danos colaterais que serão suportados pela criança ao longo de toda a sua vida.

Por outro lado, à medida que o tempo passa, vão se esvaindo as possibilidades de a criança ser inserida em família substituta. O tempo da criança e do adulto são inteiramente diferentes, e o período que poderia ser curto para o adulto se torna determinante na vida da criança abrigada, que vai perdendo pouco a pouco as suas chances de uma inserção familiar, depositada numa instituição impessoal e a ali esquecida, como um ser invisível.

Assim, ainda que os pais visitem os filhos na instituição de acolhimento, cremos imprescindível a destituição do poder familiar quando não ficar demonstrado que aqueles efetivamente estão se esforçando para, a curto prazo, passarem a exercer os cuidados sobre a criança. Porque esta é dotada de dignidade, não pode ficar num abrigo aguardando a recuperação alheia. Não se sacrifica a felicidade e convivência familiar

deste sujeito prioritário de direitos, revitimizando-o, para a proteção dos adultos envolvidos. A família deve ser um *locus* privilegiado de dignidade e desenvolvimento para a criança, uma referência de afetividade e cuidado, e os pais que não se mobilizam para exercer tal papel devem ser destituídos do poder familiar.

O acolhimento é uma medida meramente temporária (art. 19, §§ 1º e 2º, ECA), de modo que a preferência da reintegração familiar não pode significar a permanência indefinida da criança no abrigo. É sob esta perspectiva que devem ser interpretados os arts. 39, §1º, e 92, II, e 136, XI, e 100, p. único, X, ECA, que preveem um esgotamento das tentativas de manter a criança e o adolescente na família de origem e a prevalência da família biológica.

Deixe-se claro: a prioridade é da família biológica, porque, em regra, esta exerce adequadamente as suas funções. Presume-se que os pais cuidam adequadamente dos filhos, porque esta é a realidade de grande parte das famílias. Verificando-se que esta família não cumpre a sua função social, sobretudo quando a criança está depositada num abrigo sem perspectivas sérias de uma reintegração familiar breve, segura e bem sucedida, é descabido sacrificar o bem estar da criança para dar novas chances aos parentes consanguíneos.

Uma segunda aplicação dos princípios em tela seria no caso em que a própria genitora “doa” a criança para algum conhecido, em grande parte das vezes desaparecendo depois disso, sem exercer qualquer direito ou dever ligado à autoridade parental por anos. Esta criança permanece com os guardiões de fato, passando a tê-los como referência de pai e mãe, chamando os filhos destes de irmãos e sentindo-se parte integrante da nova família.

Se estes guardiões de fato posteriormente resolvem regularizar a situação movendo uma Ação de Destituição do Poder Familiar c/c Adoção, não nos parece possível que a genitora recuse o pleito. Além da função social, da afetividade e do cuidado, aqui se tem a incidência da boa-fé objetiva, que não pode ser separada das relações familiares.

Ora, foi uma conduta anterior da genitora que propiciou o nascimento da afetividade e a formação da nova família. O art. 226, *caput*, da CF é uma norma de inclusão, albergando todos os tipos familiares, sem distinção. A socioafetividade é forma de filiação que goza de proteção legal (art. 1.593, CC e Enunciados nº 103, 108, 256, 339 CJF) e, como todos os filhos são iguais (art. 227, §6º, CF, art. 1.596, CC e art. 20, ECA), não se pode diminuir o valor desta filiação formada no mundo dos fatos.

Não se olvide que, apesar de ser reconhecida a possibilidade de multiparentalidade (RE 898060/SC), esta só é admissível quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambas as paternidades. Se a criança não se identifica com os pais biológicos e não deseja o contato com os mesmos, ou quando se verifica que representam ameaça ao menor, descabe a fixação da multiparentalidade.

Quando o detentor do poder familiar se torna um verdadeiro estranho para a criança, a qual adota como referencial familiar terceiras pessoas para as quais foi entregue por gesto livre e espontâneo dos genitores, a recusa à adoção em

momento posterior constitui um *venire contra factum proprium*. Se os direitos e deveres inerentes à autoridade parental não foram exercidos por vontade livre dos pais biológicos, que permitiram o nascimento de uma nova família afetiva para aquela criança, é contraditória, destituída de boa-fé objetiva e, portanto, ilícita (art. 187, CC) a recusa da adoção, que serve unicamente para manter o nome formal dos genitores ausentes na certidão da criança. Neste caso, a falta de cuidados e de convivência é que esvaziaram a relação com os pais biológicos, e a sentença que reconhece a destituição e adoção nada mais faz senão regularizar a situação da criança, emprestando efeitos jurídicos a uma família formada no mundo dos fatos.

Uma terceira aplicação dos princípios ocorre quando algum dos pais, que está sendo destituído do poder familiar, é pessoa que sofre de uma doença mental. Se fosse a destituição unicamente uma sanção, seria forçoso reconhecer que ela não poderia ser decretada contra aquele que não reúne condições para compreender os fatos ou se reger segundo tal entendimento. Afinal, a doença mental exclui até mesmo a imputabilidade penal (art. 26, CP) e, se fosse a destituição do poder familiar apenas uma sanção civil, com maior razão não poderia ser usada para sancionar o desprovido de entendimento.

Quando se percebe que a destituição, mais do que uma sanção, é uma medida de proteção à criança e adolescente, na condição de sujeito de direitos prioritários, aí sim se conclui que é viável a perda do poder familiar quando, por qualquer razão, surgir a situação de risco. Se a doença mental dos pais fizer com que a criança vivencie uma situação de desproteção, inviabilizando a convivência familiar segura, cabe a destituição. Porque a criança é dotada de dignidade e não pode ser tratada como objeto dos anseios alheios, conclui-se que os direitos fundamentais do filho menor não poderão ser sacrificados para preservar o adulto, ainda que deficiente. Se a doença é contornável, se existe afetividade e algum modo de prestar os cuidados, decerto não é caso da destituição. Mas se a doença dos pais expuser a criança a risco, numa situação de indignidade e insegurança, deve-se encarar a destituição do poder familiar e a inserção em família substituta como formas de proteção – e não como sanção civil dos pais.

O mesmo se diga quando os pais forem menores de idade. Embora haja divergência sobre a possibilidade de destituir os pais adolescentes do poder familiar (MACIEL, 2017a, p.854-856), tal destituição será possível quando se mostrar como única forma de proteger a criança em questão. É a conclusão que se extrai não apenas de uma ponderação de interesses, mas também da constatação de que o bebê também é sujeito prioritário de direitos, não passível de ser tratado como objeto dos interesses alheios, de modo que a condição pessoal dos genitores, ainda que menores de idade, não pode significar o sacrifício dos direitos fundamentais da respectiva prole.

6. Breves Notas sobre a Ação de Destituição do Poder Familiar (ADPF)

A ADPF é regulada entre os arts. 155 e 163 do ECA, sendo de competência da Vara da Infância e da Juventude quando houver situação de risco (art. 148, p. único, “b”, ECA) ou quando estiver cumulada com a adoção (art. 148, III, ECA). A competência

territorial observará o art. 147 do ECA. A legitimidade ativa é não apenas do Ministério Público, mas de quem tenha legítimo interesse. Caso não seja o MP o autor da ação, deverá ele atuar como fiscal da ordem jurídica.

Admite-se a decretação liminar da suspensão do poder familiar, como forma de resguardar a criança durante o trâmite processual. Para tanto, exige-se a existência de um motivo grave. Também se admite o afastamento do agressor da moradia comum, com fixação de alimentos para o filho menor (art. 130, ECA), ou mesmo a suspensão de visitas dos genitores.

Ao ter contato com a petição inicial, o magistrado determinará a realização de estudo psicossocial, de modo a averiguar a situação da criança e do núcleo familiar. O detentor do poder familiar será citado para oferecer uma resposta escrita no prazo de 10 dias, sendo a citação, como regra, pessoal. Apesar de o art. 158, §1º, ECA exigir o esgotamento das tentativas de citação pessoal, admite-se a citação por hora certa (§3º) e a citação por edital dos pais com paradeiro incerto ou não sabido, mediante publicação única, dispensando-se os ofícios para a localização².

Admite-se a produção probatória, inclusive com oitiva de testemunha e dos réus. Sendo possível, ouve-se a criança, sobretudo quando o pedido importar a modificação da guarda e/ou inserção em família substituta, respeitado o estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as consequências da medida (arts. 28, §1º, 161, §3º, 100, inc. XII, e 168, ECA). Percebendo que há notória inviabilidade de reintegração familiar, o juiz deve desde já preparar o menor para colocação em família substituta, a fim de minorar os impactos da medida ou o risco de insucesso.

Dispensa-se a nomeação de curador especial para a criança quando o Ministério Público tiver proposto a ação, no papel de legitimado extraordinário. O entendimento já havia sido consagrado no STJ e foi posteriormente positivado no art. 162, §4º, ECA.

O prazo máximo para encerramento da ADPF é de 120 dias. Aos processos da Infância, no geral, é assegurada a prioridade absoluta de tramitação (art. 152, §1º, ECA c/c art. 1.048, II, CPC). O Provimento nº 36 do CNJ prevê punições para o retardamento injustificado deste processo.

A sentença que decretar a perda do poder familiar é anotada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente. Não se extinguem os vínculos de parentesco, nem os genitores são retirados da certidão de nascimento. Tão somente cessa o poder familiar e, para dar publicidade a esta circunstância, é averbada a informação no registro de nascimento. A retirada do nome dos pais da certidão somente ocorre em caso de adoção (art. 41, ECA).

Eventual recurso contra a sentença independe de preparo, terá preferência de julgamento e dispensará revisor, devendo ser imediatamente distribuído (arts. 198,

² O art. 125, §4º, ECA foi alterado pela Lei nº 13.509/2017. Embora a novidade exija cautela, coaduna-se com uma interpretação sistemática que alguns aplicadores já vinham fazendo, já que a ADPF possui um prazo exíguo para ser encerrada, visando a definir a situação jurídica e familiar da criança. A Súmula nº 292 do TJRJ já dispensava a expedição de ofícios para a citação por edital.

I e III c/c 199-C, ECA). O prazo recursal será de 10 dias (exceto no caso de embargos de declaração), que será contado em dias corridos e, para o Ministério Público, não será em dobro (arts. 198, II c/c 152, §2º, ECA). O recurso será recebido apenas no efeito devolutivo (art. 199-B, ECA), de modo que a sentença produz efeitos desde logo.

7. Conclusões

Visando à proteção do filho menor, são conferidos aos pais diversos direitos e deveres em relação à pessoa e aos bens de suas crianças e adolescentes. Presume-se que tais direitos e deveres serão exercidos em benefício da prole. No entanto, a realidade demonstra que alguns pais não são capazes de assegurar os direitos fundamentais dos filhos menores. Ao contrário, por vezes tornam-se os seus grandes algozes, praticando severas violações aos direitos destes indivíduos em formação.

Para estas hipóteses excepcionais, tanto o Código Civil (art. 1.638) quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 24 e 129, inc. X) preveem a perda do poder familiar. O rol contido nestes dispositivos legais não deve ser considerado taxativo, nem deve receber uma interpretação restritiva.

É imperioso um diálogo das fontes, pelo qual ECA e Código Civil conversem entre si e com a própria Constituição Federal, permitindo que a leitura constitucionalizada das famílias modernas influencie as causas da destituição. A família deixou de ser protegida como instituição e, atualmente, é reconhecida como um local privilegiado para o desenvolvimento da dignidade e da personalidade dos seus componentes. Trata-se, enfim, de um local de afeto. Os membros da família assumem deveres recíprocos, devendo observar a solidariedade, o respeito e a lealdade entre si. Ao Estado cabe não apenas respeitar a família, mas também proteger os seus membros vulneráveis quando os seus direitos fundamentais sejam violados pelos demais.

A criança e o adolescente possuem uma prioridade absoluta, inclusive em face dos adultos componentes da família. Além disso, são dotados de uma dignidade intrínseca, impedindo que sejam tratados como objeto de satisfação dos anseios alheios. As questões relevantes da sua vida devem ser decididas para proteção da própria criança, sempre buscando a sua proteção integral.

Diante de toda esta mudança de paradigmas nas famílias, percebe-se que a destituição do poder familiar não é apenas uma sanção estatal para os pais faltosos, mas principalmente um meio de proteção da criança e do adolescente. Em suma, ela viabiliza que estes seres vulneráveis sejam retirados de entidades familiares que não cumprem o seu papel de proteção e cuidado. Por vezes, a destituição é caminho inevitável para consagrar o direito à convivência familiar, inserindo o menor de idade numa família substituta por meio de adoção.

Sobretudo quando se trata de crianças acolhidas, a destituição do poder familiar dos pais faltosos pode se tornar medida indispensável de proteção, evitando que a convivência familiar seja sacrificada e o menor perca toda a sua infância num ambiente impessoal. Apesar de a lei prever uma prioridade da família de origem e

a necessidade de esgotar os meios de manutenção e/ou reintegração da criança junto aos genitores, a previsão legal deve ser lida em consonância com os deveres de cuidado, afeto, dignidade, solidariedade, boa-fé e absoluta prioridade da criança, impedindo que preciosos anos da infância sejam perdidos enquanto se aguardam as tentativas de cura das mazelas adultas. Ou seja, a prioridade da família natural não pode significar o esgotamento das chances da criança de conviver em alguma família. O tempo corre sempre contra a criança acolhida e, por isso, os atores da Infância precisam ter pressa, sempre focando nos interesses do menor de idade e não dos pais.

Referências

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARBOZA, Heloísa Helena. O perfil jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Cuidado e afetividade: projeto Brasil / Portugal – 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017.

BITTENCOURT, Sávio. *A nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2013.

_____. *Nino e a casa dos meninos invisíveis*. Rio de Janeiro: SRB Estudos, 2014.

CALDERÓN, Ricardo. Afetividade e cuidado sob as lentes do Direito. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Cuidado e afetividade: projeto Brasil / Portugal – 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARVALHO, Márcia Lopes. O cuidado, a afetividade e a alienação parental em instituição de acolhimento. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Cuidado e afetividade: projeto Brasil / Portugal – 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Cuidado e afetividade: uma análise do art. 1.593 do Código Civil e seu conteúdo. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Cuidado e afetividade: projeto Brasil / Portugal – 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas*: quantidade de acolhidos por idade. Disponível em: <www.cnj.jus.br/cnca/publico/>. Acesso em: 20 jun. 2018.

_____. *Cadastro Nacional de Adoção*: relatório de dados estatístico. Disponível em: <www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*: Parte geral. Salvador: Ed. Juspodivm, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 9ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil, 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

IBDFAM. Crianças invisíveis: por que elas estão depositadas, esquecidas em abrigos brasileiros? *Revista Brasileira do Direito de Família*. Edição 31, fev./mar. 2017.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: volume 5: famílias*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: _____. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Ação de suspensão e de destituição do poder familiar*. In: _____. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Reflexões sobre as referências afetivas da criança e do adolescente institucionalizados a partir de sua própria narrativa. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Cuidado e afetividade: projeto Brasil / Portugal – 2016-2017*. São Paulo: Atlas, 2017.

MACHADO, Rafael. Direito da criança e do adolescente. In: ANDRADE, Adriano *et al.* *Interesses difusos e coletivos*, volume 2. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, nº 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/sancoes-decorrentes-da-irresponsabilidade-parental/>>. Data de acesso: 10 jul. 18

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*, volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

O Consenso Processual Penal Analisado a partir de Hipóteses Negociais Colombianas

Rodrigo da Silva Brandalise*

Sumário

1. Introdução. 2. A *Suspensión del Procedimiento a Prueba* como um Fenômeno de Diversificação Processual Penal. 3. Outras Formas de Consenso a partir dos *Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o Acusado*. 3.1. Os *Preacuerdos desde la Audiencia de Formulación de Imputación*. 3.2. Os *Preacuerdos Posteriores a la Presentación de la Acusación*. 4. O que se Objetiva com a Inclusão dos Consensos dentro do Processo Penal Colombiano? 5. Conclusão.

1. Introdução

Cada vez mais, observamos movimentos no campo do processo penal para a expansão dos consensos como forma de sua resolução, esteja, ou não, a se discutir a culpa daquele que é acusado ou imputado. Por exemplo, no Brasil, há três situações que permitem que a vontade daquele que acusa e a daquele que é perseguido criminalmente resolvam o conflito penal, sem discussão da culpa, conhecidas como conciliação civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

A utilização dos consensos como forma de resolução da persecução sem exame da culpa não causa maiores problemas, na medida em que é louvada por sua iniciativa de não estigmatizar alguém com a condenação e, ao mesmo tempo, por apresentar uma forma de resposta à vítima e à sociedade.

A discussão doutrinária mais candente sobre o tema está nas hipóteses em que os países optam pela possibilidade de usar o consenso como forma não apenas de resposta, mas de definição da culpa do investigado/acusado. Não obstante estas discussões, também existe uma sedimentação de sua aplicabilidade. Podem ser indicadas três possibilidades bem delineadas sobre o assunto: o *guilty plea* americano, o *Absprachen* alemão e o *patteggiamento* italiano. O Brasil, até o presente momento, não possui procedimento semelhante.

No contexto colombiano, é possível apresentar a existência de modalidades consensuais. Uma delas, definida como *suspensión del procedimiento a prueba* (arts. 325 e 326 do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*). Ainda, os *preacuerdos y negociaciones entre la fiscalia y el imputado o acusado* (arts. 348 a 354 do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*), sem prejuízo de outras previsões.

* Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Professor e Palestrante da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Assim, por sua relevância, cabe fazer uma apreciação acerca do consenso em processo penal a partir das previsões consensuais colombianas, especialmente buscando pontos de aproximação e/ou de diferenciação com outros modelos de referência em direito estrangeiro que já consagraram os consensos no processo penal. Busca-se, assim, auxiliar na sua compreensão, inclusive para reflexos em outros países da América do Sul.

2. A *Suspensión del Procedimiento a Prueba* como um Fenômeno de Diversificação Processual Penal

Como apontado na introdução, o fenômeno do consenso em processo penal pode, ou não, resultar no exame da culpa do acusado. Quanto à ausência de discussão de culpa, o processo penal colombiano apresenta a chamada *suspensión del procedimiento a prueba*.

Por ela, o imputado poderá solicitar a suspensão do procedimento mediante solicitação oral com a manifestação de um plano de reparação do dano e das condições que estaria disposto a cumprir (art. 325 do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*). Conforme o mesmo artigo, o plano poderá consistir ou na mediação¹ com as vítimas, ou na reparação integral dos danos causados, ou em uma reparação definida como simbólica, em uso da justiça restaurativa.²

Uma vez apresentada a solicitação, o Fiscal consultará a vítima e, na hipótese de concordância dela, fixará as condições pelas quais haverá a suspensão do procedimento.³ Ainda, aprovará ou modificará o plano, conforme os princípios de justiça restaurativa previstos no Código. Caso haja revogação da suspensão com o seguimento regular do procedimento, a admissão dos fatos havida pelo imputado para fins de suspensão não poderá ser usada contra ele (art. 325 do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*).⁴

Cumprido considerar que a justiça restaurativa tem, como princípio fundamental, a participação de todas as partes no processo de resolução do conflito, não sendo

¹ Nos termos da lei processual colombiana: "*Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta. La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón*" (art. 523 do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*).

² De acordo com o art. 518 do Código, "*se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador. Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad*".

³ De ser salientado que deverão conter obrigações proporcionais e razoáveis com o dano causado (art. 519, 2, do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*).

⁴ Ao regular a justiça restaurativa, o legislador colombiano assim estabeleceu no Código, art. 519, 3: "*La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores*".

possível falar dela se a vítima não participa de sua realização.⁵ Importante considerar que ela se vale de conceitos que estão presentes na justiça tradicional, como responsabilidade, reinserção, devolução da confiança no sistema, reafirmação da norma e proteção futura de bens jurídicos.⁶

Ao prever a justiça restaurativa, o Código apresenta, como regra geral, que ela se rege pelo consentimento livre e voluntário da vítima e do imputado em submeter o conflito a um processo restaurativo, com a possibilidade de retirarem este consentimento em qualquer momento da atuação (art. 519, 1, do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*).⁷

O plano não poderá ter prazo superior a 3 anos, também conhecido como período de prova, e será definido pelo Fiscal com as condições inscritas no art. 326, parágrafo, do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*.⁸ Assim, a mediação se legitima a partir da compreensão de que seus mecanismos informais de resolução do conflito atendem aos interesses da vítima com a consequente reafirmação da prevenção do crime e do controle social.⁹

Uma vez cumpridas as condições e escoado o período de prova, o Fiscal ordenará o arquivamento definitivo da acusação (art. 326, parágrafo, do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*)¹⁰. Como se nota, não há participação judicial nesta hipótese, pelo que fica evidente que não há qualquer discussão sobre a culpa.

Quando o consenso não resulta no exame da culpa, a doutrina costuma definir essa situação como *diversificação*. A diversificação (*diversion*)¹¹ caracteriza-se por ser uma forma de resolução dos conflitos processuais penais em que há a retirada de

⁵ GALAIN PALERMO, Pablo. *Justicia Restaurativa y Sistema Penal*. Cambio de paradigma o nuevas herramientas de la Justicia Penal (Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2016), 25.

⁶ GALAIN PALERMO, Pablo. *Justicia Restaurativa y Sistema Penal*, 214.

⁷ De ser dito que o Código também admite a suspensão como forma de decisão quanto ao exercício da ação penal em respeito ao princípio da oportunidade (art. 325, parágrafo, do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*).

⁸ São condições previstas no mesmo artigo: “1. Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo; 2. Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas; 3. Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad; 4. Someterse a un tratamiento médico o psicológico; 5. No poseer o portar armas de fuego; 6. No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves; 7. La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley; 8. La realización de actividades en favor de la recuperación de las víctimas; 9. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento; 10. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa; 11. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social; 12. La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales”. Ainda: “durante el período de prueba el imputado deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad”.

⁹ GALAIN PALERMO, Pablo. *Justicia Restaurativa y Sistema Penal*, 207.

¹⁰ Esta modalidade de arquivamento determinada pelo Fiscal, sem a participação judicial, encontra similitude com a mediação penal de adultos em Portugal, onde também o Ministério Público é o responsável pela finalização de um processo criminal (Lei portuguesa nº 21/07, art. 5º, nº 5).

¹¹ A doutrina portuguesa traduziu como *diversão*. Por exemplo: COSTA, José de Faria. *Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?* (Coimbra: Almedina, 1986). Usa-se o termo *diversificação* para evitar-se eventual confusão de termos com a língua espanhola.

acusações ou a descontinuidade delas com a presença de advertências ou imposição de condições a serem cumpridas pelo acusado, com a necessária observância de regras e condições estabelecidas em lei.¹²

É a diversificação, portanto, uma consequência da adequação entre a gravidade do crime e as formas complexas de sua persecução, com a diferenciação de ritos, de maneira que a desigualdade processual aplicada à desigualdade dos fatos realize, ao final, a concretude do princípio da igualdade material na existência da resposta estatal.¹³

É possível classificá-la¹⁴ em *diversão simples*, quando ocorre o arquivamento do processo sem qualquer imposição ao acusado, na medida em que a persecução penal é absolutamente inócua, conforme razões de política criminal estabelecidas em determinado Estado, mesmo que estejam presentes indícios de autoria e elementos de materialidade do crime (por exemplo, como se observa do §153 StPO e do artigo 280º do Código de Processo Penal português)¹⁵; em *diversão encoberta*, que estabelece a extinção da punibilidade a partir da determinação de atos ao autor do fato, como quando há alguma previsão em tal sentido se houver a indenização da vítima em conciliação, p. ex.;¹⁶ em *diversão com intervenção*, quando há a determinação de condições ao acusado conforme previsão legal (como se lê da *suspensión condicional del procedimiento* prevista no Código de Processo Penal do Paraguai, art. 21; §153a StPO alemão; do artigo 281º do Código de Processo Penal português, e dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo previstos no sistema brasileiro).

Por fim, a doutrina define haver hipóteses de diversão com repreensão num processo de mediação, já que há a presença de um árbitro para encontro de uma solução conciliatória.¹⁷ É nesta forma que se enquadra a *suspensión del procedimiento a prueba*, como visto neste tópico anteriormente.

¹² THAMAN, Stephen C. A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial, en: *World plea bargaining*. Director: THAMAN, Stephen C. Durham: Carolina Academic Press, 2010: 332-333.

¹³ FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001: 135-136.

¹⁴ TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000: 121-122; COSTA, Faria. *Diversão*: 21-24.

¹⁵ Faria Costa afirma que a diversão simples é que a melhor se conjuga com a noção de oportunidade (COSTA, Faria. *Diversão*, p. 22). Sobre isto, cita-se o caso do princípio da oportunidade colombiano: “La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad. El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías” (art. 323 do Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004). As causas de aplicação da oportunidade estão descritas no art. 324.

¹⁶ Como na hipótese da chamada *conciliación en los delitos querellables*: “La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal” (art. 522 do Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004).

¹⁷ TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal*: 122. Não por acaso: “los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto” (art. 519, 5, do Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004).

3. Outras Formas de Consenso a partir dos *Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o Acusado*

Consoante se percebe, a diversificação não envolve a sentença criminal em si.

Pode-se dizer que o consenso sobre a sentença criminal diz respeito a um acordo entre a acusação e a defesa, mesmo que ausente uma efetiva participação judicial para seu resultado final. Neste caso, há concessões recíprocas, com o objetivo de buscar-se a declaração de culpa do acusado ou a declaração de que não haverá a contestação da acusação. Ao final do acordo, haverá a aplicação de uma condenação mais leniente do que aquela que poderia ocorrer caso o processo seguisse convencional andamento e condenação.¹⁸

Quanto a esta, os consensos sobre a sentença criminal podem acontecer pela declaração de culpa do acusado (como no *guilty plea* americano, mote do *plea bargaining*) ou pela declaração de que não haverá a contestação da acusação (*nolo contendere*, instituto também americano).¹⁹

Da mesma forma, podem ser referidas as situações que decorrem das chamadas ordens penais e dos procedimentos abreviados.

As ordens penais consistem na apresentação escrita da acusação, acompanhada de requerimento de aplicação de uma determinada punição, ao juiz. Caso o juiz o aceite, é conferido prazo para o acusado responder e/ou objetar a proposta. Se o réu apresentar objeção, o processo tem convencional andamento. Se expressar aceitação, o requerimento transformar-se-á em condenação.²⁰

Já nos procedimentos abreviados,²¹ o acusado prefere ser julgado com base no material então coletado na investigação preliminar, com um desconto de pena ou a fixação de uma pena mais abrandada em relação à inicialmente prevista. Também há a possibilidade de o imputado fazer algum requerimento para manifestação, bem como de o julgador determinar alguma diligência probatória. Percebe-se, pois, que há mais a intenção de encurtar o andamento processual, sem que o acusado, com isto, esteja submetido à condenação por tal opção (permanece a possibilidade de absolvição).

¹⁸ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. (Coimbra: Almedina, 2007), 26.

¹⁹ A nota distintiva entre elas reside na consequência de que a primeira produzirá efeitos no juízo cível, enquanto a segunda, não, razão pela qual é mais comum nos crimes econômicos, porque se limita a não contestar a ação, sem realização de confissão sobre os fatos (RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezedo. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*. Granada: Comares, 1996: 67). Conforme explicitado na *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11*, em sua integralidade, pode ser alegada, pelo acusado, sua ausência de culpa (*not guilty*), sua culpa (*guilty*) ou, quando cabível e aceito pela Corte, *nolo contendere*. Doutra banda, a alegação de *nolo contendere* exige que haja uma apreciação do interesse público na devida administração da justiça antes que seja aceita pelo juízo e pelas partes [*Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11(a)(3)*].

²⁰ THAMAN, C. *A typology of consensual criminal procedures*: 339-342. De ser apontado que os casos de ordens penais não se caracterizam como negociação de sentença criminal em forma de *guilty plea*. Isto porque são necessárias duas ratificações: a do juízo, quanto ao recebimento da acusação e da pena sugerida; e da defesa, que deve aceitar os termos sugeridos, após um juízo de valor quanto à pena proposta em face de um crime previamente definido (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada*. Curitiba: Juruá, 2016: 26).

²¹ THAMAN C. *A typology of consensual criminal procedures*, 380-382.

Assim, importante verificar as exigências e o procedimento estabelecido para os *preacuerdos* colombianos.

3.1. Os *Preacuerdos desde la Audiencia de Formulación de Imputación*

Conforme o *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, arts. 350 e 351, uma das modalidades de *preacuerdo* é aquela que acontece desde a audiência de formulação da imputação.

De acordo com o texto legal, desde a audiência de formulação da imputação e até antes de ser apresentada a acusação por escrito, a *Fiscalía* e o imputado poderão chegar a um pré-acordo sobre os termos da imputação. Uma vez sendo ele obtido, *Fiscalía* o apresentará ao juiz de conhecimento como escrito de acusação.²²

Importante apontar que o *preacuerdo* traz consequências para ambos:

- o imputado declarar-se-á culpado pelo delito imputado ou de um relacionado a pena menor;

- a *Fiscalía* afastará da acusação alguma causa de agravamento ou algum fato específico e ainda tipificará a conduta de maneira específica com o objetivo de diminuir a pena.

Ou seja, tudo caminha em busca da culpa/responsabilidade do imputado, com atenuações. É importante fazer esta consideração quanto à culpa para diferenciar, não apenas da diversificação, mas também do *nolo contendere* americano, já que este pressupõe punição sem exame dela. E fica claro que os *preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación* trazem a conjunção da pena e da culpa do imputado em sua determinação.

Ao haver a aceitação do conteúdo do *preacuerdo* aqui visto como conteúdo de imputação, será estabelecida redução de até metade da pena, o que também se consignará no escrito da acusação. Igualmente, poderá haver acordo sobre os fatos imputados e suas consequências. Relevante apontar que poderá haver a previsão expressa de que, caso surja prova nova, poderá haver a formulação de acusação distinta e mais gravosa.

Como regra, os *preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación* celebrados entre a *Fiscalía* e o acusado obrigam ao juiz de conhecimento,²³ salvo se violarem garantias fundamentais. Aprovado o *preacuerdo* pelo juiz de conhecimento, este convocará a audiência para ditar a sentença correspondente, que deverá obedecer aos termos do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 447.

Apesar de haver uma discussão da culpa do imputado, o modelo colombiano prevê a vinculação do juízo ao acordo.²⁴ Nisto, quer se aproximar do *plea bargaining*

²² O conteúdo da imputação está descrito no *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 288.

²³ Neste sentido: “*Si el juez aceptare las manifestaciones preacordadas, no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía y dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 447 de este código*” (*Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 370).

²⁴ Pessoalmente, expresse alguma preocupação com isto, mas respeito a forma como cada Estado demonstra e regulamenta seu processo. Entendo que ao juiz deve ser aferido um poder de atuação distinto dos demais, de forma a preservá-lo de eventuais abusos e deslealdades, notadamente para o desiderato de encontrar a verdade e de atuar como julgador correto da demanda penal, ainda que como

americano,²⁵ na medida em que são possíveis consensos tanto quanto ao conteúdo da acusação como de suas consequências, apesar de a lei já estabelecer alguma delas (como no caso da redução da pena antes indicada²⁶).²⁷

3.2. Os *Preacuerdos Posteriores a la Presentación de la Acusación*

De acordo com o apurado até o momento, os consensos colombianos vistos antecedem ao oferecimento da acusação. Não obstante, o legislador colombiano não

uma forma de controle dos demais sujeitos processuais (MESQUITA, Paulo Dá. *Processo penal, prova e sistema judiciário*. Coimbra: Coimbra, 2010: 40). Há o grave risco de um juiz que seja um mero homologador de acordos, sem a manutenção de seus poderes de decisão de maneira imparcial, pelo que não deve concordar com ele se não estiver convencido para tanto (RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*. Londres: Routledge, 2012: 49). Relevante considerar que a previsão colombiana, p. ex., aumenta a incumbência ministerial, que vai além das habituais condizentes com a formação da acusação; deve ele também zelar em obter os informes necessários para que a pena represente a devida responsabilidade, mesmo que disponha de elementos benéficos ao imputado, com o firme propósito de propiciar a aplicação do instituto de forma mais estável e eficaz (FIDALGO, Sônia. O processo sumaríssimo na revisão do código de processo penal, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 9, 2008: 299-300). Assim, deve o órgão de acusação apresentar, em tempo oportuno, os elementos probatórios conhecidos por ele ao acusado, ainda que possa negar ou mitigar a sua culpa, em respeito ao contraditório (exemplificativamente: *Caso Meftah e outros c/ Bélgica*: Nouredine Meftah e outros c/ República da França, Aplicação nos 32911/96, 35237/97 e 34595/97. Corte Europeia de Direitos Humanos, 26 de julho, 2002). De ser referido, por oportuno, que não se deseja um juiz ativo com papel principal na negociação que envolva a culpa e, por conseguinte, a sentença, tal como ocorre no direito processual penal alemão (StPO, §257c). A regra alemã relega ao Ministério Público a condição de fiscal do acordo havido, sem participação essencial na negociação, com foco mais destinado a um poder recursal (WEIGEND, Thomas; y TURNER, Jenia Iontcheva. *The constitutionality of negotiated criminal judgments in Germany*. German Law Journal, vol. 15, nº 1 2014: 96. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56a6be3da12f44c0eefc5100/1453768254179/GLJ_Vol_15_No_01_Weigend.pdf>). Isto foi tido como constitucional pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (Diretrizes (Leitsätze), Expediente BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013 (Corte Constitucional Alemã, 19 de março, 2013)).

²⁵ “Plea bargaining is based on the premise that a defendant will exchange the uncertainties and costs of going to trial and the possibility of a lengthy sentence for the certainty of a fixed outcome which guarantees a less severe sanction than would have been imposed if he had been convicted after trial. In return, the argument continues, the state saves the time and expense of having to mount a trial [...]. In the conventional view of plea bargaining, the defendant extracts concessions, either the elimination of charges or an agreed-upon sentence recommendation, in exchange for pleading guilty. The view is based on the assumption that in the absence of such concessions the defendant will go to trial [...]” (FEELEY, Malcolm M. *The process is the punishment: handling cases in a lower criminal court* (New York: Russel Sage Foundation, 1979), 185-186). Ainda: “[...] Bargaining permits prosecutors and defense attorneys to select a conviction charge which may not fit the evidence but which permits a lesser sentence; in a trial they lose control over the sentence. In addition, the trial is likely to produce more publicity and attendant public scrutiny, as well as providing the sentencer with much more detail about the nature of the harm done by the defendant. Both of these may militate against the leniency that often attends the privacy and flexibility of the plea bargaining” (BRERETON, David; y CASPER, Jonathan D. Casper, “Does it pay to plead guilty? Differential sentencing and the functioning of criminal courts”, *Law and Society Review*, v. 16, n 1 (1981-1982): 68].

²⁶ Interessante observar que, ainda que não haja culpabilidade pré-acordada, a simples afirmação de que o acusado é culpado, no momento do juízo oral, já determinará uma redução de um sexto de pena (*Código de Procedimento Penal Ley 906 de 2004*, art. 367). Afinal, a confissão também é uma forma de colaboração processual (ESSADO, Tiago Cintra. *Delação premiada e idoneidade probatória*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 21, nº 101 (2013): 4).

²⁷ Esta previsão legal o diferencia de outra hipótese de consenso prevista em direito latino-americano. O procedimento abreviado paraguaio exige a apreciação da culpa daquele que é acusado (Código de Processo Penal do Paraguai Lei nº 1286/98, art. 421). Nos termos do mesmo artigo, o juiz poderá absolver ou condenar o acusado, conforme o caso. A possibilidade de absolvição com os consensos também está presente na Itália (Código de Processo Penal da Itália Decreto do Presidente da República nº 447 de 1998, art. 129), o que também foi reconhecido pela jurisprudência igualmente (Juízo de Legitimidade Constitucional em via Incidental: Tribunal de Pistoia, Sentenza nº 313/1990 (Corte Constitucional da Itália, 26 de junho, 1990)).

descuidou da possibilidade de *preacuerdo* quando já apresentada a acusação. Esta hipótese está descrita no *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, arts. 352 e 353.

A primeira diferença entre os *preacuerdos* anteriormente analisados e os *preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación* está no momento de sua realização. Enquanto os primeiros podem ocorrer desde a audiência de formulação da imputação e até antes de ser apresentada a acusação por escrito, os segundos podem ocorrer entre a apresentação da acusação e até o momento em que seja interrogado o acusado ao início do juízo oral sobre a aceitação de sua responsabilidade.

A segunda diferença reside no *quantum* de diminuição de pena: se o *preacuerdo* for anterior, a redução é feita até a metade. Se o *preacuerdo* for posterior, a redução é feita em uma terça parte.

Por fim, há de ser dito que pode haver aceitação parcial da acusação, razão pela qual os benefícios serão aplicados, apenas, ao que tiver aceitado.

Em linhas gerais, são passíveis de aproveitamento os comentários anteriormente feitos aos *preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación*. Mas devem ser destacados os pontos que seguem:

- Não se trata de uma ordem penal. Nesta, a proposta de pena acompanha a acusação, sendo que o acusado se manifesta sobre ela apenas neste momento. Se o acusado concordar ou não objetar seus termos, ela se transformará na pena aplicável.

- Também não coincide com o procedimento abreviado, pois, neste, o acusado concorda em ser julgado com base no material então coletado na investigação preliminar. Os *preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación* já definem culpa e consequência para a responsabilidade do acusado.

- Difere-se do *Absprachen* alemão. Nos termos do §257c, nº 2, do StPO, o acordo somente pode incluir as consequências jurídicas e as demais decisões que lhe forem decorrentes, na medida em que não se discute o conteúdo da acusação. Para o direito processual alemão, o veredicto de culpa não é negociável (pode o Tribunal absolver mesmo com o acordo), diferentemente do que acontece na Colômbia.²⁸

- Da mesma forma, afasta-se do *patteggiamento*, nos termos do Código de Processo Penal da Itália Decreto do Presidente da República nº 447 de 1998, art. 444.²⁹ Nele, o acusado renuncia, apenas, ao seu direito de ser julgado de acordo com a

²⁸ Conforme a jurisprudência alemã, há a necessidade de que o juiz seja convencido de que o acordo encontra base para seus termos, especialmente no que diz com a culpa, consoante se infere da forma estabelecida para os acordos em continente europeu. Sobre isso, de ser apresentado que o Tribunal Constitucional alemão (BVerfG), em decisão de 2013, estabeleceu que continua prevista a necessidade de que o Judiciário persiga a verdade, ainda que de ofício, se o que fora produzido até então não se mostrar suficiente para confirmar a confissão [Diretrizes (*Leitsätze*), Expediente BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013 (Corte Constitucional Alemán, 19 de marzo, 2013)].

²⁹ Segundo o nº 1 do artigo citado: "*L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria*".

complexidade processual, pois o negócio celebrado será somente sobre os termos da sentença, não da acusação que tenha sido manejada.³⁰

Convém observar que, em quaisquer das possibilidades de *preacuerdos*, se o sujeito ativo da conduta punível obteve incremento patrimonial como consequência dela, os acordos não poderão ocorrer enquanto não forem reintegrados, pelo menos, 50% do incremento patrimonial. Com o acordo, deve estar assegurada a coleta do valor restante.³¹

Para finalizar o comentário aos dois *preacuerdos*, há uma forma de rápida resolução deles, assim como se observa a existência de remorso pela prática do crime. Mas a razão que mais influencia a preferência defensiva é a perspectiva de receber um tratamento mais condescendente por parte do Tribunal em comparação com o que seria determinado caso houvesse a opção pelo julgamento.³² A eficiência está na compreensão de todos de que o caso não necessita de maior demanda processual para a obtenção do resultado já apresentado no consenso, ou seja, é uma oportunidade que aquele caso concreto determina (o volume de processos é apenas um fator nesta engrenagem).³³

Além disto, a leniência da sentença em relação a eventuais padrões máximos de punição mostra-se consequência daquilo que é defensivamente desejado dentro dos valores processuais: a presença de hipóteses que autorizam a redução em prol do acusado.³⁴ A legalidade somente autoriza a punição daquilo que pode e acaba por ser provado.³⁵

4. O que se Objetiva com a Inclusão dos Consensos dentro do Processo Penal Colombiano?

Do que foi até aqui exposto, vê-se que as modalidades de consenso colombianas não surgem como substituto do processo penal, mas caracterizam-se por serem um ato de vontades. Do que é possível concluir que seu objetivo é conferir uma forma especial de procedimento penal.³⁶

Afinal, a capacidade do imputado em apresentar sua concordância com o processo não é diferente de sua capacidade de praticar qualquer ato processual, devidamente acompanhada de uma defesa técnica,³⁷ como sói acontecer em qualquer

³⁰ LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure, *en: World plea bargaining*. Director: THAMAN, Stephen. Durham: Carolina Academic Press, 2010), 64.

³¹ *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 349, hipótese conhecida como *improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado*, o que deve ser verificado pelo juiz de conhecimento quando do recebimento dos *preacuerdos*.

³² MCCOY, Candace. *Politics and plea bargaining: victims' rights in California* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1993), 56-57.

³³ MCCOY, Candace. *Politics and plea bargaining*: 57-59.

³⁴ MCCOY, Candace. *Politics and plea bargaining*, XIV.

³⁵ MCCOY, Candace. *Politics and plea bargaining*, XV.

³⁶ Pode-se dizer que é um "[...] procedimiento especial destinado directamente a la obtención de una sentencia de fondo acerca del objeto principal del proceso [...]" (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *El allanamiento en el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962: 134-135; 147, 149).

³⁷ Quanto a isto, importante observar que o *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 354, prevê que são inexistentes os acordos realizados sem a presença de defensor. Afinal, para que o Estado tenha prevalência por conta da disposição de consenso, o acusado necessita ter plenamente garantido o possível

hipótese.³⁸ Os resultados que caberão ao órgão acusador e à defesa decorrem daquilo que optam, já que deixam de exercer direitos que lhes são inerentes no âmbito processual, sempre com o desiderato final de alcançar um resultado de cunho satisfatório para seus interesses.

Em síntese, há a necessidade de se analisar se, além da adequação simplista dos termos legais aos constitucionais e principiológicos, há uma adequação ao sistema complexo projetado por eles, de modo a verificar uma nova relação entre aqueles sujeitos e intervenientes que atuam no processo penal em geral – tudo dentro dos limites estabelecidos pelo princípio da legalidade.³⁹

Não se pode desconsiderar que os imputados/acusados, quando se encontram em persecução penal, objetivam proteger sua situação da melhor forma que lhes aprouver e, assim, consideram refutar questões teóricas e principiológicas que podem, apesar de sua relevância intelectual e acadêmica, redundar em prejuízo maior no caso de condenação.⁴⁰ Tudo porque o indivíduo é dotado de objetivos de vida e, para tanto, faz deles parte o exercício consciente de autonomia a ele concedida.⁴¹

Afinal, por ser decorrente de vontade, o instituto pressupõe a existência de requisitos essenciais: a aceitação dos fatos (e, até mesmo, da culpa)⁴² e a disponibilidade ao direito de ser julgado (expressado na concordância com o procedimento consensual que é exigida).⁴³

Antes de qualquer ponderação outra, há de ser ressaltado que os ordenamentos jurídicos ocidentais conferem aos indivíduos a possibilidade de se defender dos ataques contra si praticados, com todos os direitos que são previstos, bem como possibilita que haja a apresentação de uma vontade que adira ao que fora apresentado pela acusação.⁴⁴

Mas sempre com a compreensão de que se trata de direitos – o dever compete ao Estado, na medida em que seu titular queira deles fazer uso.

A disposição dos direitos fundamentais protegidos ganha legitimação a partir do respeito à autonomia da vontade do acusado, que busca participar do objetivo ressocializador que o consenso possibilita.⁴⁵ Aqui, está-se diante da situação em que o sujeito é titular prévio de uma determinada posição jurídica estabelecida

uso de seus direitos de defesa (não obstante, por se tratar de um processo que privilegia a vontade dos sujeitos processuais em si, na divergência entre o acusado e seu defensor, prevalece a vontade do primeiro).

³⁸ BALIÑA, Pedro M. Butrón. *La conformidad del acusado en el proceso penal* (Madrid: McGraw-Hill, 1998): 183.

³⁹ FERNANDES, Fernando. *O processo penal*: 275.

⁴⁰ Não nesses termos, mas em tal linha, Phillip Rapoza: “A experiência americana do *plea bargaining*: a exceção transformada em regra”. *Julgar*, vol. 19, 2013: 217.

⁴¹ MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2013: 82.

⁴² Exigência prevista no Código de Processo Penal do Paraguai Lei nº 1286/98, art. 420, nº 2.

⁴³ SACKS, Meghan R. “*Don’t I have a right to bail? A study of bail decisions/outcomes and their effects on plea bargaining and sentencing*” (tesis doctoral, The City University of New York, 2011: 32).

⁴⁴ TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal*: 69-70.

⁴⁵ TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal*: 75. Qualquer acusado pode não exercitar direitos fundamentais processuais, desde que o faça de maneira voluntária e com a devida compreensão (Apelação: United States of America c/ Craig A. Grimes, nº 12-4523, Expediente nº 98-1828. Corte de Apelação dos Estados Unidos, 7º Circuito, 19 de abril, 1999).

por norma expressada em direito fundamental e, com seu não exercício, confere um fortalecimento do Estado naquela relação que surge, já que este terá ampliado seu espectro de atuação com isto.⁴⁶

Portanto, deve ser certificado que o acusado adere de forma voluntária, consciente e inteligente,⁴⁷ e que ele não resulta de qualquer forma de imposição, ameaça ou promessa diversa das que estão estabelecidas nos termos da negociação, em qualquer de suas formas.⁴⁸

Nisto, caminhou bem o legislador colombiano, pois exige que o juiz de conhecimento verifique, corretamente, o elemento volitivo do acusado quando de sua manifestação de culpabilidade e a liberdade de tal manifestação,⁴⁹ nos termos do *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 368.⁵⁰

Cumpra dizer que, ainda que não seja expressa a exigência, também deve estar presente a vontade do titular da acusação. Deflui tal conclusão do disposto no *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 350, ao dizer que compete à *Fiscalía* apresentar ao juízo de conhecimento o *preacuerdo* celebrado.⁵¹

Portanto, o primeiro objetivo é fazer valer a autonomia das partes, especialmente do imputado, no processo penal. Evidente que se está diante de uma manifestação de vontade que se adequa, perfeitamente, à concepção exigida pela própria compreensão de indivíduo dentro do processo.

⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006: 215.

⁴⁷ Isto também reflete uma imposição apontada pela Suprema Corte americana, no sentido de que o interrogatório do acusado surge como uma garantia sua para efetivação do acordo (*Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 1971: *Santobello c/ New York*, Expediente nº 70-98. Suprema Corte dos Estados Unidos, 20 de dezembro, 1971).

⁴⁸ De maneira a corroborar, importante citar orientações constantes da *American Bar Association*, dentro do *guilty plea*. Conforme o *Standard 14-1.1* [*American Bar Association, ABA standards for criminal justice pleas of guilty*. Washington: American Bar Association, 1999: 1. Acessado em: 4 set. 2018. Disponível em: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_standards/pleas_guilty.authcheckdam.pdf]. O acusado deve manifestar-se pessoalmente, salvo quando se tratar de corporação comercial, que deverá se fazer representada por quem de direito. Inclusive, há a necessidade de fazer o acusado repetir os termos do acordo e as informações prestadas acerca de seus direitos processuais como forma de aferir que ele tem a devida compreensão do que se passa, de acordo com o *Standard 14-1.4, 'b'* (*American Bar Association, ABA Standards*, 3).

⁴⁹ A compreensão do conteúdo do consenso também é exigência do *Absprachen* (§257c, nº 5, do StPO). Contudo, diferentemente dos *preacuerdos* colombianos, a partir do interrogatório, podem ser adotadas diligências para a confirmação da confissão (até porque o dever de busca pela verdade permanece inalterado, em obediência ao §244, nº 2, do StPO, como dispõe o §257c, nº 1, do mesmo diploma – na versão em alemão, disponibilizada pelo Ministério da Justiça alemão: “*Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind*”. Na versão em inglês: “*In order to establish the truth, the court shall, proprio motu, extend the taking of evidence to all facts and means of proof relevant to the decision*”. Também a necessidade de verificação da voluntariedade está presente no *patteggiamento* (conforme o Código de Processo Penal da Itália Decreto do Presidente da República nº 447 de 1998, art. 446).

⁵⁰ “*De reconocer el acusado su culpabilidad, el juez deberá verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor. Igualmente, preguntará al acusado o a su defensor si su aceptación de los cargos corresponde a un acuerdo celebrado con la Fiscalía. De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad*”.

⁵¹ Permite-se a mesma conclusão ao se observar o art. 369: “*Si se hubieren realizado manifestaciones de culpabilidad recordadas entre la defensa y la acusación en los términos previstos en este código, la Fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere*”.

Resulta, pois, de uma manifestação acerca do exercício de direitos processuais e que determina o encurtamento do procedimento, na medida em que leva a uma sentença de forma mais acelerada (e que tende a ser mais benéfica ao acusado, que deixa de se utilizar de direitos como a instrução probatória, o contraditório, a confrontação de testemunhas, entre outras).⁵²

Não surge, portanto, como uma forma de supressão de direitos defensivos. Em verdade, ela surge como uma forma de exercício deles e de otimização do procedimento.⁵³

Dele decorre uma outra consequência, que é a preocupação com a lentidão processual. Não se pode analisar o andamento processual apenas sob o prisma estatal e coletivo. Há a necessidade de que seja ele visto sob a ótica daquele que enfrenta a acusação.⁵⁴ Afinal, o processo penal vive o dilema entre a garantia dos direitos humanos e a eficiente repressão.

Diz-se isso pelo fato de que a celeridade processual também é decorrência da presunção de inocência, porque o processo que tarda determina um sofrimento desnecessário ao imputado, pois compromete a vida pessoal e profissional dele, bem como sua liberdade e a própria paz social.⁵⁵ Não fosse tal suficiente, a estrutura judicial não está afastada da compreensão do custo existente para sua manutenção. Necessariamente, a solução das contendas em tempo útil serve para contemporizar estes dois extremos.⁵⁶

A ideia de prevenção geral depende, inexoravelmente, do tempo e da probabilidade de sua aplicação – sem se desconsiderar que a própria presunção de inocência resta maculada fortemente com a duração desnecessária dos processos penais e ela demora anos para ser restaurada.⁵⁷

O processo que se alonga no tempo traz prejuízos ao imputado, porque a demora do processo afeta seus interesses na decisão que lhe aflige, com incerteza sobre seu

⁵² Como se pode extrair das lições de Rodríguez García (GARCIA, Nicolás Rodríguez. *El Consenso en el Proceso Penal Español*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997: 112).

⁵³ Comparativamente, o Código de Processo Penal do Paraguai, Lei nº 1286/98, art. 6, fala que “*el derecho a la defensa es irrenunciable y su violación producirá la nulidad absoluta de las actuaciones a partir del momento en que se realice*”. Na mesma linha, a Lei brasileira nº 12.850/13, art. 4º, §6º: “o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”. Isto porque deve estar presente que o consenso é uma defesa do imputado (FERNANDES, Fernando. *O processo penal*: 216).

⁵⁴ MADLENER, Kurt. Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de prazo razoável e de celeridade: observações a respeito da justiça alemã, *em: Que futuro para o direito processual penal?* Diretor: MONTE, Mário Ferreira. Coimbra: Coimbra, 2009: 646.

⁵⁵ MIRANDA, Jorge; y MEDEIROS Rui. *Constituição portuguesa anotada* – tomo I. Coimbra: Coimbra, 2005: 357.

⁵⁶ VERDELHO, Pedro. Tempus Fugit, ou a reforma penal e a celeridade processual. *Revista do CEJ*, nº 5, 2006: 231.

⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português: da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais, *Para uma nova justiça penal*. Diretor: CORREIA, Eduardo. Coimbra: Almedina, 1983: 222. Salienta Galain Palermo que a demora injustificada na resposta estatal ao crime cometido também se caracteriza como implemento da impunidade e viola a pretensão de prevenção (*no repetición*) de condutas (GALAIN PALERMO, Pablo. Relaciones entre “el derecho a la verdad” y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos, *en: Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Director: AMBOS, Kai. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011: 254).

futuro e condicionamento de sua liberdade; e à sociedade, porque esta clama por uma justiça em adequado prazo, que puna os responsáveis pelo crime e que seja credível.⁵⁸

Indiscutivelmente, qualquer processo é afetado pela demora que venha nele a ser imposta, especialmente no que toca à qualidade de sua prova (seja pela dificuldade de memória das pessoas, seja pela dificuldade que se venha a causar nas perícias), mas também porque os sujeitos processuais necessitam da obtenção de uma decisão célere – sem contar as questões econômicas dos envolvidos e do Estado.⁵⁹

Além disto, a celeridade traz uma maior eficácia e eficiência da sanção penal imposta, já que isto é um interesse da sociedade, seja pela objetividade penal, seja pela prevenção, seja pela ratificação das regras jurídicas. Sempre deve estar presente que a prevenção não depende unicamente da gravidade das penas, mas da probabilidade da punição e do tempo necessário para que ela se efetive.⁶⁰

No sistema de justiça criminal estabelecido pelas formas de consenso em geral, as atenções deixam de ser as relacionadas com a formalidade processual e passam para as condições relativas às acomodações e trocas entre os agentes.⁶¹ Assim, a efetivação da negociação acaba por tornar o processo mais célere naquele caso concreto, o que também acaba por refletir no andamento dos demais que são apresentados perante o Poder Judiciário sem a necessidade de multiplicar-se o número de juízes e juizados.⁶²

A grande questão que há de ser apresentada é a compreensão de que há, sim, direitos dos acusados que não podem ser desprezados dentro do processo penal e, por consequência, devem sempre ser mantidos, independentemente de quanto interfiram na extensão processual; de outra banda, porém, há etapas e fases processuais que podem, nitidamente, ser supridas sem que isto represente qualquer sacrifício dos direitos indispensáveis.⁶³ Neste sentido, lapidar a compreensão de que a instrução processual não é uma “lei natural”, especialmente quando não há oposição por parte do acusado.⁶⁴

⁵⁸ SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal I: noções gerais, elementos do processo penal*. Lisboa: Verbo, 2010: 95-96. Veja-se que o art. 8º, nº 1, da Convenção Americana dos Direitos Humanos estabelece que todos os indivíduos têm direito a serem ouvidos e julgados em prazo razoável. Importante apresentar que, no caso *Deweere v. Belgium*, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que o prazo razoável do processo penal tem início a partir do momento em que surge a persecução, o que pode se dar em etapa anterior ao oferecimento processual da acusação, como no caso de prisão prévia a tal marco (concepção material que supera a compreensão formal de acusação) (*Caso Deweer c/ Belgium: Julius Deweer c/ Reino da Bélgica*, Aplicação nº 6093/75. Corte Europeia de Direitos Humanos, 27 de fevereiro, 1980).

⁵⁹ PINTO, Ana Luísa. *A celeridade no processo penal: o direito à decisão em prazo razoável*. Coimbra: Coimbra, 2008: 18-19. São exemplos os que decorrem da humilhação pública, da eminente privação de emprego, de associação, de manifestação, além de determinar que haja uma resolução célere que possa evitar um incorreto indiciamento (FREEDMAN, Warren. *The constitutional right to a speedy and fair criminal trial*. New York: Quorum Books, 1989: 40).

⁶⁰ PINTO, Ana Luísa. *A celeridade*: 22-23.

⁶¹ RHODES, William. M. *Plea bargaining: who gains? Who loses?* Washington: Institute for Law and Social Research, 1978: 4.

⁶² WAN, Tina. The unnecessary evil of plea bargaining: an unconstitutional conditions problem and a not-so-least restrictive alternative, *Review of Law and Social Justice*, vol. 17, nº 1, 2007: 54. Disponível em: http://lawweb.usc.edu/why/students/orgs/rlsj/assets/docs/issue_17/07_Wan_Macro.pdf.

⁶³ DIAS, Figueiredo. *Para uma reforma global*: 224.

⁶⁴ DIAS, Figueiredo. *Para uma reforma global*: 228-229.

Há, assim, um contributo à credibilidade maior das instâncias formais de justiça,⁶⁵ com reforço de sua função simbólica, bem como uma forma de respeito ao próprio imputado, que, ao concordar com os efeitos da sanção, não merece a incerteza quanto à sua aplicação, já que a prova dos fatos não necessita de maior delonga.⁶⁶ Estimula a eficácia da justiça penal, a prevenção da criminalidade, a redução dos estigmas da submissão ao julgamento convencional.⁶⁷

Por outro lado, interessante notar que há uma preocupação com a proteção do interesse do acusado quando o acordo for refutado. Neste caso, ao não ser aceito o *preacuerdo* pelo juízo de conhecimento, o conteúdo da declaração não poderá ser utilizado contra o acusado em qualquer juízo.⁶⁸ Nisto, se aproxima com o *Absprachen* alemão, em que também é imposta a mesma restrição, nos termos do §257c, nº 4, do StPO).

A participação do imputado se dá na linha do que expõe Cavaleiro de Ferreira, que diz que ele possui a condição de sujeito processual,⁶⁹ pois o processo resolve a culpa que lhe é atribuída.⁷⁰

Assim, é possível dizer que a dignidade da pessoa humana ganha forte relevo e importância.⁷¹ Dentro do processo, o valor relacionado à liberdade está fortemente ligado ao princípio da justiça e do bem comum, com a existência de um espaço livre para que o próprio indivíduo se personalize, já que o processo, por si mesmo, é uma restrição à liberdade individual. Para tanto, evidente que se faz necessária

⁶⁵ TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal*: 235.

⁶⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal: uma visão de direito comparado, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 8, fascículo 2, 1998: 236-237.

⁶⁷ Entendimento que se extrai do voto do Conselheiro Messias Bento (Acórdão nº 7/87: Presidente da República, Processo nº 302/86. Tribunal Constitucional de Portugal, 9 de janeiro, 1987). Veja-se que a preocupação colombiana com a mediação é de alcance em largo espectro. Neste sentido, *Código de Procedimiento Penal Ley nº 906 de 2004*, art. 524: “La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa. En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción”. Somente a título de comparação, não cabe a mediação penal em Portugal se o tipo penal trouxer previsão de pena de prisão superior a 5 anos (Lei portuguesa nº 21/07, art. 2º, 3, ‘a’).

⁶⁸ *Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 369: “Si la manifestación fuere aceptada por el juez, se incorporará en la sentencia. Si la rechazare, adelantará el juicio como si hubiese habido una manifestación inicial de inocencia. En este caso, no podrá mencionarse ni será objeto de prueba en el juicio el contenido de las conversaciones entre el fiscal y el defensor, tendientes a las manifestaciones preacordadas. Esta información tampoco podrá ser utilizada en ningún tipo de proceso judicial en contra del acusado”.

⁶⁹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Curso de processo penal*. Lisboa: Danúbio, 1986: 162.

⁷⁰ Como diz o Supremo Tribunal Federal brasileiro: “A presunção de não culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência.” (*Habeas Corpus*: Davi Gonçalves de Freitas c/ Superior Tribunal de Justiça, Expediente nº 101.909-MG. Supremo Tribunal Federal do Brasil, 28 de fevereiro, 2012).

⁷¹ TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal*: 65. Dignidade da pessoa humana que é o primeiro preceito a ser respeitado dentro do processo penal colombiano, pois é sua primeira regulação (*Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004*, art. 1º).

uma igualdade de oportunidades para que haja esta concretude de personalização, sempre com o fim de buscar a verdade admitida no âmbito da atividade processual.⁷²

E, assim, procura-se um equilíbrio no sistema,⁷³ não ao acaso previsto, expressamente, no texto legal colombiano.⁷⁴

5. Conclusão

Superadas as considerações *supra*, é o momento de finalizar o trabalho.

Evidentemente, o interesse, aqui, não era o de esgotar toda a matéria possível e que decorresse do consenso existente no Código de Processo Penal colombiano. O presente artigo voltava-se à verificação sobre os pontos de contato dele com outros exemplos de consenso dentro do processo penal consagrado em outros ordenamentos jurídicos.

Das considerações feitas acima, é possível dizer que há vários pontos de contato e de distanciamento entre ele e as previsões consensuais em direito americano, alemão, italiano e português.⁷⁵ Aliás, entre eles, é possível afirmar que o contexto colombiano se aproxima muito mais daquilo que existe nos Estados Unidos do que nos demais, especialmente pela forma como se dá a participação judicial e dos demais sujeitos processuais neles.

Ao fazer-se essa demonstração, também busca este trabalho contribuir não apenas para o debate do procedimento na Colômbia, mas possibilitar uma maior amplitude do tema, sempre com a intenção de seu aperfeiçoamento, até mesmo para países vizinhos (como já dito, o Brasil não possui procedimento quanto à culpa, p. ex.). Pois, como consta no conteúdo do Memorando de 19 de janeiro de 2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra: “Há, pois, que vencer os atavismos jurídicos, as culturas judiciárias passivas em que temos estado submersos e seguir em frente. Lembrados de que, mesmo que não haja caminho, *se hace camino al andar*”.

⁷² BERTOLINO, Pedro J. *El funcionamiento del derecho procesal penal*: interpretación, determinación, integración, aplicación. Buenos Aires: Depalma, 1985: 114.

⁷³ Aliás, como bem ponderado pelo BVerfG (Tribunal Constitucional alemão), as atuações acusatórias e defensivas, com distribuição específica de funções e interesses, podem obter a produção do resultado de forma consensual, respeitados os preceitos de legalidade e constitucionalidade. O que importa é que haja a efetiva produção daquilo que a justiça e o Judiciário necessitam, pois o prazo razoável do processo (sem desdobramentos desnecessários) também coincide com a ideia de procedimento justo, tanto no que tange à produção da prova, como no que tange com a própria resposta e consequência [Diretrizes (*Leitsätze*), Expediente BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013 (Corte Constitucional Alemán, 19 de marzo, 2013).

⁷⁴ Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004, art. 348: “Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a acuerdos que impliquen la terminación del proceso. El funcionario, al celebrar los acuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”.

⁷⁵ Para maiores comentários sobre os consensos nestes países, e também no Brasil: BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada*. Curitiba: Juruá, 2016.

Direito, Potência e as Dificuldades do Conceito Agambeniano de Vida Nua¹

Rogério Pacheco Alves*

Sumário

1. Introdução. 2. Foucault e o Conceito de Biopoder. 3. *Homo Sacer* e Vida Nua em Agamben. 4. Forma de Vida e Uso dos Corpos. 5. Vida e Poder. 6. Direito e (É) Potência. 7. Conclusão. Bibliografia.

Palavras-chave: Biopoder. Vida nua. Poder. Direito. Potência.

1. Introdução

Libéria, 1999: Respalado pelos Governos da Guiné e de Serra Leoa, um grupo de rebeldes se lança contra o governo autoritário de Charles Taylor, formado por apoiadores do Partido Patriótico Nacional da Libéria. Sitiada, a capital, Monróvia, é duramente bombardeada, do que resulta a morte de milhares de civis. Mas, em 2002, um movimento deixa a todos estupefatos: lideradas por Leymah Gbowee e suas companheiras do *Women of Liberia Mass Action for Peace*, mulheres cristãs e muçumanas iniciam uma greve de sexo que contribuiu decisivamente para o fim da segunda guerra civil da Libéria, que fez mais de 200 mil mortos.

Gbowee e suas companheiras reatualizaram a comédia de Aristófanes (444 a.C. – 385 a.C.), na qual Lisístrata pôs fim à guerra entre Atenienses e Espartanos por meio de um movimento feminino e coletivo de recusa do sexo e de incitação do desejo. Um exemplo literário de forte conteúdo político e emancipador, que no contemporâneo denominaríamos de biopolítica do coletivo.

O objetivo do presente trabalho é resgatar o conceito de biopoder em Foucault e seus desenvolvimentos em Giorgio Agamben, o pensador da vida nua e da exceção soberana contemporânea. Delineadas as ideias-chave que gravitam em torno do conceito de vida nua, é nosso propósito estabelecer um contraponto ao pensamento de Agamben a partir de Baruch de Spinoza, o filósofo holandês do século XVII que vai pensar a vida e o direito enquanto potências.

¹ Artigo publicado no livro *Temas de Direitos Humanos*, vol. I. ABREU, Célia Barbosa et alli (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 211-232.

* Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF).

2. Foucault e o Conceito de Biopoder

Os conceitos de biopolítica e de biopoder surgem na filosofia contemporânea a partir do pensamento de Foucault, estando presente nas suas reflexões sobre as sociedades disciplinares, a história da sexualidade etc. Analisaremos aqui as ideias desenvolvidas sobre o tema na célebre aula de 17 de março de 1976, proferida ao final de um dos cursos ministrados no *Collège de France*.²

Especulando o que denomina “racismo de Estado” e tendo como pano de fundo o problema da guerra, Foucault vai sustentar que um dos fenômenos mais marcantes do século XIX foi a assunção da vida pelo poder, a “estatização do biológico”. Na teoria clássica da soberania, o mais importante direito do soberano é o direito de “fazer morrer e deixar viver”, em que o direito de vida e de morte sempre se exerce em favor do direito de morte, de modo que o direito de vida decorra, essencialmente, do direito que o soberano tem de matar. É porque o soberano pode matar que ele exerce seu direito sobre a vida (FOUCAULT, 2005, p.286-287).

Tal direito do soberano sinaliza que a vida e a morte não são fenômenos *naturais* que se localizariam fora do campo do poder político. Ao contrário, vida e morte compõem o cerne do poder exercido pelos Estados soberanos. A vida só se torna um direito pela vontade do soberano e, a rigor, o súdito não é, *de jure*, nem vivo nem morto, ele é neutro.

No século XIX, o direito soberano de “fazer morrer e deixar viver” transforma-se, num processo de complementação, num direito de “fazer viver e deixar morrer”, ou seja, num novo direito que inverte a lógica da soberania clássica. Essa transformação se dá, por exemplo, na teoria do direito e já está presente no contratualismo dos séculos XVII e XVIII, que nasce do argumento do perigo da morte violenta, da guerra de “todos contra todos” (FOUCAULT, 2005, p.287).

Se no final do século XVII surgem as técnicas de poder centradas no *corpo individual*, por meio das diversas disciplinas exercidas sobre o trabalho (vigilâncias, inspeções etc.) e por intermédio de diversas instituições (presídios, escolas, sanatórios etc.), a partir da segunda metade do século XVIII aparece uma nova tecnologia que não faz desaparecer a disciplina, mas a complementa. Trata-se de uma tecnologia que vai tomar em questão não mais a vida individual do homem, mas sim a sua vida enquanto espécie, sua vida *coletivamente* considerada, uma tecnologia que se instala e se dirige à multiplicidade dos homens enquanto massa global, que se faz em direção não do homem-corpo, mas do homem-espécie (FOUCAULT, 2005, p.289). Não mais uma anátomo-política do corpo humano, mas sim uma *biopolítica da espécie humana*, um poder que se encarrega do problema das massas, da população, das estatísticas demográficas, que busca estabelecer mecanismos reguladores de equilíbrio em torno do aleatório inerente a uma população de seres vivos. Essas novas configurações do poder tomam a vida como elemento central, almejam um

² A aula de 17 de março de 1976 está publicada na coletânea *Em Defesa da Sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

“fazer viver”, intervir na *maneira* de viver: fazer viver e deixar morrer, diferentemente da soberania clássica que investia, sobretudo, no poder de fazer morrer.

Como já referido, o mecanismo disciplinar dos séculos XVII e XVIII se articula com a nova configuração do biopoder. Daí propor Foucault a visualização de duas séries complementares: a série “corpo – organismo – disciplina – instituições” e a série “população – processos biológicos – mecanismos regulamentadores – Estado” (FOUCAULT, 2005, p.298). Essa última série é uma “biorregulamentação pelo Estado” em que surgem, entre outros, os problemas da subtração das forças, da diminuição do tempo de trabalho e o da velhice (o quanto se deixa de produzir; quanto os tratamentos podem custar etc.), a demonstrar a íntima relação entre biopolítica e capitalismo (demografia e industrialização, por exemplo).

Tem-se então uma nova tecnologia de um fazer viver (e de “como” viver) na qual a morte deve ser escondida e tratada como um assunto privado e vergonhoso, e não mais como um acontecimento de que a sociedade participava ativamente e que continha, inclusive, brilho. Relativamente ao poder, a morte está do lado de fora, é um evento que sai do seu domínio, e por seu intermédio o indivíduo escapa a qualquer poder (FOUCAULT, 2005, p.295-296).

De toda sorte, embora invista todas as suas fichas na vida, o biopoder traz, em si, o paradoxo do poder de matar a própria vida. Foucault vai se perguntar como um poder que trata essencialmente de aumentar a vida e sua duração pode, também, reclamar a morte, mandar matar. Aqui o racismo cumpre um papel fundamental, que é o de introduzir “o corte entre o que deve viver e o que deve morrer”, uma espécie de fragmentação do biológico de que o poder se incumba. Dessa cesura, desse papel negativo, surge uma “relação positiva” no racismo, pois se você quer viver, é preciso que o outro morra, “quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie” (FOUCAULT, 2005, p.305). O racismo assegura “a função de morte na economia do biopoder, segundo o princípio de que a morte dos outros é o fortalecimento biológico da própria pessoa” (FOUCAULT, 2005, p.308), e a sociedade nazista seria, nessa linha, uma sociedade que generalizou absolutamente o biopoder e, ao mesmo tempo, o direito soberano de matar. O Estado desempenha papel importante nesse cenário, pois é a instituição que tem a função de incumbir-se da vida, organizá-la, multiplicá-la, delimitar suas possibilidades, e por seu intermédio surgem políticas de gestão coletiva da população presentes no funcionamento de todos os Estados (FOUCAULT, 2005, p.312).

3. *Homo Sacer* e Vida Nua em Agamben

A articulação do biopoder pelo Estado é um dos temas centrais da pesquisa do filósofo italiano Giorgio Agamben, cujas reflexões têm, confessadamente, a influência do pensamento de Foucault.

Na Grécia, sustenta Agamben, a palavra *vida* era expressada por dois termos com significados bastante diferentes, vale dizer, o termo *zoé*, que exprimia o simples fato de

viver comum a todos os seres vivos (animais, homens ou deuses), e o termo *bios*, que indicava a forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo. É no segundo sentido (*bios*) que, por exemplo, Aristóteles distingue a vida contemplativa do filósofo da vida de prazer e da vida política. Isso significa que a “simples vida natural” não estava em questão para a filosofia política aristotélica (AGAMBEN, 2007, p.9). Já para a modernidade, diferentemente, a *zoé* passa a ser um elemento central, ingressando definitivamente na *pólis* e acarretando o que Agamben chama de “politização da vida nua”, a demandar a busca dos pontos de interseção entre o modelo jurídico institucional e o modelo biopolítico do poder, o que deve mobilizar os conceitos clássicos de soberania, estado de direito e estado de exceção (AGAMBEN, 2007, p.12 e ss.).

Nessa linha, a produção de um corpo biopolítico é a contribuição original do poder soberano, seu núcleo originário. Agamben retoma o pensamento de Carl Schmitt, para quem soberano é aquele a quem o ordenamento jurídico confere o poder de decretar o estado de exceção, ou seja, decretar a suspensão da validade da Constituição e, com ela, dos direitos fundamentais. Essa situação gera o paradoxo da soberania (“a lei está fora dela mesma”), a ideia de que o soberano está, ao mesmo tempo, *dentro e fora* do ordenamento jurídico, pois se pode suspendê-lo é porque não depende, necessariamente, dele, isto é, pode colocar-se *legalmente* fora da lei. A exceção é, assim, uma espécie de exclusão, mas, ao mesmo tempo, o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma (AGAMBEN, 2007, p.25).

Assim, a exceção possui uma estranha lógica, que é a de ser uma “exclusão inclusiva”. Para Schmitt a essência da soberania não consiste no monopólio da sanção ou do poder, como ordinariamente se reconhece, mas sim no monopólio da *decisão* pela decretação da exceção. E por intermédio da exceção, com a suspensão temporária do direito, o soberano busca restaurar a ordem (SCHMITT, 2009, p.18). O estado de exceção não é, nessa perspectiva, o caos (nem a anarquia), mas antes a própria condição de possibilidade da validade da norma jurídica. Por conta disso, a exceção continua sendo acessível ao conhecimento jurídico, uma vez que tanto a norma como a decisão permanecem no marco jurídico (“o direito se suspende a si mesmo”), e é justamente a exceção o que deixa transparecer de forma mais clara a essência da autoridade do Estado (SCHMITT, 2009, p.18-19). Situa-se a exceção, a um só tempo, numa zona de indiscernibilidade entre fato e direito, entre o que está fora e o que está dentro, e o próprio direito se nutre da exceção, sem a qual “é letra morta”. Também o soberano seria o ponto de indiferença entre violência e direito, “o limiar em que a violência transpassa em direito e o direito em violência” (AGAMBEN, 2007, p.38). Estado de natureza e estado de exceção são faces de um único processo topológico, no qual “o que era pressuposto como externo (o estado de natureza) ressurgiu agora no interior (como estado de exceção)”, e o poder soberano é justamente esta impossibilidade de discernir externo e interno, natural e exceção, *physis* e *nómos*, legal e ilegal (AGAMBEN, 2007, p.43 e 65).

Agamben sustenta que o estado de exceção é uma política fundamental de nosso tempo e que, por conta disso, tende a tornar-se a regra. Invoca, em confirmação

de sua tese, o exemplo dos campos de concentração do nazismo, que nos permitem compreender sua tese de que se a exceção é a *estrutura* da soberania, ela, a soberania, “(...) é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão” (AGAMBEN, 2007, p.34-35). Haveria, desse modo, uma correlação indissociável entre soberania, exceção, direito e vida, sendo a indistinção entre lei e vida o caráter essencial do estado de exceção. Haveria, além disso, um *portador* do nexo entre violência e direito, que seria o que Agamben chama, recorrendo a Benjamin, de *vida nua*, o elemento excetuado e capturado pela soberania (AGAMBEN, 2007, p.61 e 75).

A correlação entre soberania, exceção e vida é explicitada por intermédio da figura histórica do *homo sacer*, um personagem do direito romano arcaico que, julgado por um delito, não poderia ser licitamente sacrificado, mas cujo homicídio não poderia ser punido.³ O *homo sacer* encerraria, ao mesmo tempo, um vida “matável”, mas “insacrificável”, a impunidade de sua morte e o veto de seu sacrifício, uma pessoa posta para fora da jurisdição humana, mas que não ingressa na esfera divina do sacrifício (nem *ius humanum* nem *ius divinum*). Uma vida nua, portanto. Para Agamben, a vida insacrificável e, todavia, matável é a vida sacra, ou seja, a vida do *homo sacer* (AGAMBEN, 2007, p.81-90). Há aqui uma ambiguidade constituinte tal como se verifica com a soberania (que comporta dentro de si a exceção) e é esta ambiguidade que permite ao autor afirmar que “soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera”.⁴ O soberano e o *homo sacer* seriam, portanto, figuras simétricas e é justamente esta “matabilidade incondicionada” que inclui a vida humana na ordem política (AGAMBEN, 2007, p.92).

Para Agamben há uma curiosa relação de contiguidade entre democracia e totalitarismo, relação que se constrói de forma sutil pela inscrição individual no campo do biopoder por intermédio da gradativa aquisição de direitos. O *writ of habeas corpus* de 1679 seria um exemplo do primeiro registro da *vida nua* como novo sujeito político e por seu intermédio, “(...) a nascente democracia europeia colocava no centro de sua luta com o absolutismo não *bios*, a vida qualificada de cidadão, mas *zoé*, a vida nua em seu anonimato” (AGAMBEN, 2007, p.130). A lei expressa o seu desejo por um corpo e a democracia, a seu turno, responde ao seu desejo obrigando a lei a tomar sob seus cuidados este corpo, o que aponta para o caráter ambíguo da democracia, que não elimina a vida sacra.

Daí deriva uma relação de destino entre os direitos humanos e o Estado-nação, como se dá com os refugiados, seres humanos cujos vínculos com os Estados se evaporaram e que se veem excluídos da malha protetiva dos direitos humanos. É que na racionalidade jurídica do Estado-nação a inexistência do vínculo político de cidadania cria um vácuo protetivo, daí a conclusão de que o sujeito dos direitos humanos é antes

³ “Homem sacro é, portanto, aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio; na verdade, na primeira lei tribunicia se adverte que ‘se alguém matar aquele que por plebiscito é sacro, não será considerado homicida’. Disso advém que um homem malvado ou impuro costuma ser chamado sacro” (Festo. In: AGAMBEN, 2007, p.196).

⁴ AGAMBEN, 2007, p.91.

o *cidadão* e não o homem em sua pura condição de humanidade. Agamben chama a atenção para o próprio título da Declaração de Direitos de 1789 (*déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), “onde não está claro se os dois termos denominam duas realidades autônomas ou formam em vez disso um sistema unitário, no qual o primeiro está desde o início contido e oculto no segundo” (AGAMBEN, 2007, p.133).

A proliferação de tratados internacionais de direitos humanos e a sua utilização instrumental após a segunda guerra impediram a exata compreensão do significado histórico do fenômeno. Mas, de todo modo, para Agamben as declarações de direitos representam nada mais que a inscrição da vida natural na ordem jurídico-política do Estado-nação, o que coloca a vida em primeiro plano na estrutura do Estado e o legítima.⁵

Pode-se dizer, assim, que os direitos humanos cumprem dois papéis fundamentais. Num primeiro momento, significaram a inscrição da vida do homem na ordem jurídico-política do Estado-nação. Agora, com o rompimento do nexo direitos do homem-direitos do cidadão, a teoria passa a ser mobilizada para a proteção de uma vida colocada às margens dos Estados-nação, mas, que, posteriormente, passa a ter um novo significado (é “recodificada”). Ou seja, os direitos humanos também participam do jogo de “inclusão e exclusão” e do “dentro e fora” que caracterizam a soberania, a exceção e o Estado-nação, jogo que, de resto, está presente na própria lógica da biopolítica moderna. Há, então, na relação entre direitos do homem e biopoder uma contemporaneidade, cuidando-se de duas faces de uma mesma moeda.

4. Forma de Vida e Uso dos Corpos

A essa altura é o caso de indagar: como seria possível liberar-se da prisão biopolítica construída pela soberania, qual seria a outra face da vida nua, seu inverso?

Em *Altíssima Pobreza*, Agamben ensaia uma erudita resposta a partir do resgate do modo de vida das habitações coletivas dos monges e dos movimentos religiosos surgidos nos séculos XII e XIII. O problema que move e percorre todo o livro é como pensar uma vida humana totalmente subtraída das amarras do direito e um uso dos corpos e do mundo inapropriáveis pelo poder, uma vida coletiva baseada na prática do uso comum e não no direito de propriedade.

Dos cenóbios, locais de habitação e do exercício de formas de vida, Agamben destaca o núcleo central de sua constituição, vale dizer, o primado da *koinos bios*, a vida em comum, diversamente do isolamento do eremitério (AGAMBEN, 2014, p.22). Por meio da constituição de uma habitação comum e de práticas religiosas rigorosas e também comunitárias, o que inclui o hábito enquanto indumentária simbólica, o escandir a vida segundo os horários rigorosos dos atos religiosos (*horologium vitae*) e a meditação, produz-se no cenóbio uma zona de indiscernibilidade entre *regra* e *vida*.⁶ A rigor, não se

⁵ AGAMBEN, 2007, p.134. Ao final da História da Sexualidade I Foucault dirá que as Constituições escritas surgidas a partir da Revolução francesa e toda uma “atividade legislativa permanente e ruidosa” são formas que tornam aceitável um poder essencialmente normalizador (FOUCAULT, 1988, p.135-136).

⁶ “a uma lei que se indetermina em vida, corresponde, com um gesto simetricamente inverso, uma vida que se transforma integralmente em lei” (AGAMBEN, 2014, p.93).

trata de regras ou sanções propriamente jurídicas, mas sim de uma *condição* ou *forma de vida* que o direito não consegue apreender, regras que os monges observam em obediência, castidade e humildade, mas também com alegria. (AGAMBEN, 2014, p.42).

Com o advento do franciscanismo (século XIII), a forma de vida praticada pelos monges encontra sua mais alta expressão. Com Francisco e seus seguidores, cuida-se de uma reivindicação da possibilidade de viver de uma forma determinada, uma forma alegre e não mais uma ascese. Forma e vida se confundem e, mais que isso, *vida e regra* já agora são neutralizadas sob uma determinada “forma-de-vida” (AGAMBEN, 2014, p.99-113), que, ao reivindicar a pobreza, abrirá um intenso conflito com a Cúria. De fato, é justamente a recusa ao direito de propriedade e, por consequência, ao próprio direito (*abdicatione juris*), o que determinará a novidade e a inadequação do franciscanismo e culminará com a ruptura ocorrida sob o papado de João XXII. Para os franciscanos o que está em questão é a possibilidade de uma existência humana fora do direito, ou seja, a possibilidade de os irmãos se servirem dos bens sem terem sobre eles direito algum, nem o direito de propriedade nem o direito de uso (AGAMBEN, 2014, p.116). Estaríamos diante não do direito, mas sim de um mero “uso de fato” sobre determinadas coisas (os alimentos e o vestuário, por exemplo), numa tentativa de realizar uma vida e uma prática humanas absolutamente fora das determinações do direito. O uso de fato de determinadas coisas se fundamenta na doutrina da comunhão originária dos bens e na máxima segundo a qual “por direito natural todas as coisas são de todos”. Ockham, de forma mais sutil, distingue o *ius utendi naturale* (direito natural de uso), que é um direito de todos os homens em estado de necessidade, do *ius utendi positivum* (direito positivo de uso), que deriva de alguma constituição ou algum pacto humano. Daí que os frades menores teriam apenas um direito natural sobre as coisas, um direito irrenunciável, mas limitado ao extremo caso de necessidade (AGAMBEN, 2014, p.120). Haveria então, na sutileza do pensamento de Ockham, um “manter-se fora e dentro do direito”, e por isso Agamben dirá que os frades menores efetuam uma inversão e, ao mesmo tempo, uma absolutização do estado de exceção: “(...) fora do estado de necessidade, eles não têm relação com o direito. O que para os outros é normal torna-se para eles exceção; o que para os outros é exceção torna-se para eles uma forma de vida” (AGAMBEN, 2014, p.120-133).

O clímax do projeto agambeniano de saída da exceção soberana é alcançado em *O Uso dos Corpos*, último volume da série iniciada por *Homo Sacer* I. Aqui o problema central é estabelecer o nexo entre uso e uma forma-de-vida situada fora do direito, o que já se anunciara no limiar de *Altíssima Pobreza*, e, sobretudo, deslocar o fundamento da política para o conceito de *uso* (e não de *ação*). Para tanto, Agamben resgata a ideia aristotélica de “uso do corpo”, utilizada na definição da natureza do escravo e que consistiria numa atividade improdutiva (como o uso de uma cama) em que não seria possível discernir entre corpo próprio (o corpo do escravo) e corpo de outro (o corpo do senhor) nem tampouco entre *physis* (o corpo vivo) e *nómos* (instrumento artificial). O escravo, definido por intermédio desse “uso do corpo”, é um homem sem obra que torna possível a outros homens terem uma vida humana, que é a vida política. É, portanto, a vida nua dos antigos (AGAMBEN, 2017, p.41).

Já uma concepção do uso liberta dos contornos jurídicos nos quais o franciscanismo se emaranhou apontaria para o uso como algo absolutamente inapropriável, “(...) como a única relação possível com o estado supremo do mundo, em que ele, como justo, não pode ser de modo algum apropriado”.⁷ No uso o homem se constitui a si mesmo (uso de si), numa estética da existência (Foucault) que é, ao final, um problema ético e não, propriamente, estético: cuida-se de um sujeito que se constitui pela prática de si, que se constitui na *relação* que mantém consigo mesmo, com o mundo e com outros seres e que se mantém imanente a esta relação (como dirá Foucault, o si com que se tem relação nada mais é do que a própria relação).⁸ No uso e na constituição desse sujeito haveria como que uma *causalidade imanente*, à maneira de Spinoza, ou seja, uma relação inseparável entre essência e existência (AGAMBEN, 2017, p.178 e ss.).

Por forma-de-vida, Agamben entende uma vida que jamais pode ser separada de sua forma, ou seja, uma vida em que nunca é possível isolar ou manter separado algo como uma vida nua, o *inverso* da vida nua, e que será sempre uma potência indivisa relativamente ao ato (AGAMBEN, 2017, p.233-234).

Em suma, já que a política ocidental funda-se na cisão entre “simples vida” e “vida politicamente qualificada”, cuida-se então de reunir *bios* e *zoè*, de neutralizar tal biopolaridade e fazer surgir um terceiro elemento, a forma-de-vida (AGAMBEN, 2017, p.246 e ss.). Para nosso autor, “(...) não será possível pensar outra dimensão da política e da vida se antes não formos capazes de desativar o dispositivo da exceção da vida nua” (AGAMBEN, 2017, p.295), indiferenciando existência e essência, potência e ato, num resultado em que vida biológica e vida política se indeterminam.⁹ Uma tarefa “destituínte” (e não constituinte), portanto.

5. Vida e Poder

Do conceito foucaultiano de biopolítica importa reter duas ideias centrais: a de que o poder de vida e morte engendrado pelo Estado, a partir do século XVIII, tem por alvo o controle sobre os corpos coletivos, e que o cenário da biopolítica é o liberalismo e as demandas de racionalização apresentadas pelo capital (o problema, por exemplo, da redução dos custos da saúde pública).¹⁰ É o capital, portanto, e não apenas (e tanto) o Estado-nação que deve importar na análise dos poderes que se exercem sobre as vidas coletivas, muito embora capital e Estado não sejam instâncias divorciáveis (o Estado, por meio de suas inúmeras agências de regulação, é o garante das relações contratuais do capital).

⁷ Como se daria com o corpo, a língua e a paisagem (AGAMBEN, 2017, p.105 e ss.). A concepção da justiça como algo “inapropriável” é tomada de empréstimo de Benjamin.

⁸ “A prática de si, o sujeito ético foucaultiano é essa imanência: o ser sujeito como passear-se a si. O ser que se constitui na prática de si nunca fica (...) debaixo ou antes de si, nunca separa (...) de si um sujeito ou uma ‘substância’, mas continua imanente a si, é sua constituição e não cessa de constituir a si, de exibir a si e usar a si como agente, visitante, passeante, amante” (AGAMBEN, 2017, p.129).

⁹ AGAMBEN, Giorgio. *O Uso dos Corpos*, ob. cit., p.250- 253.

¹⁰ FOUCAULT, 2008, p.431-432. “Este biopoder, sem a menor dúvida, foi elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que só pode se garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos” (FOUCAULT, 1988, p.132).

De qualquer modo, convivendo com os dispositivos disciplinares, que incidem sobre os corpos individuais, a biopolítica multitudinária vai suscitar uma questão fundamental e aparentemente ambígua: se a biopolítica é o poder que se exerce sobre os corpos coletivos e se em Foucault o poder não é unitário e não se exaure na figura do Estado – muito ao contrário, ele atravessa e circula as relações dos homens em vários níveis (famílias, instituições sociais etc.) – a base sobre a qual a biopolítica se assenta não será, jamais, uma base inerte e passiva. Ou, na fórmula mais elegante de Judith Revel, posta sob a forma de uma interrogação:

(...) trata-se de pensar a biopolítica como um conjunto de biopoderes ou então, na medida em que dizer que o poder abrangeu a vida significa igualmente que a vida é um poder, pode-se localizar na própria vida – isto é, certamente, no trabalho e na linguagem, mas também nos corpos, nos afetos, nos desejos e na sexualidade – o local de emergência de um contrapoder, o local de uma produção de subjetividade que se daria como momento de “desassujeitamento”? (REVEL, 2011, p.25)

Gostaríamos de esboçar uma resposta à indagação de Revel a partir da ideia, contida em sua interrogação, de que *a vida é poder*. E para tanto, deixando Foucault provisoriamente no canto da sala, rememorar o pensamento de Baruch de Spinoza, o filósofo do XVII que vai pensar justamente a vida e o direito enquanto potências.

Embora não seja possível analisar em pormenores a ontologia spinozana, dados os limites do presente texto, é o caso apenas de apontar que para o nosso autor o homem é uma relação inafastável com a substância única (Deus ou Natureza), do que decorre que “(...) a potência do homem, enquanto é explicada por sua essência atual, é uma parte da potência infinita de Deus e da natureza, isto é (...), de sua essência” (EIV, Proposição 4, Demonstração).¹¹ Tudo o que existe *exprime* a natureza de Deus e, portanto, “tudo o que existe exprime, de maneira definida e determinada, a potência de Deus, a qual é a causa de todas as coisas” (EI, P. 36, Demonstração).¹² E a essência atual de cada coisa (o homem, inclusive) é o esforço em perseverar em seu ser (“o esforço pelo qual cada coisa se esforça por perseverar em seu ser nada mais é do que a sua essência atual”),¹³ o que Spinoza chamará de *conatus*, um dinamismo concreto por perseguir e manter o fato de existir, um movimento singular do desejo. E como tal é um esforço temporalmente indefinido¹⁴ no qual a ideia ou conceito de morte não intervém, pois a morte é externa

¹¹ Utilizaremos, doravante, uma forma abreviada de citação das obras de Spinoza, em que E=Ética; IV=livro; P=proposição; D=demonstração; esc. ou escólio= escólio; TP= Tratado Político; TTP=Tratado Teológico Político.

¹² É bom que se diga desde logo que Spinoza não é um “filósofo-teólogo”, pois em seu pensamento Deus é um ponto de partida objetivo, não um criador. Além disso, o Deus spinozano, diferentemente do Deus da teologia, detém uma potência absoluta, ou seja, não se move por finalidades nem tampouco se assemelha ao homem (não experimenta paixões, por exemplo).

¹³ EIII, P. 7.

¹⁴ “(...) o esforço pelo qual uma coisa existe não envolve, de maneira alguma, um tempo definido, mas, pelo contrário, ela continuará, em virtude da mesma potência pela qual existe agora, a existir indefinidamente, desde que (pela mesma prop. 4) não seja destruída por nenhuma causa exterior. Logo, esse esforço envolve um tempo indefinido” (EIII, P. 8, Demonstração).

e não constitutiva da essência do homem.¹⁵ Por isso Spinoza dirá que é impossível que o homem se esforce, por sua natureza, a não existir ou a adquirir outra forma (EIV, P. 20, escólio) e que “não há nada em que o homem livre pense menos que na morte, e sua sabedoria não consiste na meditação da morte, mas da vida” (EIV, P. 67).

O *conatus* não é fardo, muito embora a tradução do termo *conatus* como “esforço” possa induzir a essa compreensão. De qualquer modo, dado que todo indivíduo é finito¹⁶ e que sempre haverá causas exteriores que o superam em potência,¹⁷ o *conatus* é um dinamismo positivo de resistência a tudo que a ele se opõe¹⁸ e aos perigos inerentes ao viver. Nesse sentido, pode-se dizer que o *conatus* é uma estratégia de guerra e de resolução de problemas postos pelas situações de risco: estratégia de resistência à violência policial, estratégia das minorias contra os discursos de ódio, as quais se engendram mesmo nas situações em que a aniquilação por forças externas e mais potentes se mostra inevitável.

Cuida-se, em suma, de uma expressão plena e inteira de uma força determinada, ou seja, a afirmação de uma potência atual, e não da atualização de uma “potência ainda potencial”, um esforço dinâmico do corpo e da mente¹⁹.

Para Spinoza o desejo é a própria essência do homem, o que significa considerar o desejo na perspectiva da razão que leva o homem a conservar-se, e não o contrário. O desejo como essência atual do homem é positivo, é uma ação e não nasce de uma negatividade interna ou de algum tipo de carência, é pura resistência, um esforço sem objeto e sem finalidade ou um *desir de rien* (desejo de coisa alguma), na feliz expressão de Laurent Bove (2010, p.79). O desejo é, assim, a significação efetiva do *conatus*, o outro nome desse perseverar no ser que é a própria essência do homem tomado numa perspectiva afirmativa, uma condição natural de todos os homens.

De todo modo, ao mesmo tempo em que pontua o *conatus* como um tipo de amor a si mesmo, Spinoza relembra ser totalmente impossível que não precisemos de nada que nos seja exterior para conservar o nosso ser e que vivamos apartados das coisas que estão fora de nós (EP. 18, escólio), o que tem por consequência que para o homem e sua conservação nada é mais útil que a união com outros homens (EIV, P. 35, Corolário 1). Assim, o desejo supõe uma *relação* e só pode ser concebido no interior da interação que o homem estabelece com outros homens ou outras coisas, o que o caracteriza como *uma certa maneira de desejar* marcada pelos encontros. A relatividade permanente dos desejos é, no pensamento de Spinoza, um importante

¹⁵ Por exprimir a potência de Deus, “(...) nenhuma coisa tem em si algo por meio do qual possa ser destruída (...) e ela se opõe a tudo que possa retirar a sua existência” (EIII, P. 6, Demonstração).

¹⁶ “Diz-se finita em seu gênero aquela coisa que pode ser limitada por outra da mesma natureza. Por exemplo, diz-se que um corpo é finito porque sempre concebemos um outro maior” (EI, Definição 2). A finitude não está, portanto, relacionada ao tempo de duração de um corpo, mas sim à potência de uma outra coisa. Uma finitude que é, portanto, relacional.

¹⁷ “A força pela qual o homem persevera no existir é limitada e é superada, infinitamente, pela potência das causas exteriores” (EIV, P. 3).

¹⁸ “(...) nenhuma coisa tem em si algo por meio do qual possa ser destruída, ou seja, que retire a sua existência (pela prop. 4); pelo contrário, ela se opõe a tudo que possa retirar a sua existência (...)” (EIII, P. 6, Demonstração).

¹⁹ Também a mente, “... quer enquanto tem ideias claras e distintas, quer enquanto tem ideias confusas, esforça-se por perseverar em seu ser por uma duração indefinida, e está consciente desse seu esforço” (EIII, P. 9).

índice de negação da existência de uma essência humana imodificável, o que desloca a questão a respeito do homem para uma interrogação não propriamente sobre o seu *ser*, mas sobre o seu *modo de ser*.

Há também em Spinoza um interessante liame entre as noções de desejo e *conatus*, de um lado, e a busca do que é *útil* enquanto virtude, de outro, uma vez que “quanto mais cada um busca o que lhe é útil, isto é, quanto mais se esforça por conservar o seu ser (...) tanto mais é dotado de virtude; e, inversamente, à medida que cada um se descuida do que lhe é útil, isto é, à medida que se descuida de conservar o seu ser, é impotente” (EIV, P. 20). E, numa síntese extraordinária, Spinoza dirá, aditando agora a *razão* como mais um elemento, que “agir absolutamente por virtude nada mais é, em nós, do que agir, viver, conservar o seu ser (estas três coisas têm o mesmo significado), sob a condução da razão, e isso de acordo com o princípio de buscar o que é útil para si próprio” (EIV, P. 24).²⁰

O esforço-perseverança não exclui, por certo, que dos encontros que travamos com outros seres, inclusive com o Estado e seus dispositivos biopolíticos, possam advir tristezas, as quais, necessariamente, diminuem a nossa potência de agir.²¹ Mas Spinoza nos dirá que há um esforço “por fazer com que se realize tudo aquilo que imaginamos levar à alegria” e que, por outro lado, esforçamo-nos também “por afastar ou destruir tudo aquilo que a isso se opõe, ou seja, tudo aquilo que imaginamos levar à tristeza” (EIII, P. 28).²² O hábito e a memória terão uma grande importância aqui, pois “quem se recorda de uma coisa com a qual, uma vez, se deleitou, deseja desfrutá-la sob as mesmas circunstâncias sob as quais, da primeira vez, com ela se deleitou” (EIII, P. 36), o que permite afirmar a existência de uma *tendência à repetição do prazer* (e à resistência à tristeza) como um princípio de nossa existência biopsíquica (BOVE, 2012, p.38). Dessa forma, já se nota que o *conatus* spinozano possui uma produtividade que impede se reconheça uma “vida nua”, uma vida indigna de ser vivida porque inteiramente aprisionada pelos dispositivos biopolíticos do capital ou do Estado.

Virtude e potência, para Spinoza, são inseparáveis: “Por virtude e potência compreendo a mesma coisa”, isto é, “a virtude, enquanto referida ao homem, é a sua própria essência ou natureza, à medida que ele tem o poder de realizar coisas que podem ser compreendidas exclusivamente por meio das leis de sua natureza” (EIV, Definição 8). Além disso, em Spinoza há uma identificação entre os termos *potentia* (potência) e *potestas* (poder), a negar que a potência seja uma mera “potencialidade”, é dizer, um poder que pode, ou não, concretizar-se. E a virtude-potência do homem consiste justamente em conservar-se.²³

²⁰ “(...) a verdadeira virtude nada mais é do que viver exclusivamente sob a condução da razão, enquanto a impotência consiste em o homem se deixar conduzir apenas pelas coisas que estão fora dele (...)” (EIV, P. 37, Escólio 1).

²¹ “(...) à medida que uma coisa é afetada de tristeza, ela é destruída, num grau que será tanto maior quanto maior for a tristeza que a afeta” (EIII, P. 21, Demonstração).

²² “A mente esforça-se, tanto quanto pode, por imaginar aquelas coisas que aumentam ou estimulam a potência de agir do corpo” (EIII, P. 12).

²³ “O esforço por se conservar é o primeiro e único fundamento da virtude” (EIV, P. 22, Corolário).

Em breve, em Spinoza “uma coisa qualquer, (...) seja ela mais perfeita ou menos perfeita, sempre poderá perseverar no existir, com a mesma força com que começa a existir, razão pela qual, sob esse aspecto, todas as coisas são iguais” (EIV, Prefácio). A premissa é a da existência de um “esforço universal que fazem todos os homens para a sua conservação, esforço que fazem igualmente, quer sejam sábios ou insensatos” (TP, Capítulo III, §18).²⁴ Passivo, mas ativo ao mesmo tempo, produzido e produtor de realidade, o homem é um *múltiplo simultâneo* (CHAUI, 2003, p.134-135) capaz de constituir novas formas de vida e novas formas de liberação por meio do direito, da política, das artes etc. Um homem que é capaz de produzir uma vida que está longe de congelar-se nos modelos de produção capitalista e dos biopoderes engendrados pelo Estado, ou seja, reduzido ao domínio absoluto do poder político ou do mercado.

6. Direito e (É) Potência

Especificamente no campo do direito, diferentemente de Hobbes e dos contratualistas, em Spinoza inexistência de transferência de potência ou cessão de direito no momento de instituição do estado civil. Sobre o direito natural (que vai até onde for o “desejo” e o “poder”) Spinoza nega a possibilidade de sua renúncia pelo indivíduo, a não ser que este transfira para outrem o poder de se defender. Mas o privar-se absolutamente do direito de se defender importa na privação da própria humanidade. Assim, “ninguém (...) pode alguma vez transferir para outrem o seu poder e, conseqüentemente, o seu direito, a ponto de renunciar a ser um homem”. Em consequência, “tampouco haverá soberano algum que possa fazer tudo à sua vontade” (TTP, Capítulo XVII).²⁵ A transferência, além disso, contrariaria o desejo natural que todos os homens têm de governar (e de não serem governados).²⁶

Em carta de 2 de junho de 1674 (Carta 50), Spinoza dirá a Jelles que, diferentemente de Hobbes, mantém sempre o direito natural. Contudo, em Hobbes, em rigor, há também a conservação de alguns direitos naturais, como, por exemplo, a defesa da própria vida. Mas tal conservação se dá ou a título de direito individual não transferido ou a respeito do qual a lei silencia ou como mera *virtualidade* que, em situações extremas, pode vir a atualizar-se. Ou seja, o direito natural deixa de ter realidade na vida política, salvo nas situações limítrofes da guerra civil ou da renúncia do soberano (CHAUI, 2003, p.296). Em Spinoza, ao contrário, o direito natural é uma realidade produtiva e não cessa jamais de existir e é justamente a instituição do direito civil o fator determinante à efetividade do direito natural, frágil e abstrato antes desse momento decisivo da política. Assim, a vida política surge para que o direito natural se torne real e não para que seja aniquilado.

²⁴ “Quanto mais cada um busca o que lhe é útil, isto é, quanto mais se esforça por conservar o seu ser, e é capaz disso, tanto mais é dotado de virtude” (EIV, P. 20).

²⁵ “(...) os homens dotados de Razão nunca abandonam o seu direito a tal ponto que deixem de ser homens e se tornem semelhantes a gado” (TP, Capítulo VII, § 25).

²⁶ “(...) é certo que não há ninguém que não goste mais de governar do que ser governado; ninguém cede voluntariamente o comando a outrem ...” (TP, Capítulo VII, §5°).

Há, em decorrência, uma relação de permanente *tensão* entre o poder do soberano, instituído pela lei civil, e o direito natural dos indivíduos, que, por não cessar de existir, atua como medida do direito civil e como ameaça permanente ao detentor do poder (TP, Capítulo III, §2º). Em breve, o direito natural é, ao mesmo tempo, *guardião* do direito civil, ou seja, medida do poder político, e também sua *ameaça*, e essa é sua tensão insuperável.

Já se pode então compreender que o direito natural em Spinoza é uma projeção do próprio *conatus*, que se estende para a dinâmica interindividual, e também por isso não há transferência de poder, pois ninguém pode deixar de desejar e de buscar a sua conservação, o seu perseverar na existência a partir da busca do útil próprio. A ontologia ressurge aqui mais uma vez e, por conta disso, Spinoza conceberá o direito natural como sendo “(...) as próprias leis ou regras da Natureza segundo as quais tudo acontece, isto é, o próprio poder da Natureza” (TP, Capítulo II, §4º). Tal direito é o próprio poder de Deus,²⁷ que, por força da causalidade imanente, não se retira do causado, ou seja, Deus é a causa pela qual as coisas existem e também pela qual perseveram em seu existir (EI, P. 24, corolário). Potência em ato, o direito natural se exprime na forma de um direito comum que se nutre da potência da própria vida.

A instituição do estado civil não muda a natureza desejante e passional dos homens nem tampouco o desejo de governar (mais do que de ser governado), donde a naturalidade e a inafastabilidade do conflito. Mais ainda, se há uma continuação entre o estado natural e o estado civil, tal contínuo, embora institua uma horizontalidade afetiva visando à paz, não elimina nem a violência nem as relações de força.²⁸ A liberdade e o direito se defendem e se conquistam pela cooperação, no estado civil, não há dúvida, mas igualmente pelo conflito e pela resistência. É dizer, se há resistência no estado de natureza (resistência a submeter-se ao arbítrio de outrem), como de fato há, haverá também resistência no estado civil, inclusive contra a tirania. Em rigor, o que obsta a que o poder seja absoluto (incontrolável) é que a multidão continue a ser *temível* aos olhos do governante, o que faz do direito de resistência uma expressão multitudinária do direito natural e do *conatus*, um dinamismo positivo contrário à consolidação passiva de um *homo sacer*.

Daí decorre que a indignação diante da injustiça é uma reação natural do homem, seja para se defender de uma ameaça, seja para se vingar de um mal (TP, Capítulos III, §9º, e IV, §4º). Não há dúvida de que na instituição do estado civil os indivíduos devem obediência ao Estado, e mesmo quando julgam iníquos os decretos da cidade são, contudo, obrigados a submeter-se-lhes (TP, Capítulo III, §5º). Não obstante, a cidade “peca” e atenta contra si mesma quando age contra os ditames da

²⁷ “Sabendo, portanto, que o poder pelo qual existem e agem os seres da Natureza é o próprio poder de Deus, conhecemos facilmente o que é o direito natural” (TP, Capítulo II, §3º).

²⁸ “(...) é pelo direito de guerra, não pelo direito civil, que o rei pode ser privado do seu poder; à sua violência os súditos não podem resistir senão pela violência” (TP, Capítulo VII, §30); “(...) considero que o magistrado supremo, em qualquer cidade, só tem direitos sobre os súditos na medida em que seu poder seja superior ao deles; coisa que sempre ocorre no estado natural” (Carta 50).

razão, isto é, quando impõe ao homem a negação de seu esforço de perseverança e quando viola as leis estabelecidas por ela mesma (TP, Capítulo IV, §4º).

Do que se vê, a obediência (pressuposto de uma vida em comum) e a resistência (limite ao poder político) são pensadas em conjunto por Spinoza, da mesma forma que a liberdade dos cidadãos e a autoridade do Estado. Se a obediência produz súditos, a resistência produz cidadãos, não havendo qualquer antítese entre obediência e resistência, pois, em rigor, a antítese se dará entre obediência e *servidão* (GUIMARAENS; ROCHA, 2014, p.190). Por isso Spinoza, sem qualquer contradição, poderá dizer, de um lado, que “é o que a cidade decreta ser justo e bom o que cada um deve aceitar como tal [e obedecer]”, e, de outro, que “se numa cidade os súditos não tomam as armas porque estão dominados pelo terror, deve-se dizer, não que aí reina a paz, mas, antes, que a guerra aí não reina” e que “uma cidade em que a paz é efeito da inércia dos súditos conduzidos como um rebanho e formados unicamente na servidão, merece mais o nome de solidão que o de cidade” (TP, Capítulo III, §5º, e Capítulo V, §4º).

A paz não consiste na ausência de guerra, mas na união das almas, isto é, na concórdia. Dessa forma, Spinoza admite que as leis sejam violadas pela multidão quando assim o ditar o “interesse comum” (TP, Capítulo IV, §6º) e, nesse caso, a defesa do interesse comum se dá não pelo direito civil, mas pelo “direito de guerra” (TP, Capítulo IV, §6º), cuidando-se de uma expressão coletiva do dissenso e não de expressões isoladas ou individuais, pois “a nenhum particular compete julgar, isto é, decidir se é do interesse comum violar as leis estabelecidas ou não” (TP, Capítulo IV, §6º, e Capítulo III, §5º).

Em Spinoza as discórdias e sedições representam a passagem de uma forma a outra, ou seja, a própria conservação *dinâmica* do Estado “sem modificação notável” (TP, Capítulo vi, §2º), mas que podem evoluir à própria dissolução da cidade em situações extremas, pois aqueles que detêm o poder não podem “violiar ou desprezar abertamente as leis estabelecidas por eles mesmos” sob pena de transformarem o temor em indignação” (TP, IV, §4º).

Em breve, os conflitos e a resistência expressam uma tensão que Spinoza assume abertamente, pois a potência plural da multidão funda e sustenta o Estado, mas, no limite, pode também destruí-lo. Ou seja, a segurança e a liberdade, fins do Estado, não excluem o dissenso, o que torna a estabilidade política algo tão desejável quanto frágil ao mesmo tempo.

7. Conclusão

Agamben condiciona a participação na vida política ao pagamento de um preço muito alto, a sujeição da vida a um poder de morte. No entanto, é necessário compreender que a vida está no campo do poder político “para o mal” (servidão), mas também “para o bem”, ou seja, para a construção de estratégias de resistência a partir de uma massa viva e plena de potência, em que o direito é um *locus* de efetuação de poderes (e não, necessariamente, de “assujeitamentos”). A vida escapa continuamente e o direito por ela engendrado, se por um lado atua como ferramenta de normalização, por outro serve de escore de luta aos novos procedimentos de

poder. É Foucault quem nos indica que os discursos nem são submetidos de uma vez por todas ao poder, nem opostos a ele, e que os discursos são elementos ou blocos táticos no campo das correlações de força (FOUCAULT, 1988, p.96-97). Ou seja, é possível extrair uma linha de fuga contemporânea que se nutra da própria biopolítica, que lida com o corpo múltiplo e potente.

Com Spinoza aprendemos que o esforço em perseverar é inerente a todos os modos, a indicar que a potência e a resistência são primeiras diante do poder político. Cuida-se de tomar a vida enquanto *zoé*, mas que é potente antes mesmo de ser *bios*, o que permite problematizar a cisão entre “simples vida” (*zoé*) e “vida politicamente qualificada” (*bios*), já que existência e essência, potência e ato são ontologicamente inseparáveis.

Indo além, é necessário não tomar o poder como algo que se possa dividir entre os que o possuem e os que não o possuem, do que decorre considerar o poder como algo que *circula* e em cuja *rede* “os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão” (FOUCAULT, 2008, p.183). Tem-se aqui uma advertência metodológica que Agamben não toma em devida conta²⁹ e que acaba por ignorar que não há transcendência do Estado relativamente à potência que o constitui (a potência da multidão), à qual está sempre subordinado. Há, assim, uma dinâmica nas relações de poder, que não se exaurem na figura estática e sempre precária do soberano.

Não há, então, uma massa inerte e passiva à mercê do Estado e do capital, mas sim um conjunto vivo de estratégias que toma a vida como um vetor de autovalorização. Uma vida que é a um só tempo precariedade e capital único do homem. Cuida-se, portanto, de tomar a biopolítica não mais apenas como poder sobre a vida, mas como potência da vida, e de considerar a insurgência de uma biopolítica do coletivo que aponta a potência de vidas que não são inertes nem tampouco passivas (ou “nuas”).

É também o caso de não desconfiar que é do próprio corpo, em sua dinâmica desejante, que arrancam as possibilidades de resistência e de uma nova política, sob pena de termos que admitir a morte como a única linha de fuga possível ao escape do indivíduo a qualquer poder, ou, como prefere Agamben, uma forma-de-vida de esvaziamento do direito e dos desejos, uma vida “mortificada”, portanto. A interpelação que deve ser feita à concepção política agambeniana é: com que corpo? (ou, na poética de Noel, “com que roupa?”). Em São Francisco de Assis tem-se a ascese e o corpo como o “irmão Burrico” assujeitado pela moralização das formas de vida. Já em Spinoza, diferentemente, “(...) quanto maior é a alegria de que somos afetados, tanto maior é a perfeição a que passamos, isto é, tanto mais necessariamente participamos da natureza divina” (EIV, P. 45, Escólio 2).

²⁹ As demais advertências metodológicas são as seguintes: não analisar o poder em seu centro, mas sim em suas extremidades, onde ele se prolonga e penetra as instituições locais; não analisar o poder pelo lado interno, ou seja, não indagar: “quem tem o poder e o que pretende”; analisar como o poder e suas técnicas atuam nos níveis mais elementares da sociedade (família, vizinhança etc.); compreender os “aparelhos de saber” formados pelo poder (FOUCAULT, 2008, p.182-186).

Por outro lado, é Agamben mesmo quem nos recorda que em Hobbes o estado de natureza sobrevive na pessoa do soberano, que o conserva e pode, por isso, exercer o direito de punir (AGAMBEN, 2007, p.41 e 113). Contudo, se não há transferência do direito/potência na “passagem” do estado de natureza ao estado civil, o estado de natureza e sua potência sobrevivem *também* nos súditos, ou seja, em todos e em cada um de nós. Assim, se estado de natureza e direito transitam no interior da soberania, como de fato transitam, transitarão também através das (nas) “vidas nuas”.

A história é repleta de exemplos de resistências de homens e mulheres perante o poder do Estado e do capital. Num dos relatos mais impressionantes dos horrores do holocausto, Primo Levi nos fala de estratégias de resistências que brotam mesmo nas situações em que a aniquilação por forças externas e mais potentes se mostra inevitável. E refere à história de Elias Lindzin, o anão-máquina do campo de Auschwitz descrito como “um espetáculo inquietante” de força de trabalho e resistência.³⁰ Um homem que era, provavelmente, feliz.

Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

_____. *Altíssima Pobreza: regras monásticas e formas de vida*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2014.

_____. *O Uso dos Corpos*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2017.

BOVE, Laurent. *Espinosa e a Psicologia Social*. Ensaios de Ontologia Política e Antropogênese. Tradução de André Menezes Rocha *et alii*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

_____. *La Stratégie du Conatus*. Affirmation et Résistance chez Spinoza. Paris: VRIN, 2012.

CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica editora, 2013.

_____. *Vocabulário de Foucault*. Tradução de Ingrid Müller Xavier. 2ª edição. Belo Horizonte: Autêntica editora, 2016.

CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A Vontade de Saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque *et al.* Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. *Em Defesa da Sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³⁰ “(...) enquanto caminha a passinhos rápidos com suas pernas curtas e fortes, faz caretas debaixo da carga, ri, pragueja, berra e canta sem parar, como se tivesse pulmões de bronze (...). Nunca o vi descansando, nunca calado ou quieto, nunca soube que se machucasse ou adoecesse” (LEVI, 1988, p.97).

_____. *Nascimento da Biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Microfísica do Poder*. 25ª edição. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008.

GUIMARAENS, Francisco de; ROCHA, Maurício. Spinoza e o Direito de Resistência. *In: Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, nº 69. Florianópolis, dez. 2014.

LEVI, Primo. *É Isto um Homem?* Tradução de Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

REVEL, Judith. *Dicionário Foucault*. Tradução de Anderson Alexandre da Silva. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SPINOZA, Baruch. Tratado Político. Tradução de Manuel de Castro. *In: Coleção "Os Pensadores"*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. *Tratado Teológico-Político*. Tradução de Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Ética*. Tradução de Tomaz Tadeu. 2ª edição. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



Carga Burocrática e Carga Tributária¹

Ives Gandra da Silva Martins*

Pagamos tributos para uma burocracia dominante.

Uma das reformas mais discutidas há 28 anos – desde a Comissão Mattos Filho, do governo Collor – e jamais concretizada é a reforma tributária.

Dois são os objetivos desejados pela população e pelos especialistas: redução do peso dos tributos e simplificação do sistema. A carga tributária no Brasil, segundo a OCDE, supera a do Japão, Suíça, Estados Unidos, China, Coreia do Sul, México e a da grande maioria dos países, nivelando-se em patamar pouco inferior à da Alemanha e se aproximando perigosamente às da França, Suécia e países nórdicos.

O grande diferencial, nos países desenvolvidos de carga inferior ou superior à do Brasil, é que os serviços públicos são de qualidade consideravelmente superior, principalmente em educação e saúde.

Todos os projetos de reforma tributária no país, seja para redução da carga ou simplificação do sistema, têm esbarrado na triste realidade detectada por editorial desta Folha de 20 de novembro, vale dizer, nos gastos federais com pessoal (R\$ 300 bilhões), assim como no que foi apontado por reportagem segundo a qual os gastos de pessoal pressionam as despesas correntes de 14 estados e do DF, superando de muito sua arrecadação.

A carga burocrática impede não só a redução da carga tributária como a simplificação do sistema. Como dizia Alvin Toffler, os “integradores do poder” (burocratas) multiplicam-se nos governos ineficientes, criando obrigações insuportáveis para a sociedade (“A terceira onda”), sendo, em grande parte, mais importantes que os políticos, pois, uma vez acoplados ao poder, não mais o deixam. São permanentes, e não transitórios, como os políticos.

Quanto mais burocratas, mais complicados são os sistemas, pois é a forma de se tornarem imprescindíveis. Quanto mais complicados os sistemas, mais recursos da sociedade são necessários para sustentá-los no poder.

Hoje, a carga burocrática do Brasil impede a redução da carga tributária a tal ponto que o peso dos tributos é destinado de forma assustadora à remuneração, em dose superior à dos países desenvolvidos, da burocracia dominante, composta de parcela considerável de servidores não concursados, mas escolhidos, em grande número, por serem amigos do rei. Pagamos tributos não para receber serviços públicos de qualidade, mas para sustentar burocratas e políticos.

¹ Texto publicado no jornal “Folha de São Paulo”, Caderno “Opinião”, em 24 de dezembro de 2018. Disponível em: <www.folha.uol.com.br>.

* Professor Emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra. Advogado.

Por essa razão, todos os projetos de reforma tributária apresentados nos últimos 28 anos não foram adiante, o mesmo acontecendo com as boas propostas do deputado Luiz Carlos Hauly ou dos professores Bernard Appy e de De Sancti, pois, em qualquer delas, governadores de estados perderiam o poder de continuar a promover a guerra fiscal do ICMS, assim como os burocratas deixariam de ser necessários para gerar complexidade, algo que se tornou o “nó górdio” em todos os projetos não aprovados no passado.

Creio que uma revolução tributária seja necessária. Nada é tão justo como permitir que o contribuinte entenda as leis que o obrigam a pagar tributos, sem ter, como ocorre nesta terra de Santa Cruz, que se socorrer de uma legião de especialistas.

Enquanto, todavia, burocratas e políticos mantiverem seus privilégios, não ocorrerá a simplificação necessária, que poderia ser feita por legislação infraconstitucional. E o peso dos tributos, superior ao de muitos países desenvolvidos, continuará a flagelar a sofrida nação brasileira – transformada, como na Idade Média, em “escrava da gleba” pelos novos “senhores feudais” do Brasil.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa¹

Jorge Miranda*

Nenhum documento alcançou tanta autoridade e ressonância política nos séculos XX e XXI como a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Nenhum documento alcançou tanta autoridade e ressonância política nos séculos XX e XXI como a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Emanada da organização, em princípio, representativa de todos os povos do mundo (a Organização das Nações Unidas), ela dirige-se a todos os homens e mulheres; para lá da igualdade, é a unidade do gênero humano que afirma. Baseada na ideia de que todos os seres humanos são “dotados de razão e de consciência”, ela tornou-se ponto de referência obrigatório de todos quantos lutam pela liberdade e pela fraternidade e o padrão por que se determina a natureza de cada regime ou sistema político.

Quanto a Portugal, porém, durante o regime autoritário, ela foi ignorada na prática. Assim como, após 25 de abril de 1974, ela seria referida logo no programa do primeiro Governo provisório e viria a constar de dois dos projetos de Constituição submetidos à Assembleia Constituinte (mesmo se até 25 de novembro de 1975 se verificaram atropelos de vária ordem a direitos das pessoas e à paz cívica).

Por isso, tendo como ponto de partida o art. 11º, nº 2, do projeto de Constituição do Centro Democrático Social, a Assembleia Constituinte viria a aprovar, sem grande dificuldade e após os trabalhos da sua comissão de redação, o que seria o art. 16º, nº 2, da Constituição: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

O sentido deste art. 16º, nº 2, vem a ser tríplice. Através dele, pretende-se clarificar e alargar o catálogo de direitos, reforçar a sua tutela e abrir para horizontes de universalismo e jus-universalismo, como também se observa nos arts. 7º, 15º e 38º, nºs 2, 4, 6 e 7.

¹ Texto publicado no Jornal “Público”, Caderno “Opinião”, em 12 dez. 2018. Disponível em: <<https://publico.pt/2018/12/12/politica/opiniao/declaracao-universal-direitos-humanos-constituicao-portuguesa-1854353>>.

* Doutor em Ciências Jurídico-Políticas. Participou na elaboração das constituições Portuguesa (1976), de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e do Timor-Leste (2001). Autor de mais de duas centenas e meia de publicações, entre monografias, manuais, lições policopiadas e artigos científicos, salientando-se os títulos: Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade (1968); A Revolução de 25 de Abril e o Direito Constitucional (1975); A Constituição de 1976: formação, estrutura e princípios fundamentais (1978); Manual de Direito Constitucional (1981); Direito da Economia (1983); Estudos de Direito Eleitoral (1995); Direito Internacional Público (1995); O Constitucionalismo Liberal Luso-Brasileiro (2001) e Teoria do Estado e da Constituição (2002). Doutor Honoris Causa em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005). Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

Os direitos fundamentais ficam situados num contexto mais vasto e mais sólido que o texto constitucional e ficam impregnados dos princípios e valores da Declaração, como parte essencial da ideia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais – e, por conseguinte, toda a ordem jurídica portuguesa – têm de ser pensadas e postas em prática.

Não se trata de mero alcance externo. Trata-se de um alcance normativo imediato, com incidência no conteúdo dos direitos formalmente constitucionais.

Esta interpretação da Constituição conforme a Declaração torna-se tanto mais fácil quanto é certo que ela foi uma das suas fontes, como se reconhece confrontando o teor de uma e de outra. Mas para lá de correspondências mais ou menos evidentes, deparam-se alguns artigos da Declaração, que, com utilidade, esclarecem normas constitucionais, evitam dúvidas, superam divergências de localizações ou de formulações, propiciam perspectivas mais ricas do que, aparentemente, as perspectivas do texto emanado do Direito interno.

É o que sucede (ainda depois de todas as revisões constitucionais):

- com o art. 1º da Declaração, ao ligar a dignidade da pessoa humana à razão e à consciência de que todos os homens são dotados;

- com o art. 2º, 1ª parte, ao esclarecer que as causas de discriminação indicadas o são a título exemplificativo (“nomeadamente”) e não a título taxativo;

- com o art. 2º, 2ª parte, ao impor um tratamento por igual aos estrangeiros (completando os arts. 13º, nº 2, e 15º, nº 1, da Constituição);

- com o art. 9º, ao estabelecer que ninguém pode ser arbitrariamente exilado;

- com o art. 14º, ao atribuir o direito de asilo a qualquer pessoa sujeita a perseguição, e não apenas a perseguição política (como consta do art. 33º, nº 8, da Constituição);

- com o art. 16º, nº 1, ao declarar que “a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar” e que “durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais”;

- com o art. 16º, nº 2, ao estipular que o casamento exige “o livre e pleno consentimento dos esposos” (o que só está implícito no art. 36º, nº 1);

- com o art. 18º, ao distinguir liberdade de pensamento e liberdade de consciência;

- com o art. 22º, 2ª parte, ao fazer depender a realização dos direitos económicos, sociais e culturais do esforço nacional e da cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos do país (como está apenas pressuposto nos arts. 7º, 9º e 81º);

- com o art. 26º, nº 3, ao declarar que aos pais pertence a prioridade do direito de escolha do género de educação a dar aos filhos [o que reforça a garantia contida nos arts. 36º, nº 5, e 67º, nº 2, alínea c), e não é sem consequências sobre os arts. 43º, 74º e 75º];

- com o art. 29º, nº 2, ao prescrever que, no exercício dos direitos e no gozo das liberdades, ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista, exclusivamente, a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos dos outros

e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática – o que traduz um princípio não funcionalizador dos direitos aos limites, mas dos limites aos direitos fundamentais.

Resta notar que algumas das atuais Constituições dos Estados de língua oficial portuguesa também fazem alusão à Declaração Universal (ou até menção): como as de Timor (art. 23º), de Moçambique (art. 43º), de São Tomé e Príncipe (art. 12º, nº 2) e de Angola (art. 26º, nº 2).

Dos Créditos Ilíquidos na Lei nº 11.101/2005

Mônica Maria Costa Di Piero*

Prescreve o inciso III do art. 51 da Lei nº 11.101/05 que a petição inicial de recuperação judicial será instruída com a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente.

Determina, ainda, o inciso IX do indigitado dispositivo legal que o requerimento deve ainda apresentar a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

De outro lado, os parágrafos 1º e 3º do art.6º da LRJF preceituam que terá prosseguimento no juízo que no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida e que o juiz competente para tais demandas poderá determinar a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria.

Assim, segundo a exegese dos indigitados dispositivos legais, o curso das execuções individuais e das ações que versarem sobre quantias ilíquidas não é suspenso pelo deferimento do processamento da recuperação judicial.

A expressão quantia ilíquida, segundo a doutrina de João Pedro Scalzilli, *"demonstra claramente que o legislador quis dispensar um tratamento especial às ações de conhecimento, justamente aquelas que demandam valor ainda não totalmente determinado"*. (SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência*, Editora Almedina, 2016, p.137)

Nas demandas cujos pedidos são ilíquidos, ou seja, que dependem da verificação da existência do evento danoso, sua extensão e valor da reparação, somente após determinado o valor dos créditos, estes deverão ser habilitados no quadro geral de credores da sociedade em recuperação judicial.

Bem de ver que após a apuração do valor devido na ação em que se demandar quantia ilíquida, o crédito decorrente da sentença judicial deverá ser incluído na classe adequada do quadro geral de credores, evitando-se, assim, a tramitação de execução individual em concomitância com a ação de recuperação judicial, de forma a possibilitar o pagamento de credores ao largo do plano de recuperação aprovado pela Assembleia Geral de Credores.

Acresce-se que o *caput* do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 determina que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

* Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Desse modo, interpretando-se de forma sistemática o art. 6º e o art. 49, da LRJF, extrai-se que estão abrangidos pela Lei de Recuperação Judicial todos os créditos decorrentes de fatos jurídicos existentes no momento da apresentação do pedido de recuperação, ainda que posteriormente seja mensurada à extensão do dano e o valor da indenização.

O Superior Tribunal de Justiça já definiu que o crédito decorrente de sentença condenatória, proferida em autos de ação indenizatória ajuizada antes do pedido de soerguimento, submete-se aos efeitos da ação de recuperação judicial, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC.

NÃO OCORRÊNCIA. DISCUSSÃO SOBRE INCLUSÃO DE CRÉDITO EM PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. “DEMANDA ILÍQUIDA”. APLICAÇÃO DO §1º DO ART. 6º DA LEI Nº 11.101/2005.

CRÉDITO REFERENTE À AÇÃO INDENIZATÓRIA. OBRIGAÇÃO EXISTENTE ANTES DO PEDIDO DE SOERGUIMENTO. INCLUSÃO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DA LEI Nº 11.101/2005. RECURSO PROVIDO.

1. Não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, pois o eg. Tribunal a quo dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha a examinar uma a uma as alegações e os argumentos expendidos pelas partes. Ademais, não se configura omissão quando o julgador adota fundamento diverso daquele invocado nas razões recursais.

2. No caso, verifica-se que a controvérsia principal está em definir se o crédito decorrente de sentença condenatória, proferida em autos de ação indenizatória ajuizada antes do pedido de soerguimento, submete-se, ou não, aos efeitos da recuperação judicial em curso.

3. A ação na qual se busca indenização por danos morais – caso dos autos – é tida por “demanda ilíquida”, pois cabe ao magistrado avaliar a existência do evento danoso, bem como determinar a extensão e o valor da reparação para o caso concreto.

4. Tratando-se, portanto, de demanda cujos pedidos são ilíquidos, a ação de conhecimento deverá prosseguir perante o juízo na qual foi proposta, após o qual, sendo determinado o valor do crédito, deverá ser habilitado no quadro geral de credores da sociedade em recuperação judicial. Interpretação do §1º do art. 6º da Lei nº 11.101/2005.

5. Segundo o *caput* do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

6. A situação dos autos demonstra que o evento danoso, que deu origem ao crédito discutido, bem como a sentença que reconheceu a existência de dano moral indenizável e dimensionou o montante da reparação ocorreram antes do pedido de recuperação judicial.

7. Na hipótese de crédito decorrente de responsabilidade civil, oriundo de fato preexistente ao momento da recuperação judicial, é necessária a sua habilitação e inclusão no plano de recuperação da sociedade devedora.

8. Recurso especial provido.

(REsp 1447918/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 16/05/2016.)

Nessa linha de ideias, em se tratando de crédito constituído em momento precedente ao pedido da recuperação judicial e aceito expressamente pelas recuperandas, não há óbice para que seja inserido no Quadro Geral de Credores.

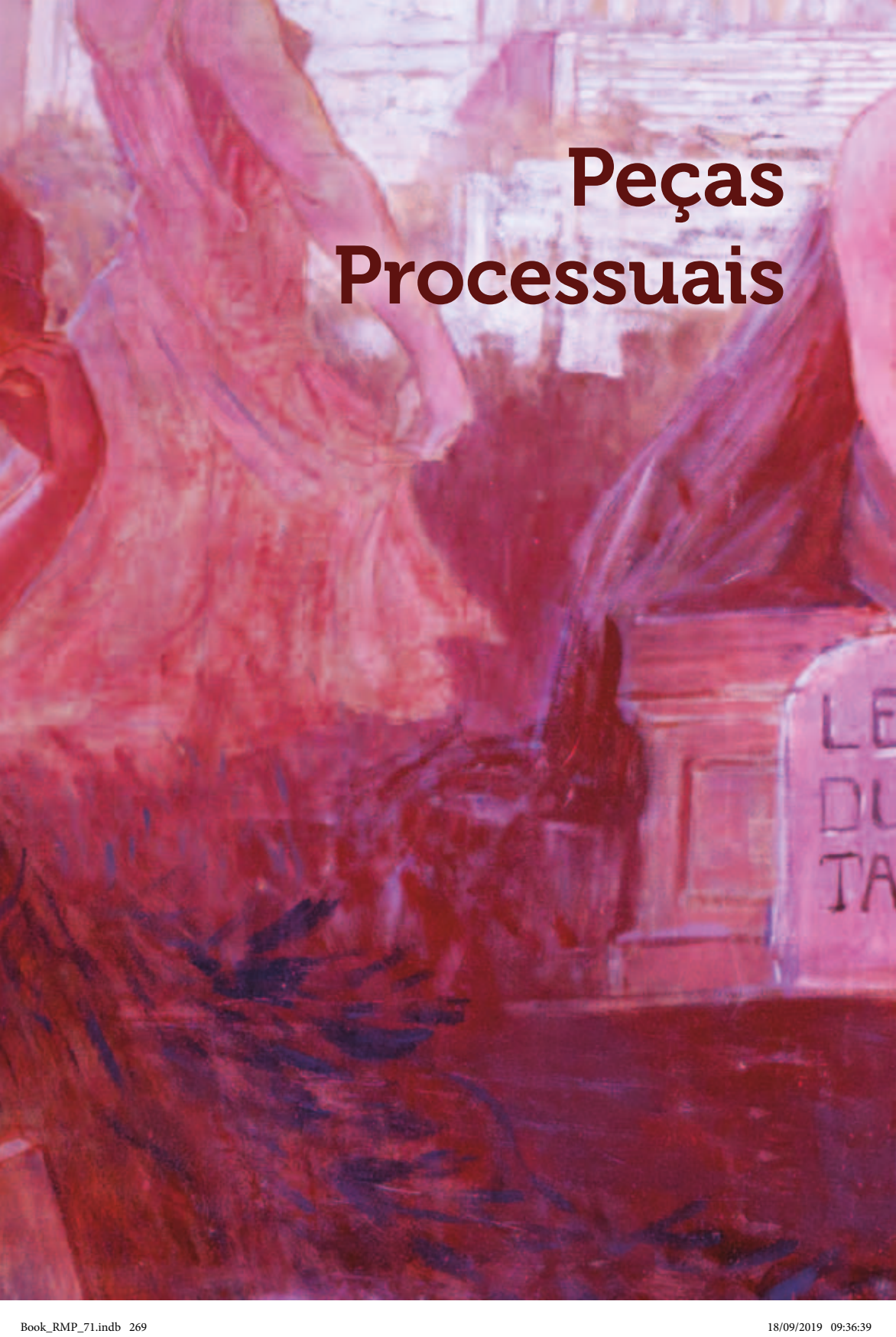
Sem dúvida, esse é o comando legal e a jurisprudência caminha na mesma direção, quais sejam os créditos ainda ilíquidos, não obstante estejam submetidos à recuperação judicial, só devem constar da lista de credores após reconhecida sua liquidez, não se vislumbrando qualquer prejuízo o Administrador incluir em sua lista tais créditos, sobretudo se reconhecidos pelas credoras.

Fixadas tais premissas, conclui-se que o afastamento da inserção na lista dos credores ilíquidos não traduz estejam eles afastados da recuperação judicial.

Estando o fato constitutivo do direito configurado antes do pedido de recuperação judicial, a ela estará submetido o respectivo crédito, ainda que responsabilidade da devedora.



Detalhe da imagem da capa

A painting of a cemetery scene. On the left, a large, muscular statue of a man in a red robe stands. In the center, a tombstone is visible with the text 'LE DU TA' on it. The background shows a cityscape with buildings. The overall color palette is dominated by reds and oranges.

Peças Processuais

Pareceres

• • •

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

3ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE INFRACIONAL

HABEAS CORPUS Nº 0004164-76.2018.8.19.0000

IMPETRANTE: TADEU ANTÔNIO VALVERDE – DP

PACIENTES: F.A.S. E OUTRAS

AUTORIDADE COATORA: JUÍZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA CAPITAL

RELATORIA: DES. LUIZ N. DANTAS

Parecer Ministerial em ação de *Habeas Corpus*. Ato infracional análogo à conduta do artigo 354 do Código Penal. Pretensão defensiva ao trancamento do processo por atipicidade. Pertinência do *writ*. Figura delitiva com previsão de crime próprio, cuja prática está adstrita a quem ostente a condição jurídica de preso. Hipótese que não contempla adolescente. Ilegalidade pela submissão de adolescente à ação socioeducativa pelo crime do artigo 354 do CP. Parecer pela concessão da ordem.

PARECER

AÇÃO DE *HABEAS CORPUS*. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS ARTIGOS 140, 147, 129, *CAPUT*, 331 E 354, TODOS DO CP. BUSCA DEFENSIVA QUE SE PRENDE À ATIPICIDADE DA CONDUTA DAS ADOLESCENTES FRENTE AO TIPO PENAL DO ARTIGO 354 DO CP. CABIMENTO DO TRANCAMENTO DO FEITO. ADOLESCENTES INTERNADAS EM UNIDADE DO DEGASE. PERTURBAÇÃO DA ORDEM. INOCORRÊNCIA DE CONDUTA QUE SE AMOLDE AO CRIME DO ARTIGO 354 DO CP. TIPO PENAL QUE EXIGE QUALIDADE OU CONDIÇÃO ESPECIAL DO SUJEITO ATIVO, QUAL SEJA, A CONDIÇÃO JURÍDICA DE “PRESO”, QUANDO, EM VERDADE, NEM OS ADOLESCENTES OSTENTAM A CONDIÇÃO DE “PRESOS” NEM MESMO SÃO RECOLHIDOS A ESTABELECIMENTOS QUE SE CLASSIFIQUEM COMO “PRISÕES”, O QUE JÁ DE PLANO AFASTA CABALMENTE A POSSIBILIDADE DE SE APONTAR A SIMILITUDE DA CONDUTA QUE AS PACIENTES LEVARAM A EFEITO PARA COM AQUELA DEFINIDA NO ARTIGO 354 DO CP. EVIDENTE HIPÓTESE DE ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*, CONFIGURANDO OFENSA AO

PRINCÍPIO DA LEGALDADE ESTRITA (CP, ARTIGO 1º). *PARECER PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, TORNANDO DEFINITIVOS OS EFEITOS DA LIMINAR PARA TRANCAR O PROCESSO QUANTO AO CRIME DO ARTIGO 354 DO CP, SEGUINDO, TODAVIA, EM SEUS ULTERIORES TERMOS QUANTO ÀS DEMAIS INFRAÇÕES PENAIS.*

Egrégia Câmara,

Trata-se de ação de *habeas corpus*, aqui manejada pelo defensor público Tadeu Antônio Valverde, em favor da adolescente F.A.S. e de outras, ao argumento de que as pacientes estariam experimentando constrangimento ilegal por obra do juízo da Infância e da Juventude da Capital, mais precisamente porque teriam sido indevidamente internadas e sujeitas à provisória internação, em razão da suposta prática de atos infracionais análogos às figuras dos artigos 140, 147, 129, *caput*, 331 e 354, na forma do artigo 69, todos do Código Penal.

O pedido, pois, liminarmente, é no sentido da imediata desinternação das pacientes e do sobrestamento do feito (interrupção provisória) quanto ao crime do artigo 354 do CP para, no mérito, se tornarem definitivas tais medidas, procedendo-se ao “trancamento” do processo quanto à representação pelo fato descrito como análogo ao crime do artigo 354 do CP.

Dispensadas as informações, adveio decisão concessiva de liminar, tal como pleiteada na peça inaugural (023).

É o relatório. Passo a opinar.

A hipótese, a meu sentir, é de concessão da ordem.

Primeiramente, cabe esclarecer que as pacientes são adolescentes em conflito com a lei, é dizer, jovens que, por motivos que não cabe aqui revisitar, se encontravam em determinada Unidade do Departamento Geral de Ações Socioeducativas (DEGASE), sendo certo que, neste contexto, teriam se reunido para protestar contra a administração daquela unidade, daí advindo a prática de fatos, segundo a representação, análogos às infrações penais descritas nos artigos 140, 147, 129, *caput*, 331 e 354, na forma do artigo 69, todos do Código Penal.

De fato, o *Parquet* estadual entendeu que, entre outras práticas, as pacientes teriam “se amotinado, perturbando a ordem ou a disciplina do local onde se encontravam internadas”, em quadro de analogia à figura do artigo 354 do CP.

Aqui, todavia, reside exatamente a minha discordância para com o entendimento esposado pela combativa Promotora de Justiça, subscritora da representação.

Como é sabido, a prática de ato infracional, considerando-se, segundo redação do artigo 103 da Lei nº 8.069/90, a conduta descrita como crime ou contravenção penal, sujeita os adolescentes às medidas previstas no artigo 112 da Lei nº 8.069/90, variando tal consequência desde uma simples admoestação à internação.

Contudo, à evidência que a imposição de qualquer das medidas do referido artigo 112, porque dotadas de uma forte dose de violência estatal, ainda que, muitas vezes, necessária, certamente não prescinde de um juízo sobre a adequação típica da conduta levada a efeito pelo adolescente, pena de ofensa a um dos postulados básicos do estado democrático de direito, é dizer, o princípio da legalidade estrita (CP, art. 1º).

No caso *sub examine*, apontam-se as adolescentes autoras da infração penal do artigo 354 do CP, que confere relevância penal à conduta de “amotinarem-se presos, perturbando a ordem ou disciplina da prisão”.

Trata o tipo penal em comento de espécie de crime próprio, “que só pode ser realizado por ‘presos’, não se excluindo a participação de terceiros, estranhos ao cumprimento da pena.”¹ (Grifo no original)

Ao comentar a tipologia do artigo 354 do CP, leciona Bitencourt, com apoio em Magalhães Noronha, que “sujeitos ativos somente podem ser pessoas presas (crime próprio), sendo indispensável a pluralidade de sujeitos ativos, configurando crime de *concurso necessário*.”²

Como se vê, o tipo penal em comento exige qualidade ou condição especial do sujeito ativo, qual seja, a condição jurídica de “preso”, quando, em verdade, nem os adolescentes ostentam a condição de “presos” nem mesmo são recolhidos a estabelecimentos que se classifiquem como “prisões”, o que já de plano afasta cabalmente a possibilidade de se apontar a similitude da conduta que as pacientes levaram a efeito para com aquela definida no artigo 354 do CP.

Com efeito, tendo equiparado as pacientes a quem ostenta a condição de “preso”, a imputação se deu em evidente e descabida analogia *in malam partem*, sabidamente proscriita no ordenamento jurídico brasileiro, tendo o já citado professor Damásio de Jesus advertido que: “A aplicação do procedimento analógico no Direito Penal é objeto de tratamento particular. Encontra-se proibida em relação às normas penais em sentido estrito, quais sejam, as que definem infrações e cominam penas (as denominadas normas penais incriminadoras). Não pode a analogia criar figura delitiva não prevista expressamente ou pena que o legislador não haja determinado. Contra ela vige a regra de reserva legal em relação aos preceitos primário e secundário das normas definidoras de condutas puníveis.”³

O tipo do artigo 354 do CP é destinado exclusivamente a “presos”, daí se excluindo a possibilidade de se dizerem os adolescentes autores de ato infracional análogo⁴.

Portanto, parece-me prenhe de razões o impetrante, que busca o trancamento do processo quanto à suposta prática de ato infracional análogo à figura do artigo 354 do CP.

¹ DE JESUS, Damásio Evangelista. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 19ª edição, 2009, p.1116.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial 5. São Paulo: Ed. Saraiva, 6ª edição, revista e ampliada, 2012, p.428.

³ DE JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Ed. Saraiva, 31ª edição, 2010, p.96/97.

⁴ Também está excluído do alcance da norma, pela mesma lógica, quem cumpre medida de segurança.

Nestas condições, o parecer desta Procuradoria de Justiça é pela concessão da ordem, é dizer, pelo trancamento do processo relativo à ação socioeducativa pela prática de fato análogo à conduta descrita no artigo 354 do CP, com todos os seus consectários lógicos, seguindo o feito, quanto aos demais atos infracionais, os seus ulteriores termos.

Rio de Janeiro, 18 de março de 2018.

DENNIS ACETI B. FERREIRA

Procurador de Justiça

RELATÓRIO CONCLUSIVO DA COMISSÃO ESPECIAL PARA ESTUDO SOBRE O REDIMENSIONAMENTO DAS CENTRAIS DE INQUÉRITOS E DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE INVESTIGAÇÃO PENAL

SUMÁRIO

- I. HISTÓRICO
- II. METODOLOGIA DE TRABALHO
- III. CRONOGRAMA DOS TRABALHOS
- IV. DAS REUNIÕES E PROPOSIÇÕES
 - A. 1ª REUNIÃO
 - a. DIA
 - b. TEMAS NÚCLEOS E PIPs DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
 - c. PARTICIPANTES
 - d. QUESTÕES CRÍTICAS
 - e. PROPOSIÇÕES
 - 1. CRIAÇÃO DE PIPs COM ATRIBUIÇÃO PARA OS INQUÉRITOS DE VD
 - 1.1. PIPVD COM ATRIBUIÇÃO PARA OS INQUÉRITOS DE VD REGISTRADOS NAS DEAMs
 - 1.2. CRIAÇÃO DE PROMOTORIAS DE JUSTIÇA ESPECIALIZADAS EM CRIMES PRATICADOS CONTRA A MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – PIPVD – TANTO EM CURSO NAS DEAMs QUANTO NAS DISTRITAIS – MÉDIO PRAZO
 - 2. CRIAÇÃO DE NÚCLEOS DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – NUCVID – LONGO PRAZO
 - B. 2ª REUNIÃO
 - a. DIA
 - b. TEMAS: VINCULAÇÃO TERRITORIAL E NÚCLEOS DE CONTROLE EXTERNO
 - c. PARTICIPANTES
 - d. QUESTÕES CRÍTICAS
 - e. PROPOSIÇÕES

1. VINCULAÇÃO TERRITORIAL ÀS ÁREAS INTEGRADAS DE SEGURANÇA PÚBLICA – AISP_s – MÉDIO PRAZO

2. CRIAÇÃO DE NÚCLEOS DE CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL NAS TRÊS CENTRAIS DE INQUÉRITOS – MÉDIO PRAZO

C. 3ª REUNIÃO

a. DIA

b. TEMAS: MUTIRÕES EM PIP_s E EM DP_s

c. PARTICIPANTES

d. QUESTÕES CRÍTICAS

e. PROPOSIÇÕES

1. REALIZAÇÃO DE MUTIRÕES NAS PIP_s – CURTO PRAZO

2. REALIZAÇÃO DE MUTIRÕES NAS DP_s – CURTO PRAZO

D. 4ª REUNIÃO

a. DIA

b. TEMAS: PIP_s COM ATRIBUIÇÃO PARA OS IP_s DAS DELEGACIAS ESPECIALIZADAS

c. PARTICIPANTES

d. QUESTÕES CRÍTICAS

e. PROPOSIÇÕES

1. REDISTRIBUIÇÃO DOS INQUÉRITOS DAS DP_s ESPECIALIZADAS PELAS PIP_s – TOTAL OU PARCIAL

2. ESTUDO PARA REDISTRIBUIÇÃO DOS IP_s DAS DELEGACIAS POLICIAIS ESPECIALIZADAS DESTACADAS EM RAZÃO DA NATUREZA DA COMPLEXIDADE DA MATÉRIA E SEM REPERCUSSÃO DIRETA NO MAPEAMENTO DA CRIMINALIDADE LOCAL

V. CONCLUSÃO

RELATÓRIO CONCLUSIVO DA COMISSÃO ESPECIAL PARA ESTUDO SOBRE O REDIMENSIONAMENTO DAS CENTRAIS DE INQUÉRITOS E DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE INVESTIGAÇÃO PENAL, INSTITUÍDA NO ÂMBITO DO FÓRUM PERMANENTE INSTITUCIONAL¹

A Comissão Especial para o estudo sobre o redimensionamento/modernização das Centrais de Inquéritos e das Promotorias de Justiça de Investigação Penal – PIP, instituída na 3ª reunião ordinária do Fórum Permanente Institucional – FPI, no dia 10/11/2017, com fulcro nos artigos 13 e 14 do Regimento Interno, vem apresentar o presente Relatório, com propostas que atendam aos itens 03 e 04 do Relatório Conclusivo

¹ Versão para publicação.

da Comissão instituída pelo Ato GPGJ nº 1.446/2017, em atenção às determinações e recomendações da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, por meio da Portaria nº 198/2016, de 29 de setembro de 2016.

I. HISTÓRICO

O Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Portaria do CNMP-CN nº 198/2016 (doc. 1, anexo), determinou Correção Extraordinária em alguns órgãos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, entre eles, a 1ª Central de Inquéritos, “a fim de verificar *in loco*, a regularidade e o funcionamento dos serviços ministeriais”, documentada por meio do Procedimento de Correção nº 0.00.000.000423/2016-03, a qual foi realizada nos dias 07 e 11 de novembro daquele mesmo ano.

Ao final do trabalho da mencionada Correção restaram assentadas pela Corregedoria Nacional, no que tange às PIPs, as proposições abaixo, as quais foram aprovadas pelo Plenário do CNMP, na 5ª Sessão Ordinária, realizada em 14/03/17 (doc. 2, anexo):

1 – DETERMINAÇÃO ao Exmo. Procurador-Geral de Justiça, para que, em conjunto com o Colégio de Procuradores de Justiça:

a) reavaliem a conveniência de manutenção das PIPs e, se for o caso, promovam a fusão e redistribuição de suas atribuições às Promotorias Criminais de Capital; b) caso entendam pela manutenção do modelo de PIPs, promovam a desvinculação da PIP com a respectiva Delegacia de Polícia, passando a distribuição equânime dos procedimentos (inquéritos, cautelares e notícias de fato) que aportam em tais unidades, observando critérios objetivos e impessoais, em consonância com a Resolução nº 23/2007 do CNMP, controlando-se, ainda, as prevenções, conexões e compensações. Ademais, a Corregedoria Nacional propõe também ao plenário do Conselho Nacional do Ministério Público que expeça: 2 – RECOMENDAÇÃO aos Exmos. Membros das PIPs a fim de que passem a adotar as seguintes providências: a) exerçam o protagonismo nas investigações, não se limitando a aguardar as providências de outros órgãos, incluindo, quando for o caso, a investigação criminal própria e b) procurem adotar uma atuação mais integrada aos órgãos institucionais de apoio à atividade finalística de suas respectivas atribuições, tais como GAECO, CAOS, entre outros, com o desiderato de potencializar a chance de êxito e efetividade nas investigações de maior complexidade. A Corregedoria Nacional deverá ser informada no prazo de 90 (noventa) dias acerca das providências adotadas. (doc. 3, anexo).

Com o propósito de realizar estudos sobre a proposição do CNMP de revisão das atribuições das Promotorias de Justiça de Investigação Penal, foi instituída comissão, por meio do ATO GPGJ nº 1449/2017 (doc. 4, anexo), sob a presidência do Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Ricardo Ribeiro Martins, tendo apresentado relatório conclusivo em 20 de outubro de 2017 (doc. 5, anexo), com várias sugestões para aperfeiçoamento do trabalho dos referidos órgãos de execução, sob as premissas de:

1 – manutenção da especialização do Ministério Público na fase de investigação por meio das PIPs e

2 – vinculação das atribuições das PIPs à área territorial.

Recebido o Relatório Conclusivo da Comissão, o Procurador-Geral de Justiça o remeteu à Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento Institucional – SUBPLAN, para que no prazo de 90 dias realizasse os estudos e promovesse os encaminhamentos necessários à adoção das medidas ali alvitadas, sendo que em relação aos itens 03 e 04² foi determinada a instauração de Procedimento de Estudo e Diagnóstico – PED (doc. 6, anexo), no âmbito da CMOD, a qual propôs que a questão fosse levada ao Fórum Permanente Institucional para deliberar sobre a proposta de constituição de Comissão Especial, uma vez que se trata de tema de relevante natureza estratégica e impactante para a atividade-fim na seara criminal.

Acolhida a proposta pelo FPI, foi instituída a presente Comissão³ (doc. 7, anexo) para desenvolver estudo e discussão acerca da eficiência e produtividade das PIPs e apresentar ao Procurador-Geral de Justiça propostas para redimensionamento das atribuições daqueles órgãos e reestruturação das Centrais de Inquéritos, na perspectiva do reequilíbrio da demanda de trabalho e volume de acervo, com atenção especial às distorções apontadas pelo Centro de Apoio de Violência Doméstica.

II. METODOLOGIA DE TRABALHO

A comissão utilizou a seguinte metodologia de trabalho:

1 – Identificação das questões críticas apontadas pela Corregedoria Nacional e pela Comissão Institucional, presidida pelo Procurador de Justiça Dr. Ricardo Ribeiro Martins;

2 – Coleta de dados e informações pela Coordenação de Modernização Organizacional, pelos CAOs Criminal e de Violência Doméstica e pelos Coordenadores das 1ª, 2ª e 3ª Centrais de Inquéritos;

² 3 – Promover estudos objetivando o redimensionamento e a readequação das PIPs, à luz, entre outros, dos critérios de eficiência, produtividade e volume de acervo, aqui reproduzidos, inclusive com o apoio de mutirões e da Corregedoria-Geral, se necessário; 4 – Promover estudos com o fim de corrigir as eventuais distorções apontadas pelo CAO da Violência Doméstica.

³ A Comissão foi composta pelos seguintes integrantes: SUBPLAN, Assessoria da SUBPLAN, CMOD, 2ª Procuradoria de Justiça junto à 4ª Câmara Criminal, 31ª Procuradoria de Região Especial, CSI, Coordenadoria da 1ª Central de Inquéritos, Coordenadoria da 2ª Central de Inquéritos, Coordenadoria da 3ª Central de Inquéritos, Coordenadoria e Subcoordenadoria do CAO Criminal, Coordenadoria do CAO Violência Doméstica, 8ª PIP da 2ª CI, 17ª PIP da 1ª CI, 4ª PIP da 3ª CI, 9ª PIP da 2ª CI, 7ª PIP da 3ª CI, 29ª PIP da 1ª CI e Secretaria-Geral.

3 – Discussão em reuniões temáticas (*vide* item 3);

4 – Apresentação de propostas de enfrentamento de cada questão crítica anteriormente apontada, com políticas institucionais de curto, médio e longo prazos, abrangendo tanto aquelas afetas à atividade-fim, com os necessários redimensionamentos de atribuições, respeitando as titularidades atuais, quanto às relativas à atividade-meio, para melhor estrutura e gestão do aglomerado de órgãos de execução.

No decorrer da definição das questões críticas, foi trazida a urgência em se solucionar a ausência de política institucional específica para tratamento da ineficiência quanto ao planejamento, à articulação e à estrutura administrativa apta a garantir a melhor forma de Execução do Controle Externo da Atividade Policial, sugestão também constante do relatório da Comissão Institucional (item 8 do Relatório Conclusivo – doc. 5, anexo). Esta questão não vinha passando despercebida, sendo já objeto de estudo pelo Grupo de Trabalho de Controle Externo da Atividade Policial e do Sistema Prisional, formado no âmbito da SUBPLAN, que está em fase final de elaboração de um manual de Controle Externo da Atividade Policial e do Sistema Prisional e de proposta de formação de Núcleos de Controle Externo – estruturas administrativas para armazenamento de informações e instância articuladora dos órgãos de execução com atribuição.

III. CRONOGRAMA DOS TRABALHOS

As reuniões temáticas foram divididas em 4 (quatro) encontros, a saber: nos dias 27/11/17, 04/12/2017, 08/01/2018 e 22/01/2018, conforme o cronograma a seguir:

1ª Reunião da Comissão Especial Tema: Violência Doméstica	27/11/2017
2ª Reunião da Comissão Especial Tema: Núcleos de Controle Externo e modelo territorial das PIPs	04/12/2017
3ª Reunião da Comissão Especial Tema: Mutirões	08/01/2018
4ª Reunião da Comissão Especial Tema: Delegacias Especializadas	22/01/2018

Vale ressaltar que a Secretaria do FPI registrou em ata as reflexões e os apontamentos colhidos nos encontros, conforme cronograma das reuniões (doc. 8, anexo).

IV. DAS REUNIÕES E PROPOSIÇÕES

A. 1ª REUNIÃO

a. DIA: 27/11/17

b. TEMAS: NÚCLEOS E PIPs DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

c. PARTICIPANTES:

MEMBROS DA COMISSÃO PRESENTES: Leila Machado Costa (Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento Institucional), Roberta da Silva Dumas Rego (Assessoria da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento Institucional), Clisânger Ferreira Gonçalves (Coordenadoria de Modernização Organizacional), Ricardo Ribeiro Martins (2ª Procuradoria de Justiça perante a 4ª Câmara Criminal), Elisabete Figueiredo Felisbino Barbosa Abreu (Coordenadoria da 2ª Central de Inquéritos), Marcus Edoardo de Sá Earp Siqueira (Coordenadoria da 3ª Central de Inquéritos), Somaine Patrícia Cerruti Lisboa (Coordenadoria do CAO Criminal), Lúcia Iloizio Barros Bastos (Coordenadoria do CAO Violência Doméstica), Roberta Maristela dos Anjos (Subcoordenadoria do CAO Criminal) e Dimitrius Viveiros Gonçalves (Coordenação da Secretaria-Geral) e Elisa Fraga de Rego Monteiro (Coordenadoria de Segurança e Inteligência).

CONVIDADOS: Luiz Eduardo da Silva Levy de Souza (14ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 3ª Central de Inquéritos), Alexandre Murilo Graça (17ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos) e Isabela Jourdan da Cruz Moura (29ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos).

d. QUESTÕES CRÍTICAS

De início, só para esclarecer, vale consignar que os crimes de VD não são registrados apenas nas Delegacias Especializada de Atendimento à Mulher – DEAMs –, pois à mulher foi atribuído o direito de registrar a ocorrência de crime de VD em qualquer DP distrital. De outro turno, as DEAMs não investigam apenas crimes de VD, mas qualquer outro crime praticado por homem contra a mulher que não esteja na qualidade de marido, parente ou outra qualidade, a exemplo dos crimes de estupro, assédios etc.

Nesse diapasão, tal realidade justifica e fundamenta não só a sequência de proposições produzidas nesta 1ª Reunião, como também as feitas na 4ª Reunião – DPs Especializadas –, conforme se verá adiante.

O tema escolhido para a primeira reunião “Violência doméstica” – VD – visa ao enfrentamento das seguintes questões: 1 – *divisão desigual de inquéritos policiais em tramitação nas diversas PIPs, sejam especializadas, sejam distritais*; 2 – *elevado acervo e* 3 – *desproporção de produtividade*.

A despeito de se reconhecer a disparidade na complexidade entre as investigações, conforme a natureza do crime e a impossibilidade de haver uma distribuição equânime de IPs a partir de uma vinculação territorial às circunscrições das DPs, fato é que existe grande desequilíbrio na distribuição de IPs de crimes de VD em relação aos demais crimes, o que, por via de consequência, importa na desigual divisão de trabalho entre as PIPs.

Isso se dá em todas as CIs, onde se verifica que o número de entrada e de acervo de IPs nas PIPs com atribuição junto às DEAMs é numericamente superior se comparado com as Delegacias Policiais distritais, mesmo estas incluindo crimes de VD, lembrando, como antes dito, que a mulher tem o direito de registrar a ocorrência de crime de VD em qualquer DP distrital.

Por outro lado, é de se observar que algumas PIPs vinculadas às DEAMs (com um acervo altíssimo) têm atribuição também para DPs distritais (doc. 9, anexo), o que, de certo modo, prejudica o trabalho a ser desenvolvido em relação aos demais crimes, tornando, quiçá, quase que impossível a realização de um trabalho eficiente voltado ao combate da criminalidade na circunscrição. Ademais, é de se considerar que deste excessivo acervo, apenas pequena parte não se refere a crime praticado em situação de violência doméstica.

A toda evidência, o alto acervo, a baixa complexidade da matéria e o elevado número de inquéritos relatados pela Autoridade Policial favorecem que as PIPs vinculadas às DEAMs avulsem em número de denúncias e arquivamentos, fato gerador da tão falada “desproporção de produtividade”.

Ademais, é importante mencionar que em relação ao tema Violência contra a Mulher foram expedidas, em 2012, recomendações dirigidas ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela Comissão Parlamentar Mista de Inquéritos da Violência contra a Mulher (doc. 10, anexo), encaminhadas pelo Senado Federal, sob o procedimento MPRJ nº 2013.00921094, nos seguintes termos:

- i) Dotar a Promotoria com atuação na Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de competência para atuar em todas as ações e não apenas naquelas relativas a flagrante;
- ii) Não mais encaminhar para a Central de Inquéritos os casos envolvendo Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher;
- iii) Criar uma Promotoria Especializada com abrangência estadual, a exemplo da Coordenadoria da Mulher do Poder Judiciário, para fazer a articulação do sistema de justiça, bem como com os integrantes da rede especializada de atendimento à mulher;
- iv) Capacitar permanentemente os membros do Ministério Público, bem como os servidores que atuem com crimes de violência de gênero, doméstica e familiar contra a mulher para a correta aplicação da Lei Maria da Penha em conformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal.

A violência à mulher está em evidência também nas políticas de segurança pública e justiça criminal em âmbito nacional, haja vista constar como um dos três objetivos do Plano Nacional de Segurança Pública de 2017 – Ministério da Justiça⁴, além de ser meta da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública – ENASP⁵ – Meta de Feminicídio, cuja execução é acompanhada pelo CNMP. A referida Meta consiste na conclusão dos inquéritos policiais relativos aos feminicídios praticados nesses dois anos de vigência da Lei do Feminicídio, o que ensejará a reunião de esforços por todos que oficiam nos referidos procedimentos, bem como das respectivas Delegacias de Polícia. A ENASP elegeu o feminicídio como tema do ano de 2016 para desafiar as estatísticas.

O Conselho Nacional do Ministério Público, por sua vez, editou a Resolução nº 135/2016, que determina o cadastramento das ações penais e os inquéritos policiais que versem sobre feminicídio, em demonstração de que o MP Brasileiro está preocupado em dar resposta a tal fenômeno.

Convém mencionar, por fim, em razão de sua atualidade, os dados recém-informados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ –,⁶ (doc. 11, anexo) em relação ao alarmante incremento do número de processos de feminicídios e de medidas protetivas concedidas às vítimas na Comarca da Capital, na ordem de 58,94%, sem dizer que este dado não inclui as vulneráveis áreas de Bangu, Barra da Tijuca, Campo Grande, Jacarepaguá e Leopoldina, pois estes locais têm Fóruns Regionais.

A reorganização das PIPs, na referida seara, precisa estar afinada com a missão da instituição e, por conseguinte, impactar a sociedade. Restou evidenciado que o atual modelo não garante a correta aplicação da Lei Maria da Penha nem permite a concentração de esforços no enfretamento de crimes de outras ordens.

⁴ Acesso em 05 jan.17: <<http://www.justica.gov.br/news/plano-nacional-de-seguranca-preve-integracao-entre-poder-publico-e-sociedade/pnsp-06jan17.pdf>>

⁵ “A ESTRATÉGIA NACIONAL DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA – ENASP – foi criada em 22 de fevereiro de 2010, tendo sido o resultado de um esforço conjunto do Ministro da Justiça, do Presidente do Conselho Nacional de Justiça bem como do Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público, com o objetivo de viabilizar maior eficácia dos programas de segurança pública através de uma articulação transversal entre os personagens que compõem o Sistema de Justiça” <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/enasp>> (acesso em 05 jan.2018).

⁶ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – site com acesso em 18.01.2017:

- <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/feminicidio/dados-estatisticos>;
- http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home?p_p_id=portletassessoriaimprensadestfototexto_WAR_portletassessoriaimprensa&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&portletassessoriaimprensadestfototexto_WAR_portletassessoriaimprensa_jspPage=%2Fhtml%2Fview%2Fvisualizacao%2Fnoticia.jsp&portletassessoriaimprensadestfototexto_WAR_portletassessoriaimprensa_noticialId=54303;
- http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home?p_p_id=portletassessoriaimprensadestfototexto_WAR_portletassessoriaimprensa&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&portletassessoriaimprensadestfototexto_WAR_portletassessoriaimprensa_jspPage=%2Fhtml%2Fview%2Fvisualizacao%2Fnoticia.jsp&portletassessoriaimprensadestfototexto_WAR_portletassessoriaimprensa_noticialId=54501

Assim, é imperioso que o redimensionamento das atribuições das PIPs atenda, a um só tempo: 1 – à melhoria da efetividade no trato do tema violência doméstica, que cresce a cada dia e em todo lugar, com uma atenção especializada e ampla, inclusive em relação à fiscalização da política pública específica, desafiando o incremento e o aprimoramento da atuação da tutela coletiva, e 2 – à priorização de produção de investigações voltadas ao combate à criminalidade violenta e ao crime organizado, objetivos estratégicos institucionais.

Sob tal foco, com vistas a deflagrar os debates entre os membros da comissão foi trazido o seguinte material:

- Tabelas de dados com o acervo das PIPs das três Centrais de Inquéritos, com o *ranking* geral de feitos e indicação dos identificados como sendo crime de VD (doc. 12, anexo);
- Gráficos demonstrativos do percentual de inquéritos relacionados a crimes de violência doméstica em relação ao total de feitos existentes em cada uma das Centrais de Inquéritos (doc. 13, anexo);
- Estudo comparativo do modelo de atuação na área de VD nos diversos MPs (doc. 14, anexo);
- Parecer técnico do CAO de Violência Doméstica contra a Mulher e Núcleo de Gênero, sobre as deficiências na atuação do tema (doc. 15, anexo).

e. PROPOSIÇÕES

Com base nessas diretrizes, foram apresentadas *duas macroproposições de políticas institucionais, a primeira desdobrada em duas*, a serem implementadas de forma gradativa, com indicação de prazo(s) para implementação e de medidas prévias a serem adotadas. São elas: 1 – *a criação de PIPs com atribuição vinculada aos Inquéritos Policiais de Violência Doméstica, englobando-se nas atribuições destas, em uma primeira etapa, apenas os Inquéritos decorrentes de registros feitos nas DEAMs, e em uma segunda etapa, aqueles decorrentes de registros feitos nas DEAMs e nas Distritais*; 2 – *a instituição de Núcleos de Combate à Violência Doméstica*.

1. CRIAÇÃO DE PIPs COM ATRIBUIÇÃO PARA OS INQUÉRITOS POLICIAIS DE VD

1.1. PIPVD COM ATRIBUIÇÃO PARA OS INQUÉRITOS POLICIAIS DE VD REGISTRADOS NAS DEAMs – CURTO PRAZO

De início, importante ressaltar que as três Centrais de Inquéritos já contam, atualmente, com PIPs que atuam diretamente com as DEAMs, ainda que não exclusivamente, sendo na 1ª Central de Inquéritos, as 17ª, 26ª e 31ª PIPs, na 2ª Central de Inquéritos, a 7ª e 8ª PIPs e, na 3ª Central de Inquéritos, as 13ª e 14ª PIPs.

O elenco dos órgãos e delegacias a estes vinculadas consta na tabela abaixo:

PIPs que atuam diretamente com as DEAMs	
1ª Central de Inquéritos – Núcleo Centro	17ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos (DEAPTI, DEAM Centro e Jacarepaguá, DRCCSP, DEAT, DDSD – Delegacia de Defesa dos Serviços Delegados)
	26ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos (DRCI, DECON e DEAM Centro e Jacarepaguá)
1ª Central de Inquéritos – Núcleo Barra da Tijuca	31ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos (43ª DP – Guaratiba e DEAM-OESTE)
2ª Central de Inquéritos – Núcleo Niterói	7ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 2ª Central de Inquéritos (Delegacias Especializadas e DEAM – Niterói)
2ª Central de Inquéritos – Núcleo São Gonçalo	9ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 2ª Central de Inquéritos (Delegacias Especializadas e DEAM – São Gonçalo)
3ª Central de Inquéritos – Núcleo Duque de Caxias	13ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 3ª Central de Inquéritos (DEAM Duque de Caxias e São João de Meriti)
3ª Central de Inquéritos – Núcleo Nova Iguaçu	14ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 3ª Central de Inquéritos (DEAM Nova Iguaçu e Belford Roxo)

A análise da tabela permite concluir que das três Centrais de Inquéritos somente a 3ª Central de Inquéritos possui órgãos de execução com atribuição exclusiva para atuar nos crimes registrados nas DEAMs, quais sejam as 13ª e 14ª Promotorias de Justiça de Investigação Penal, enquanto as 1ª e 2ª Centrais de Inquérito, apesar de apresentarem órgãos de execução com atribuição para atuar nos crimes registrados, estes não o fazem de forma exclusiva.

Na 1ª Central de Inquérito optou-se por atribuir às 17ª e 26ª PIPs a atribuição concorrente para atuarem nos crimes registrados nas DEAMs Centro e Jacarepaguá, acrescidas de outras unidades policiais especializadas. Em relação à 31ª PIP, a opção foi por atribuir-lhe os crimes registrados na DEAM-Oeste, juntamente com os praticados na circunscrição da 43ª DP (Guaratiba).

Numa simples análise comparativa dos dados constantes nos quadros estatísticos das PIPs da 1ª Central de Inquéritos, constantes no Relatório Conclusivo da Correição Extraordinária de Corregedoria Nacional (p.137 a 305, doc. 3, anexo), observa-se que os dados das PIPs que possuem atribuição para crimes de VD apresentam elevado número de distribuição e maior acervo, mas também com maior produtividade se comparadas com as de outros pacotes de atribuição, ou seja, PIPs de outras especializadas e distritais (à exceção das 2ª, 19ª, 20ª, 21ª e 27ª, as quais mantêm elevado acervo, apesar de menor distribuição).

Durante as discussões chegou-se à conclusão da evidente desproporção numérica nas PIPs que trabalham com as DEAMs, diga-se, crescente a cada dia, sendo certo que o número de crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher representa 29,51% de todos os inquéritos em curso nas três Centrais de Inquéritos. Vale lembrar, de novo, que na DEAM também são registrados, ainda que em pequena escala, crimes contra a mulher não enquadrados nas hipóteses de violência doméstica.

É de se considerar, ainda, que esse excessivo acervo impede o tratamento prioritário aos crimes tidos como os que impactam mais fortemente a sensação de segurança, conforme consta no art. 2º do Decreto nº 41.931 de 25/06/2009, que dispõe sobre o Sistema de Definição e Gerenciamento de Metas para os Indicadores Estratégicos de Criminalidade do ERJ (doc. 16, anexo).⁷

⁷ Decreto nº 41.931, Art. 2º – Os indicadores estratégicos de criminalidade que terão metas para fins de aplicação do sistema de gerenciamento ora implantado, por impactarem mais fortemente a sensação de segurança, serão:

* I – letalidade violenta, compreendendo as seguintes categorias:

- a) homicídio doloso;
- b) autos de resistência;
- * b) homicídio decorrente de oposição à intervenção policial;
- * (Nova redação dada pelo Decreto nº 45.567, de 28/01/17)
- c) latrocínio;
- d) lesão corporal seguida de morte.

*(Nova redação dada pelo Decreto nº 42.780, de 03/01/11)

II – roubos de veículos;

III – roubos de rua, nas seguintes categorias:

- a) a transeuntes;
- b) em coletivos;
- c) de celulares.

Diante disso, concluiu-se que há premente necessidade de especialização em violência doméstica e familiar contra a mulher, com a criação de pelo menos, 3 (três) órgãos de execução com atuação exclusiva em investigação penal na seara da violência doméstica, acompanhando os juizados, no âmbito da 1ª Central de Inquéritos. Tal sugestão de exclusividade foi também acolhida pela coordenação da 2ª Central de Inquérito.

Importante destacar, que houve consenso de que a medida protetiva deve permanecer como atribuição da PJ junto aos JVD, por que se mostrou mais eficiente e célere.

Em síntese, diante da conclusão da necessidade de caminhar, gradativamente, rumo à especialização de órgãos de execução, a partir da criação de PIPs com atribuição exclusiva para a temática da violência doméstica, a Comissão apresentou as seguintes propostas de política institucional de redimensionamento de atribuições, para implementação em curto, médio e longo prazos:

1 – Na 1ª Central de Inquéritos, a criação, por transformação, de três PIPs com atribuição exclusiva para os inquéritos policiais de VD hoje em tramitação nas DEAMs, conforme desenho abaixo – medida de curto prazo – decisão por unanimidade:

- *PIP Campo Grande⁸ com abrangências sobre DEAM – Campo Grande, Santa Cruz, e Guaratiba.*
- *PIP Jacarepaguá com abrangência sobre DEAM – Jacarepaguá, Barra da Tijuca, Realengo e Bangu.*
- *PIP Centro com abrangência residual, incluindo DEAM – Centro.*

2 – Consequente redistribuição, na 1ª Central de Inquéritos, dos IPs em tramitação nas DEAMs relativos a crimes contra a mulher que não tenham natureza de VD para as PIPs vinculadas à territorialidade – medida de curto prazo – decisão por unanimidade.

3 – Expansão das medidas acima para os núcleos das 2ª e 3ª Centrais de Inquéritos da proposta de criação de PIPs especializadas para atuação exclusiva nos inquéritos policiais em VD junto às DEAMs – medidas de curto prazo – decisão por unanimidade.

1.2. CRIAÇÃO DE PROMOTORIAS DE JUSTIÇA ESPECIALIZADAS EM CRIMES PRATICADOS CONTRA A MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – PIPVD – TANTO EM CURSO NAS DEAMS QUANTO NAS DISTRITAIS – MÉDIO PRAZO

Partindo da premissa que a mulher tem direito de realizar o registro de ocorrência de crime de violência doméstica em qualquer delegacia – seja especializada, seja distrital –, os inquéritos policiais têm sido instaurados de forma pulverizada (em diversas unidades policiais), dificultando, via de regra, a atuação ministerial efetiva, diante da dificuldade de interlocução e coleta de dados entre as PIPs, de forma isolada.

⁸ O Município de Itaguaí foi subtraído da proposta, uma vez que não faz parte de nenhuma das Centrais de Inquéritos, devendo ser tratada em separado no bojo do procedimento referente à Violência Doméstica no âmbito da CMOD.

Assim, seguindo a linha de entendimento exposto no item anterior da necessária transformação de PIPs para que se atribua atuação exclusiva em crimes de VD, a comissão avançou para a discussão acerca da ampliação dessa política para receber também os inquéritos policiais que apuram tais crimes registrados nas unidades de polícia distritais. Tal medida deve ser inversamente adotada em relação aos crimes que não se enquadrem nas hipóteses da Lei Maria da Penha em curso nas DEAMs.

Por outro lado, a subtração da matéria conferirá maior efetividade na conclusão das investigações dos crimes citados como estratégicos pelo sistema de segurança pública (Decreto nº 41.931/09).

É unânime a percepção, mormente entre os membros da Comissão representantes das Centrais de Inquéritos que os delegados de polícia são levados a relatar com rapidez os inquéritos de baixa complexidade, a exemplo dos crimes de VD, visando a alcançar suas metas de produtividade exigidas pela SESEG, relegando, em segundo plano, a produção de relatórios nos demais crimes.

Resumindo, foi feita a seguinte proposta, para implementação em médio prazo:

1 – Transformação das PIPs em atuação exclusiva junto às DEAMs em PIPs especializadas em VD, com a absorção dos inquéritos de VD existentes nas DEAMs e nas DPs distritais, em todas as Centrais de Inquéritos, como medida de aperfeiçoamento da política de especialização em matéria de VD – em médio prazo – decisão por unanimidade.

- *Sugestão para a 3ª CI – concentração da matéria de VD das distritais em PIP especializada, no Núcleo de Nova Iguaçu, por transformação da 1ª PIP da 3ª Central de Inquéritos, com a redivisão da atuação perante a 52ª DP entre as 5ª, 9ª e 11ª PIPs, necessidade de desenvolvimento mais aprofundado de levantamento quanto ao acervo de Violência Doméstica existente em cada Delegacia, bem como o volume gerado anualmente, dado o caráter recente de elaboração da proposta.*

2 – Como medida preparatória, propõe a edição de ordem de serviço no âmbito das Centrais de Inquéritos para obrigar a correta identificação no registro do IP no MGP dos crimes de VD no acervo das distritais, a fim de que se possa quantificar o número real de inquéritos permitindo o estudo e o diagnóstico da possibilidade de absorção desses feitos pelas PIPs especializadas – decisão por unanimidade.

2. CRIAÇÃO DE NÚCLEOS DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – NUCVID – LONGO PRAZO

Embora, inicialmente, tenha sido rechaçada a política de estabelecimento de órgãos de execução em VD que trabalhe o ciclo completo, com o desenvolvimento das reflexões entendeu-se pela conveniência da especialização das PIPs em VD, na forma mencionada no item anterior, com perspectiva de atuação articulada com os órgãos de execução junto aos JVDs. Essa nova linha de discussão conferiu força à proposta de criação de Núcleos de VD, a exemplo do que ocorre nos MPs em outros estados (doc. 14, anexo).

Na verdade, observa-se o movimento institucional no sentido de criação de núcleos⁹ especializados, a exemplo os núcleos de tutela coletiva regionais, de forma a facilitar a integração e articulação entre órgãos de execução da mesma área, o que é acorde com a política da SUBPLAN atualmente, sendo, contudo, que, desta feita, o espectro é mais amplo, alcançando áreas distintas que tenham focos de atuação convergentes, a fim de se alcançar maior efetividade na função ministerial.

O Núcleo de VD consiste num órgão administrativo que tenha a capacidade de integrar a atuação da Promotoria de Justiça de Juizado de Violência Doméstica, de Investigação Penal com atuação exclusiva e, como medida de longo prazo, de inclusão de uma PJ de Tutela Coletiva em política da mulher, gerindo dados e informações e com técnicos especialistas para melhor desempenho dos órgãos de execução.

Na verdade, a medida proposta, a despeito de não se constituir no avanço desejado de ciclo completo na matéria de violência doméstica, como adotado, basicamente, em todos os Ministérios Públicos dos outros Estados, segundo o levantamento realizado pela Dra. Lúcia Iloízio Barros Bastos, Coordenadora do CAO Violência Doméstica (doc. 14, anexo), visa a corrigir o maior problema suscitado pelo referido CAO, qual seja a fragmentação da atribuição para oficiar no inquérito (por conseguinte nos pedidos de prisão preventiva) e na medida protetiva, que, muitas vezes, resulta em divergentes posicionamentos em relação ao mesmo fato criminoso.

Tal modo de proceder vem gerando transtornos, em especial, à atuação direta dos colegas do Juizado, bem como inegável prejuízo às mulheres vítimas. Aqui se mostra evidente a ineficiência do atual modelo aplicado pelo MPRJ, uma vez que a demora na conclusão do inquérito acarreta “a revogação das medidas de proteção, com a consequente fragilização das mulheres vítimas de violência doméstica”¹⁰.

Além disso, a divisão de atribuição impede a adoção de medidas mais severas ou, ainda, a reunião de vários inquéritos do mesmo sujeito, propiciando maiores elementos para a elaboração de denúncia mais substancial.

Cumpra, aqui, salientar que, mesmo com a adoção integral da política institucional proposta no item anterior, ou seja, a criação de PIPs especializadas em matéria de VD para atuar nos inquéritos policiais instaurados tanto nas DEAMs quanto nas DPs distritais, remanesceria a ausência de articulação e integração entre os Promotores de Justiça. Na verdade, isso só pode ser sanado e superado com a implantação dos Núcleos que buscam, em última instância, trazer esse liame e conferir maior efetividade.

Ademais, a implantação dos núcleos facilitaria o acesso da população aos órgãos de execução, estreitando, dessa forma o relacionamento do Ministério Público com a população e a sociedade civil organizada e entidades públicas na região – objetivo estratégico institucional.

⁹ Esse modelo também está sendo analisado no Grupo de Trabalho do controle externo da atividade policial e sistema prisional.

¹⁰ Relatório Conclusivo da Comissão Institucional, p.25.

Assim, almeja-se que no núcleo, organizado de acordo com os JVDs já instalados, haja, ao menos, uma Promotoria de Violência Doméstica e uma Promotoria de Investigação Penal, visando a mapear o crime, observar as redes de assistência, com o escopo de tornar o trabalho mais efetivo, tendo como sugestão inicial o modelo apresentado pelo CAO Violência Doméstica (doc. 17, anexo).

Nessa linha, a proposta é de criação de Núcleos de Combate à Violência Doméstica, como medida de longo prazo, na seguinte forma:

1. Criação de Núcleos de Combate ao Crime de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, com a concentração de toda a atuação criminal em violência doméstica – compreendendo as seguintes Promotorias de Justiça: PIPVD, PJ junto aos JVDs, atuando estrategicamente no mesmo espaço físico e com apoio técnico especializado. Na primeira, haveria a concentração de toda a matéria de violência doméstica registrada em DEAMs e em DPs distritais e, na segunda, as medidas protetivas e os processos criminais – decisão por unanimidade.

2. Inclusão de uma PJ de Tutela Coletiva especializada em Política da Mulher Vítima de violência Doméstica nos Núcleos de Combate à Violência Doméstica, que atualmente se encontra na tutela Coletiva residual, para concentração também do trato das políticas públicas da mulher vítima de violência e da Rede de atendimento especializado – decisão por unanimidade.

3. Criação de Núcleo piloto em Campo Grande com a transformação da 31ª PIP – curto prazo – decisão por unanimidade.

B. 2ª REUNIÃO

a) DIA: 04/12/17

b) TEMAS: VINCULAÇÃO TERRITORIAL E NÚCLEOS DE CONTROLE EXTERNO

c) PARTICIPANTES:

MEMBROS DA COMISSÃO PRESENTES: Leila Machado Costa (Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento Institucional), Roberta da Silva Dumas Rego (Assessoria da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento Institucional), Marcelo Muniz Neves (Coordenadoria da 1ª Central de Inquéritos), Ricardo Ribeiro Martins (2ª Procuradoria de Justiça junto à 4ª Câmara Criminal), Elisabete Figueiredo Felisbino Barbosa Abreu (Coordenadoria da 2ª Central de Inquéritos), Somaine Patrícia Cerruti Lisboa (Coordenadoria do CAO Criminal), Lúcia Iloizio Barros Bastos (Coordenadoria do CAO Violência Doméstica), e Roberta Maristela dos Anjos (Subcoordenadoria do CAO Criminal).

CONVIDADOS: Rosana Rosses Petró (2ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 3ª Central de Inquéritos) Alexandre Murilo Graça (17ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos), Cláudia das Graças Matos de

Oliveira Portocarrero (4ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 3ª Central de Inquéritos), Camila Moreira Cyfer (9ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 2ª Central de Inquéritos), Isabela Jourdan da Cruz Moura (29ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos), Renata Vasconcellos Araújo Bressan (8ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 2ª Central de Inquéritos) e Luis Otávio Figueira Lopes (26ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos).

d) QUESTÕES CRÍTICAS

Busca-se com os temas desta 2ª reunião – Núcleo de Controle Externo e Vinculação Territorial –, enfrentar as seguintes questões: 1 – *desvinculação das PIPs das áreas circunscricionais das DPs*; 2 – *baixa produtividade*.

Diante da determinação constante do Relatório Conclusivo da Correição Extraordinária procedida pela Corregedoria Nacional da CNMP no MPRJ, no sentido de que, caso o PGJ entendesse pela manutenção das PIPs, promovesse a desvinculação desse órgão da respectiva Delegacia de Polícia (item 5.12¹¹), modelo atual, e da preocupação daquele órgão correcional com a falta de eficiência dos órgãos de investigação penal (item 5.13¹²).

Balizada em tais pontos trazidos pela Corregedoria Nacional, a comissão buscou identificar os problemas e propor políticas institucionais que visam tanto a minimizar o desequilíbrio dos procedimentos em trâmite nas PIPs, observando-se critérios objetivos e impessoais, quanto a promover efetivo controle externo da atividade policial – ferramenta para identificar as deficiências das unidades policiais que geram ineficiência à atuação ministerial, e, com isso, compelir o Poder Executivo a sua melhor estruturação.

Importante observar que, ao longo das discussões, permanecemos atentos às premissas estabelecidas pela Comissão instituída pelo PGJ, presidida pelo Dr. Ricardo Ribeiro Martins, no sentido da manutenção das PIPs e da vinculação desses órgãos a territórios determinados por resolução.

¹¹ 5 – PROPOSIÇÕES DA CORREGEDORIA NACIONAL
(...)

5.12 No que tange às Promotorias de Investigação Penal (PIP), considerando o quanto foi constatado: (...) Posto isso, a Corregedoria Nacional propõe ao plenário do Conselho Nacional do Ministério Público que expeça: 1 - DETERMINAÇÃO ao Exmo. Procurador-Geral de Justiça, para que, em conjunto com o Colégio de Procuradores de Justiça: "a) reavaliem a conveniência de manutenção das PIPs e, se for o caso, promovam a fusão e redistribuição de suas atribuições às Promotorias Criminais de Capital; b) caso entendam pela manutenção do modelo PIPs promovam a desvinculação da PIP com a respectiva Delegacia de Polícia, passando à distribuição equânime dos procedimentos (inquéritos, cautelares e notícias de fato) que aportam em tais unidades, observando critérios objetivos e impessoais, em consonância com a Resolução nº 23/2007 do CNMP, controlando-se, ainda, as prevenções, conexões e compensações.

¹² Idem.

5.13 Com relação à indagação acerca de quais as providências têm sido adotadas pelo MPRJ com escopo de compelir o Poder Executivo a implementar uma estrutura adequada na Polícia Civil do Rio de Janeiro garantindo eficiência na investigação criminal...

Para embasar as discussões, foi fornecido o seguinte material de apoio e de estudo:

- Tabelas de Distribuição das Regiões e Áreas Integradas de Segurança Pública (RIPs e AISP, respectivamente), Batalhões de Polícia Militar (BPM) e Delegacias de Polícia Civil (DP) (doc. 19, anexo);
- Quadros Demonstrativos de Correspondência das PIPs com as AISPs, DPs e Unidades Territoriais, relativos às três Centrais de Inquéritos (docs. 20, 21, 22, 23 e 24, anexos);
- Mapas com identificação das AIPs, de acordo com os Núcleos das Centrais de Inquéritos e proposta de Núcleos de Controle Externo, em consonância com os quadros demonstrativos (docs. 25, 26, 27, 28, 29 e 30, anexos).

e) PROPOSIÇÕES

Com base nessas diretrizes e visando ao enfrentamento dos pontos de eficiência e territorialidade, tidos como nevrálgicos, foram apresentadas *duas macroproposições de políticas institucionais*, com indicação de prazo(s) para implementação e de medidas prévias a serem adotadas. São elas: *1 – vinculação territorial às Áreas Integradas de Segurança Pública – AISPs; 2 – criação de núcleos de controle externo da atividade policial nas três Centrais de Inquéritos.*

Cumprir dizer que também foi trazida a proposição de criação de Promotoria de Justiça exclusiva para o controle externo, a qual foi imediata e unanimemente rechaçada, motivo pelo qual não se fará abordagem em separado.

1 – VINCULAÇÃO TERRITORIAL ÀS ÁREAS INTEGRADAS DE SEGURANÇA PÚBLICA – AISPs – MÉDIO PRAZO

Mantida a vinculação territorial pela Comissão instituída pelo PGJ, a primeira macroproposição apresentada busca a melhor distribuição do quantitativo de inquéritos e das medidas cautelares em tramitação nas Centrais de Inquéritos, bem como a garantia da impessoalidade do PJ em relação ao Delegado de Polícia quando da efetivação do controle externo. Na verdade, a proposta divide-se em duas: ampliação do território de abrangência dos Núcleos da 1ª CI aos territórios das AISPs e criação de mais um Núcleo na Zona Norte, além dos já existentes nas zonas Centro e Oeste, conforme se vê nas relações PIP-AISP (docs. 20, 21 e 22, anexos) apresentadas com base de estudo e diagnóstico.

Cumprir, por oportuno, fazer uma breve digressão explicativa do histórico e das razões da organização da Segurança Pública sob a perspectiva de trabalho integrado entre unidades de polícias, da qual se verifica a redivisão das AISPs, trazida com a edição do Decreto nº 41.930, de 2009 (doc. 30, anexo), que dispõe sobre a criação e implantação das Regiões Integradas de Segurança Pública – RISP – e das Circunscrições Integradas de Segurança Pública – CISP.

Para implantação dessas searas integradas no âmbito da Segurança Pública, o Governo do Estado levou em consideração as seguintes justificativas:

- Pela necessidade de aperfeiçoar a integração do planejamento e coordenação operacional das organizações policiais;
- Pela necessidade de se obter maior efetividade em uma mesma área de responsabilidade territorial, para unidade de propósitos e apoio mútuo entre as instituições de defesa social, com convergência dos esforços;
- Para aumento da eficiência e da excelência na prestação dos serviços na área de Segurança Pública – da Polícia Militar e da Polícia Civil.

Assim, a instituição das RISP's teve por escopo a articulação territorial regional no nível tático da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro – PCERJ com a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro – PMERJ, com a seguinte divisão territorial¹³:

	REGIÃO	AISP
1ª RISP	Capital (Zona Sul, Centro e parte da Norte)	2, 3, 4, 5, 6, 16, 17, 19, 22, 23
2ª RISP	Capital (Zona Oeste e parte da Norte)	9, 14, 18, 27, 31, 40, 41
3ª RISP	Baixada Fluminense	15, 20, 21, 24, 34, 39
4ª RISP	Niterói e Região dos Lagos	7, 12, 25, 35
5ª RISP	Sul Fluminense	10, 28, 33, 37
6ª RISP	Norte Fluminense	8, 29, 32, 36
7ª RISP	Região Serrana	11, 26, 30, 38

Em relação ao objeto de discussão da Comissão, o interesse restringe-se às áreas das 1ª, 2ª, 3ª e 4ª RISP's e de suas respectivas AISP's, que têm relação direta com as áreas das PIP's das três CIs.

Importante destacar, em acréscimo, o viés prioritário de integração e articulação dado à Segurança Pública a partir da normativa indicada acima, que criou as CISP's, como instrumentos de integração territorial das companhias integradas da PMERJ com as Delegacias de Polícia da PCERJ, na perspectiva operacional, por constituírem instância de apuração dos indicadores de criminalidade. Tratam-se, portanto,

¹³ Dados extraídos do Quadro de distribuição territorial segundo RISP e AISP. Disponível em: <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isr_imagens/Uploads/RelacaoAISP.pdf> Acesso em 10 jan.2018 às 10h20min.

de importantes unidades operacionais, inclusive para a atuação preventiva e o planejamento tático-operacional de interesse das PIPs no combate à criminalidade.

A política de segurança pública traçada no Decreto nº 41.390/09, na verdade, é um aperfeiçoamento da anteriormente estabelecida com a criação das Áreas Integradas de Segurança Pública – AISP pela Resolução SSP Nº 263 de 27 de julho de 1999 (doc. 31, anexo), que visou a aproximar a atuação da PCERJ e da PMERJ. Tais áreas de integração – AISP – foram reeditadas no artigo 3º do Decreto nº 41.930/2009, *in verbis*:

Art. 3º – As Áreas Integradas de Segurança Pública – AISP se caracterizam pela articulação territorial, no nível tático-operacional, entre a PCERJ e PMERJ, e devem contemplar a área de atuação de um Batalhão de Polícia Militar, articulado com os limites de no mínimo 02 (duas) e no máximo 06 (seis) circunscrições de delegacias policiais.

As AISPs¹⁴ são, portanto, delimitações geográficas, tendo por base a área de atuação de um batalhão da Polícia Militar e as circunscrições das delegacias de Polícia Civil contidas na área de cada batalhão, conforme se vê na tabela de Distribuição das Regiões e áreas Integradas de Segurança Pública – RISP e AISP –, BPM e DP (doc. 19, anexo) e Mapas demonstrativos da divisão do estado por RISP e AISP e da cidade do Rio de Janeiro por AISP (doc. 32, 33 e 34, respectivamente, anexos).

Com efeito, o arranjo de divisão territorial do Estado em áreas de segurança pública teve por objetivo possibilitar a aproximação destas com as comunidades nas regiões abrangidas por cada AISP, a fim de se promover uma gestão participativa na identificação e resolução dos problemas locais de segurança pública.

Todas essas estruturas administrativas visam, em última análise, à integração sistêmica e descentralizada dos serviços de segurança pública, especialmente estreitar a ligação entre as Polícias Civil e Militar, compatibilizando as áreas de competência das forças policiais (Unidades Operacionais das Polícias Militar e Civil – UOP e Unidade de Processamento Judicial – UPJ) com as divisões administrativas adotadas pelas prefeituras, constituídas como referencial para indicadores geográficos, sócio econômico e de infraestrutura, além do planejamento para oferta de serviços públicos essenciais.

Esse foi o fundamento da primeira macroproposição apresentada pela SUBPLAN – Vinculação territorial – que se baseia nos fundamentos de integração e articulação entre as unidades de forças policiais, bem como com os governos municipais e a sociedade civil, os quais também são objetivos estratégicos do MPRJ, a saber: estreitar o relacionamento do Ministério Público com a população, sociedade civil organizada e entidades públicas e atuar no fomento de políticas públicas.

¹⁴ A explicitação sobre as Áreas Integradas de Segurança Pública foi redigida com arrimo na Resolução SSP Nº 263 de 1999, Anexo II (http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/legislacaoCCSmar2003.pdf) e Divisão Territorial, segundo o Instituto de Segurança Pública, disponível em <<http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=38>> Acesso em 10 jan. 2018.

A ideia de alteração da vinculação dos Núcleos das CIs baseada em AISP recebeu acolhida por todos os membros da comissão.

Consideradas tais bases territoriais, e tendo em vista a melhor distribuição dos órgãos de execução ministeriais e a aproximação destes das áreas vinculadas e, conseqüentemente, dos cidadãos, decidiu-se pela criação de mais um Núcleo na 1ª CI, esta localizada na Zona Norte da cidade. Tal criação também repousa, concomitantemente, na proposta de criação de Núcleos de Controle Externo, o qual será abordado no item seguinte.

Nesse sentido, foram apresentados à Comissão para embasar as discussões mapas, com destaque em cor para cada Núcleo (docs. 25 a 29, anexos), produzidos a partir dos dados constantes da tabela atualizada das RISP e AISP (doc. 19, anexo), os quais demonstram o número e a delimitação das AIPs que integram as áreas de cada uma das três CIs. Os quadros apresentados na reunião basearam-se nesses mapas, sendo certo que sofreram alterações no decorrer das discussões (Quadros e mapas alterados com as sugestões, docs. 35 a 44, anexos).

Urge o empoderamento das Centrais de Inquéritos, no viés da eficiência, para que esses órgãos colham resultados mais efetivos do que aqueles percebidos no trabalho individual.

Nessa linha, foram propostas as seguintes ações de vinculação e de redistribuição territorial:

1. *Vinculação territorial por AISP – para adequar a indicação do CNMP de desvinculação das PIPs das áreas das circunscrições das DPs e a decisão da Comissão instituída pelo PGJ de manutenção das PIPs vinculadas à territorialidade. Assim, a proposta traz a opção de agregar PIPs, em Núcleos específicos, vinculadas à área de uma ou mais AISP, propiciando articulação com as unidades integradas de segurança pública e observando as similitudes em relação aos aspectos: características da criminalidade e peculiaridades dos bairros. A proposta é de expansão das áreas de atuação de cada PIP, dando-lhes concorrência com outras que estejam no mesmo grupo de AISP, atentando, sempre, para promoção do acesso da população ao MPRJ – decisão por unanimidade;*

2. *Redistribuição das PIPs com sua adequação às AISP, sob o critério prioritário das características das políticas públicas voltadas ao enfrentamento da criminalidade, observando as peculiaridades das regiões – decisão por maioria;*

3. *Redimensionamento das PIPs vinculadas atualmente às DPs distritais que façam parte da mesma AISP (proposta pelos Coordenadores das CIs, mediante ordem de serviço nos respectivos núcleos¹⁵ após a redistribuição dos inquéritos em relação às VDs para as PIPVD e a efetivação do mutirão), a fim de que se obtenha divisão equânime de trabalho – decisão por unanimidade;*

4. *Criação de mais um Núcleo na 1ª Central – NÚCLEO NORTE –, passando a ser composta por 3 Núcleos, a saber: Norte, Centro e Oeste. Tal proposição aponta para a*

¹⁵ A exemplo do que ocorre nos Núcleos de Tutela Coletiva no interior.

descentralização das PIPs, a fim de oferecer o acesso do cidadão e a proximidade com as unidades de polícia e características da criminalidade local – decisão por unanimidade;

5. Vinculação das PIPs da 1ª CI, divididas por Núcleos, de acordo com as correspondentes AISP, da forma abaixo, com as alterações dos quadros apresentados na reunião – decisão por unanimidade:

NÚCLEO CENTRO – alteração do quadro com a transferência da AISP 23 para o Núcleo Centro, resolvendo o problema das 15ª e 4ª PIPs que estavam em dois Núcleos diferentes, bem como com a transferência da AISP 22, Bonsucesso, para o Núcleo Centro – decisões unânimes. (docs. 20 e 35, anexo – original e definitivo, respectivamente)

NÚCLEO CENTRO			
PIPs	AISP	DELEGACIAS	UNIDADE TERRITORIAL
50 PIP da 1ª CI	2	91 - Flamengo	Catete, Cosme Velho, Flamengo, Glória e Laranjeiras
30 PIP da 1ª CI		101 - Botafogo	Botafogo, Humaitá e Urca
30 PIP da 1ª CI	4	61 - Cidade Nova	Catumbi, Cidade Nova, Estácio, Rio Comprido e Centro (parte)
80 PIP da 1ª CI		171 - São Cristóvão	Caju, Manguira, São Cristóvão e Vasco da Gama
10 PIP da 1ª CI	5	11 - Praça Mauá	Centro (parte)
20 PIP da 1ª CI		41 - Praça da República	Centro (parte), Gamboa, Santo Cristo e Saúde
50 PIP da 1ª CI		51 - Mem de Sá	Centro (parte), Lapa e Paqueta
50 PIP da 1ª CI		71 - Santa Tereza	Santa Tereza
90 PIP da 1ª CI	6	181 - Praça da Bandeira	Maracanã, Praça da Bandeira, e Tijuca (parte)
190 PIP da 1ª CI		191 - Tijuca	Alto da Boa Vista e Tijuca (parte)
201 - Grajaú		201 - Grajaú	Andaraí, Grajaú e Vila Isabel
301 PIP da 1ª CI	17	371 - Ilha do Governador	Bancários, Cacuia, Cidade Universitária, Cocotá, Freguesia, Galeão, Jardim Carioca, Jardim Guanabara, Monerô, Pitangueiras, Portuguesa, Praia da Bandeira, Ribeira, Tauá e Zumbi
40 PIP da 1ª CI	19	121 - Leme	Copacabana (parte) e Leme
150 PIP da 1ª CI		131 - Copacabana	Copacabana (parte)
150 PIP da 1ª CI	23	111 - Rocinha	Rocinha
40 PIP da 1ª CI		151 - Gávea	Gávea, Jardim Botânico, Lagoa, São Conrado e Vidigal
110 PIP da 1ª CI		141 - Leblon	Ipanema e Leblon
211 - Bonsucesso	22	211 - Bonsucesso	Benfica, Bonsucesso, Higienópolis, Manguinhos, Maré e Ramos

16

¹⁶ A 11ª PIP da 1ª CI está prevista na presente tabela e na tabela do núcleo Norte, porquanto sua atribuição inclui AISP de ambos os núcleos, devendo esta inadequação ser corrigida no momento dos redimensionamentos devidos e tudo conforme a ata da 2ª reunião.

NÚCLEO NORTE – *concluiu-se que a AISP 3 e 16 devem permanecer no Núcleo Norte, esta última, por maioria, pois o Dr. Alexandre e Dr. Marcelo votaram contra, sugerindo a transferência da 16 AISP para o Núcleo Centro, e a Dra. Cláudia se absteve da votação, por não se sentir apta a votar. Quanto às AISP 14, o critério a ser priorizado foi decidido, por maioria (7 membros), a prevalência do acesso à população, assim, permanecendo a AISP 14 no Núcleo Norte (doc. 21 e 36, anexo – original e definitivo, respectivamente).*

NÚCLEO NORTE			
PIPs	AISP	DELEGACIAS	UNIDADE TERRITORIAL
12ª PIP da 1ª CI	3	23ª – Méier	Cachambi, Méier (parte) e Todos os santos (parte)
		25ª - Engenho Novo	Engenho Novo, Jacaré, Jacarezinho, Riachuelo, Rocha, Sampaio e São Francisco Xavier
24ª – Piedade		Abolição, Água Santa (parte), Encantado, Engenho de Dentro (parte), Pilares e Piedade	
26ª		Água Santa (parte), Engenho de Dentro (parte), Lins de Vasconcelos e Todos os santos	
28ª PIP da 1ª CI		44ª – Inhaúma	Del Castilho, Engenho da Rainha, Inhaúma, Maria da Graça e Tomás Coelho
18ª PIP da 1ª CI	9	29ª – Madureira	Cavalcanti, Engenheiro Leal, Madureira, Turiapu, Vaz Lobo, Oswaldo Cruz (parte), Cascadura e Quintino Bocaiuva
13ª PIP da 1ª CI		30ª – Magalhães Bastos	Bento Ribeiro, Campinho, Marechal Hermes e Oswaldo Cruz (parte)
6ª PIP da 1ª CI		40ª – Rocha Miranda	Coelho Neto, Colégio (parte), Honório Gurgel e Rocha Miranda
29ª PIP da 1ª CI	14	33ª – Realengo	Campos dos Afonsos, Deodoro, Jardim Sulacap, Magalhães Bastos, Realengo e Vila Militar
21ª PIP da 1ª CI		34ª – Bangu	Itaguaçu, Gerició, Padre Miguel e Senador Camará
28ª PIP da 1ª CI	16	22ª – Penha	Brás de Pina (parte), Olaria, Penha e Penha Circular (parte)
28ª PIP e 11ª PIP da 1ª CI		45ª – Complexo do Alemão	Complexo do Alemão
6ª PIP da 1ª CI		38ª – Brás de Pina	Brás de Pina (parte), Cordovil, Jardim América, Parada de Lucas, Penha Circular (parte) e Vigário Geral
22ª PIP da 1ª CI	41	27ª – Vicente de Carvalho	Colégio (parte), Itajá, Vicente de Carvalho, Vila Kosmos, Vila da Penha e Vista Alegre
		39ª - Pavuna	Acari, Barros Filho, Costa Barros, Parque Colúmbia e Pavuna
25ª PIP da 1ª CI		31ª – Ricardo de Albuquerque	Acchieta, Guadalupe, Parque Anchieta e Ricardo de Albuquerque

17

¹⁷ A 11ª PIP da 1ª CI está prevista na presente tabela e na tabela do núcleo Centro, porquanto sua atribuição inclui AISP de ambos os núcleos, devendo esta inadequação ser corrigida no momento dos redimensionamentos devidos e tudo conforme a ata da 2ª reunião.

NÚCLEO OESTE – foi validado pela Comissão. (doc. 22 e 37, anexo – original e definitivo, respectivamente)

NÚCLEO OESTE			
PIPs	AISP	DELEGACIAS	UNIDADE TERRITORIAL
18ª PIP da 1ª CI	18	28ª - Campinho	Vila Valqueire, Praça Seca e Tanque (parte)
19ª PIP da 1ª CI		32ª - Taquara	Anil, Cidade de Deus, Curicica, Gardênia Azul, Jacarepaguá e Taquara
13ª PIP da 1ª CI		41ª - Tanque	Freguesia (Jacarepaguá), Pechincha e Tanque (parte)
	27	36ª - Santa Cruz	Paciência e Santa Cruz
31ª PIP da 1ª CI		43ª - Guaratiba	Guaratiba, Pedra de Guaratiba e Sepetiba
7ª PIP da 1ª CI	31	16ª - Barra da Tijuca	Barra da Tijuca, Itanhangá, Joá
		42ª - Recreio	Recreio dos Bandeirantes, Barra de*
20ª PIP e 27ª PIP da 1ª CI	40	35ª - Campo Grande	Campo Grande, Cosmos, Inhoíba, Santíssimo e Senador Vasconcelos

6. Manutenção dos Núcleos de Niterói e São Gonçalo na 2ª CI – decisão por unanimidade;

NÚCLEO NITERÓI - 2ª CENTRAL DE INQUÉRITOS			
PIPs	AISP	DELEGACIAS	UNIDADE TERRITORIAL
4ª PIP da 2ª CI	12	76ª - Niterói	Niterói (Centro), Ponta da Areia, Ilha da Conceição, São Lourenço, Fátima, Morro do Estado, Ingá, São Domingos, Gragnatã e Boa Viagem
5ª PIP da 2ª CI		77ª - Icarai	Santa Rosa, Icarai, Vital Brasil, Pé Pequeno, Viradouro e Cubango
6ª PIP da 2ª CI		78ª - Fonseca	Fonseca, Viçosa Jardim, Caramujo, Baldeador, Santa Bárbara, Tenente Jardim, Engenhoca, Santana e Barreto
		79ª - Jurujuba	Jurujuba, Chantax, São Francisco, Cachoeiras, Maceló, Largo da Batalha, Itiloca, Badu, Sapê, Matapaca, Vila Progresso, Muriqui, Maria Paula e Cantagalo
5ª PIP da 2ª CI		81ª - Itaipu	Itaipu, Cambolinas, Itacoatiara, Piratininga, Cafubá, Jacaré, Rio do Ouro, Engenho do Mato, Várzea das Moças e Jardim Imbuí

18

* N.do E.: Complementação de informação: UNIDADE TERRITORIAL - Recreio dos Bandeirantes, Barra de Guaratiba.
18 A 7ª PIP da 2ª CI não foi inserida no arranjo dos núcleos, porque sua atual configuração de atribuições é exclusivamente composta de Delegacias Especializadas.

NÚCLEO SÃO GONÇALO - 2ª CENTRAL DE INQUÉRITOS			
PIPs	AISP	DELEGACIAS	UNIDADE TERRITORIAL
1ª e 2ª PIP da 2ª CI	7	72ª - São Gonçalo	São Gonçalo
2ª PIP da 2ª CI		73ª - Neves	Neves
3ª e 6ª PIP da 2ª CI		74ª - Alcântara	Monjolo
8ª PIP da 2ª CI		75ª - Rio do Ouro	Ipiba e Sete Pontes

7. Manutenção da divisão da AISP 12, que pelo Sistema de Segurança Pública engloba os municípios de Niterói e Maricá, por ser a abrangência do 12º BPM, tendo sido decidido, por unanimidade, que a área do Núcleo Niterói da 2ª CI –, abranja apenas a área desse município, onde há integração do 12º BPM com as DP's ali localizadas, já que existem notícias de retirada do Município de Maricá da AISP 12. (doc. 23 e 38, anexo – original e definitivo, respectivamente) – decisão por unanimidade;

8. Manutenção dos Núcleos Duque de Caxias e Nove Iguaçu na 3ª CI com as atuais AISPs (docs. 24 e 39, anexo – original e definitivo, respectivamente) – decisão por unanimidade;

NÚCLEO DUQUE DE CAXIAS - 3ª CENTRAL DE INQUÉRITOS			
PIPs	AISP	DELEGACIAS	UNIDADE TERRITORIAL
2ª PIP e 12ª PIP da 3ª CI	15	59ª - Duque de Caxias	Duque de Caxias (Centro)
6ª PIP da 3ª CI		60ª - Campos Eliseos	Campos Eliseos
		61ª - Xerém	Xerém
		62ª - Imbariê	Imbariê
4ª e 8ª PIP da 3ª CI	21	64ª - São João de Meriti	São João de Meriti, Coelho da Rocha e São Mateus
4ª e 8ª PIP da 3ª CI			
3ª PIP da 3ª CI	39	54ª - Belford Roxo	Areia Branca, Jardim Redentor, Parque São José, Nova Aurora e Lote XV

19

¹⁹ A 7ª PIP da 3ª CI não foi inserida no arranjo dos núcleos, porque sua atual configuração de atribuições é exclusivamente composta de Delegacias Especializadas.

NÚCLEO NOVA IGUAÇU - 3ª CENTRAL DE INQUÉRITOS			
PIPs	AISP	DELEGACIAS	UNIDADE TERRITORIAL
1ª PIP da 3ª CI	20	52ª - Nova Iguaçu	Nova Iguaçu (Centro)
10ª PIP da 3ª CI		56ª - Comendador Soares	Comendador Soares, Cabuçú e Km32
5ª PIP da 3ª CI		58ª - Posse	Posse, Austin, Miguel Couto, Vila de Cava e Tinguá
9ª PIP da 3ª CI		53ª - Mesquita	Mesquita, Chatuba e Banco de Areia
		57ª - Nilópolis	Nilópolis e Olinda
10ª PIP da 3ª CI	24	55ª - Queimados	Centro, Norte, Sul, Leste, Oeste e Nordeste

9. Não inclusão do município de Japeri na 3ª CI, em razão da grande distância para o Núcleo Nova Iguaçu. O acesso seria muito ruim para o cidadão e as características da criminalidade são diferentes das outras regiões do núcleo, ou seja, o ascendente tráfico de entorpecentes na região, além da presença da milícia e alta violência – decisão por unanimidade;

10. Criação de PIP em Japeri, em razão do alto índice de criminalidade, com proposta de atribuição estendida a Paracambi, como medida de longo prazo – decisão por unanimidade.

2 – CRIAÇÃO DE NÚCLEOS DE CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL NAS TRÊS CENTRAIS DE INQUÉRITOS – MÉDIO PRAZO

Diante da necessidade de aperfeiçoar a atuação do Ministério Público na seara do controle externo da atividade policial e do sistema prisional, mormente na perspectiva de conferir uniformidade na coleta de dados para fins de construção de política institucional específica, além da integração dos diversos órgãos com atribuição para a realização, a Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento Institucional instituiu Grupo de Trabalho para elaboração de Manual.

A publicação do Manual do Controle Externo da Atividade Policial e do Sistema Prisional, diga-se apontada como sugestão da comissão instituída pelo PGJ – item 7 do Relatório Conclusivo, visa, primordialmente, a orientar e instrumentalizar os membros na perpetração de sua função ministerial de controle externo da atividade policial e do sistema prisional, considerando-a como fundamental para garantia do melhor funcionamento dos sistemas de segurança pública, enquanto instrumentos de direitos fundamentais e pacificação social.

No decorrer daquele trabalho, concluiu-se pela necessidade de criação de Núcleos de Controle Externo, a fim de buscar maior eficiência da atuação ministerial nesta seara, provocando a integração dos órgãos de execução com

atribuição para a questão, ou seja, nas searas criminal, de execução penal e da tutela da cidadania, com uma ação articulada e mais efetiva. Tal proposta de implantação está em fase final de construção no Grupo de Trabalho, que deverá ser apresentado, em breve, ao Procurador-Geral de Justiça.

A expectativa é a de que a atividade conjunta se dê por meio da instauração de Procedimento Administrativo único, na forma do art. 8º da Resolução CNMP nº 174/2017, para o acompanhamento das visitas técnicas às unidades policiais e prisionais, bem como o armazenamento de toda a documentação, como relatórios do CNMP e outros complementares, para procederem às diligências necessárias para sanar as eventuais irregularidades do serviço de cada Delegacia de Polícia, Posto de Polícia Técnica, Batalhões de Polícia Militar ou unidade prisional, possibilitando o acompanhamento sistemático da evolução de sua adequação às normas pertinentes.

A finalidade do Núcleo de Controle Externo é a organização de meios para a promoção da atuação articulada e integrada dos diversos órgãos que atuam no controle externo, por intermédio de equipe própria de servidores e com o apoio do Grupo Técnico Especializado – GATE –, para análise dos dados dos relatórios de fiscalização das unidades policiais.

Pretende-se, ainda, que os Núcleos de Controle Externo sejam repositórios dos dados referentes às AISP, coletados do ISP, das atas de reuniões dos Conselhos Comunitários e outras fontes, objetivando a identificação das principais incidências criminais na busca de definição de estratégias de atuação com fulcro no mapeamento da criminalidade.

A despeito da existência do GT, não há dúvida de que o tema deve ser também tratado pela presente Comissão Especial, já que existe consenso no sentido de que tais Núcleos devam ser instituídos conjuntamente com os Núcleos das Centrais de Inquéritos, onde estas existirem. Esse entendimento, por via de consequência, impactará o seu redimensionamento.

Nessa linha de implantação, a ideia é que, nessa reestruturação, as Centrais de Inquéritos já se preparem e se adéquem para receber a implantação desses núcleos, que é basicamente uma estrutura técnica e administrativamente mais funcional e efetiva, mantida a independência das Promotorias de Investigação Penal a elas vinculadas.

Por fim, à guisa de informação, cabe esclarecer que para a composição da presente comissão levou-se em consideração a escolha de representantes das CIs que compõem o GT do tema.

Nessa linha, foi feita a seguinte proposta, com medida de médio prazo:

1. Criação dos Núcleos de Controle Externo no mesmo ambiente dos Núcleos das Centrais de Inquéritos, compartilhando recursos e informações aptas a dar maior eficiência na atuação investigativa, uma vez que a atuação mais efetiva no controle externo da atividade policial, mediante instauração de medidas administrativas e judiciais instruídas com dados confiáveis, de forma a fomentar, e, se necessário, exigir a regularidade dos serviços e a elaboração da política de segurança pública – decisão por unanimidade;

Núcleos CONTROLE EXTERNO na seguinte composição:

3 (TRÊS) NÚCLEOS NA 1ª CI – CENTRO, OESTE E NORTE;

2 (DOIS) NÚCLEOS DA 2ª CI – NITERÓI E SÃO GONÇALO;

2 (DOIS) NÚCLEOS DA 3ª CI – DUQUE DE CAXIAS E NOVA IGUAÇU.

- *Como medida administrativa, a criação de Coordenação ou, pelo menos, Subcoordenação em cada Núcleo de Inquéritos e de controle Externo – decisão por unanimidade.*

C. 3ª REUNIÃO

a) DIA: 08/01/17

b) TEMAS: MUTIRÕES EM PIPs E EM DP's

c) PARTICIPANTES:

MEMBROS DA COMISSÃO PRESENTES: Leila Machado Costa (Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento Institucional), Clisângier Ferreira Gonçalves (Coordenadoria de Modernização Organizacional), Ricardo Ribeiro Martins (2ª Procuradoria de Justiça junto à 4ª Câmara Criminal), Marcelo Muniz Neves (Coordenadoria da 1ª Central de Inquéritos), Elisabete Figueiredo Felisbino Barbosa Abreu (Coordenadoria da 2ª Central de Inquéritos), Marcus Edoardo de Sá Earp Siqueira (Coordenadoria da 3ª Central de Inquéritos), Somaine Patrícia Cerruti Lisboa (Coordenadoria do CAO Criminal), Lúcia Iloizio Barros Bastos (Coordenadoria do CAO Violência Doméstica), Elisa Fraga de Rego Monteiro (Coordenadoria de Segurança e Inteligência), Roberta Maristela dos Anjos (Subcoordenadoria do CAO Criminal).

CONVIDADOS: Fábio Corrêa de Matos Souza (7ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 3ª Central de Inquéritos), Renata Vasconcellos Araújo Bressan (8ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 2ª Central de Inquéritos), Alexandre Murilo Graça (17ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos), Camila Moreira Cyfer (9ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 2ª Central de Inquéritos), Isabela Jourdan da Cruz Moura (29ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos), e Virgílio Panagiostis Stavridis (Chefia de Gabinete).

d) QUESTÕES CRÍTICAS

Em continuidade ao objetivo de apresentar sugestões que solucionem as questões: *1 – falta de divisão equânime de trabalho entre os órgãos de execução de investigação penal – PIPs – que compõem cada Central de Inquéritos*, atentando para as peculiaridades das regiões destacadas para cada um de seus Núcleos de Investigação

Penal²⁰, concluiu-se pela necessidade de se identificar a real demanda; 2 – *a baixa produtividade de algumas PIPs*; 3 – *o alto acervo* que impede a atenção dos membros e dos Delegados aos crimes elencados no art. 2º do Decreto nº 41.931/09, como prioritários no sistema de definição e gerenciamento de metas do Governo do ERJ (doc. 16, anexo)

Na oportunidade, foi entregue o seguinte material de apoio e estudo:

- Mapas informativos com o histórico do órgão de execução e de licenças, afastamentos e acumulações de seus respectivos titulares, elencados com elevado acervo no Relatório conclusivo da Comissão Especial do PGJ (doc. 46 – 16 mapas).

e) PROPOSIÇÕES

Com vista ao enfrentamento dos pontos apontados na introdução deste item, foram apresentadas *duas macroproposições de políticas institucionais*, com indicação de prazo(s) para implementação e de medidas prévias a serem adotadas, a saber: 1 – *realização de mutirões nas PIPs*; 2) *realização de mutirões nas DPs, para levantamento do acervo e adequação do MGP*.

As propostas contaram com a concordância dos presentes, com discordância, apenas, em relação às PIPs sugeridas, inicialmente, como alvos dos mutirões.

1 – REALIZAÇÃO DE MUTIRÕES NAS PIPs – CURTO PRAZO

Para resolução dos pontos críticos supracitados – alto acervo e baixa produtividade –, foi proposta pela Subprocuradoria-Geral de Planejamento Institucional a realização de *mutirões nos órgãos de execução das CIs* identificados com acréscimo de acervo nos últimos anos, como consta no Relatório Conclusivo da Comissão do PGJ, a exigirem atenção da Administração Superior.

A necessidade de se trazer este problema para o âmbito da Administração Superior resulta do fato de que alguns desses órgãos de execução estiveram com seus titulares afastados para exercerem funções em gabinete do PGJ, bem como em razão de licenças prolongadas, induzindo a opção administrativa de acumulações recorrentes por membros titulares e designados de outras PIPs.

Ultrapassada a questão de produtividade e equanimidade de trabalho, foi dado seguimento aos debates para definição de outros critérios que pudessem nortear o elenco de PIPs sujeitas à medida, sendo trazida, pelo CAO Criminal, a relevância de que áreas críticas de segurança pública fossem contempladas com os mutirões com o objetivo de oferecer respostas mais efetivas a esta parcela da sociedade.

²⁰ 1ª CI – Núcleos Centro, Norte e Oeste; 2ª CI – Núcleos Niterói e São Gonçalo; 3ª CI – Núcleos Duque de Caxias e Nova Iguaçu.

ÁREAS CRÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA DEFINIDAS PELO CAO CRIMINAL	
1ª CENTRAL DE INQUÉRITOS	10ª, 11ª, 22ª, 28ª PIPs
2ª CENTRAL DE INQUÉRITOS	1ª PIP
3ª CENTRAL DE INQUÉRITOS	2ª, 3ª, 6ª e 12ª PIPs

Em resumo, os critérios elencados pela comissão para a realização de mutirões e suas finalidades, foram os seguintes:

- Elevado Acervo
- Baixa Produtividade
- DEAMs
- Área Crítica de Segurança Pública

Assim, foram formuladas as seguintes propostas, como medidas de curto e médio prazos:

1. Realização de dois mutirões – um nas PIPs e outro nas DP – de forma concomitante, sendo o primeiro realizado com o auxílio de 6 (seis) assessores e o segundo por 6 (seis) funcionários, ambos orientados por Promotores de Justiça.

2. Estabelecimento de critérios de priorização para definição das Promotorias de Investigação Penal que serão objeto do esforço de mutirão – por unanimidade:

- A. *Desproporcional Acervo – com foco no redimensionamento;*
- B. *Baixa Produtividade – com foco no aumento da efetividade oferecendo melhor respostas à sociedade;*
- C. *DEAMs – com foco no redimensionamento;*
- D. *Área Crítica de Segurança Pública – com foco no aumento da efetividade oferecendo melhor respostas à sociedade.*
- *Sugestão de PIPs para mutirões com desproporcional acervo:*
 - 1ª CI – 2ª, 7ª, 18ª, 20ª, 21ª, 27ª, 29ª e 31ª Promotorias de Investigação Penal;*
 - 2ª CI – 9ª Promotoria de Investigação Penal;*
 - 3ª CI – 5ª Promotoria de Investigação Penal, e, 9ª, 10ª e 14ª Promotorias de Investigação Penal²¹.*
- *Sugestão de PIPs para mutirões com baixa produtividade:*
 - 1ª CI – 20ª e 27ª Promotorias de Investigação Penal;*
 - 2ª CI – 1ª Promotoria de Investigação Penal²²;*

²¹ Sugestão do Dr. Marcus Edoardo, Coordenador da 3ª Central, encaminhada por e-mail em 26/01/18.

²² Sugestão da Dra. Elisabete Figueiredo, Coordenadora da 2ª Central, encaminhada por e-mail em 26/01/18.

3ª CI – Coordenador não informou.

- *Sugestões de PIPs vinculadas às DEAMs:*
 - 1ª CI – 31ª Promotoria de Investigação Penal;*
 - 2ª CI – 9ª Promotoria de Investigação Penal;*
 - 3ª CI – Coordenador não identificou necessidade.*
- *Sugestão de PIPs para mutirões situadas em áreas críticas de segurança pública:*
 - 1ª CI – 10ª, 11ª, 22ª e 28ª Promotorias de Investigação Penal;*
 - 2ª CI – 1ª Promotoria de Investigação Penal;*
 - 3ª CI – 2ª, 3ª, 6ª e 12ª Promotorias de Investigação Penal.*

3. Regra de escolha de priorização – pontuar em ao menos dois dos quatro critérios de seleção definidos pela Comissão Especial – por unanimidade.

4. Regularização da alimentação detalhada com a atualização dos dados no sistema Módulo de Gestão de Processos, a fim de se construir um banco institucional de dados confiáveis, o qual subsidie o planejamento estratégico e o próprio redimensionamento das Centrais de Inquéritos – por unanimidade.

5. Classificação das PIPs conforme quantidade de acervo e movimentação de inquéritos, cabendo a cada classificação um perfil diferenciado e pré-definido de estrutura administrativa, sobretudo, relativo ao dimensionamento das equipes de trabalho – por unanimidade.

6. Inclusão de alertas nos sistemas informatizados quando do recebimento de quantitativos de inquéritos acima da capacidade regular da PIP, para deslocamento de excedente de força de trabalho para enfrentamento pontual da situação.

7. Coleta de informações necessárias para a conclusão de inquéritos junto à CSI.

2 – REALIZAÇÃO DE MUTIRÕES NAS DP's – CURTO PRAZO

Para além dos mutirões nas PIPs, no curso das discussões foi trazido o problema da imprecisão do número de inquéritos em tramitação nas DP's informado pelos Delegados, em total divergência com o quantitativo de feitos constante no sistema do MGP do MPRJ, fato que cria um prejudicial impasse na relação Promotor – Delegado, mormente no tocante à falta de efetividade no serviço de investigação e na conclusão dos inquéritos policiais sob a alegação de que existe alto acervo. Tal divergência acentua-se nas DEAMs, tornando-se, por isso, a mensuração do quantitativo de feitos medida preliminar imprescindível para implementação das PIPs com atribuição exclusiva em VD²³.

Acresça-se a isso, que a medida impõe-se como fundamental para que a Administração Superior possa estabelecer política institucional de controle externo baseada em dados mais fidedignos, bem como para que os membros oficiais nas PIPs sobrecarregadas com alto acervo tenham melhores condições para o desempenho da importante função citada.

²³ Vide deliberação na 1ª Reunião de Trabalho da Comissão.

Quanto à mencionada divergência de quantitativo levantada pelos membros da Comissão representantes da 1ª CI, foi construída outra proposta de *mutirões nas DPs*, a ser empreendida de forma concomitante, esta com a finalidade de verificar o real quantitativo de feitos em tramitação em determinadas unidades policiais, em especial nas DEAMs.

Na verdade, esse tipo de mutirão, isoladamente, já se constitui em atuação extrajudicial afeta ao controle externo da atividade policial, considerada medida essencial e, até mesmo, rotineira, porquanto, sem esse controle, impossível recomendar às Autoridades Policiais medidas eficazes para trazer efetividade às ações investigatórias.

Os mutirões devem ser orientados por membros e realizados por servidores do MPRJ.

Propostas de operacionalização dos mutirões nas DPs, como medida de controle externo, de curto e médio prazos – decisão por unanimidade.

1. *Recontagem dos inquéritos nas DPs.*
2. *Regularização dos registros no sistema Módulo de Gestão de Processos – MGP.*
3. *Gestão política junto à Secretaria de Segurança Pública para que o órgão policial vinculado à Promotoria de Investigação Penal objeto do mutirão também seja otimizado, inclusive com a hipótese de troca de sua chefia.*

D. 4ª REUNIÃO

a) DIA: 22/01/17

b) TEMAS: PIPs COM ATRIBUIÇÃO PARA OS IPs DAS DELEGACIAS ESPECIALIZADAS

c) PARTICIPANTES:

MEMBROS DA COMISSÃO PRESENTES: Leila Machado Costa (Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento Institucional), Roberta da Silva Dumas Rego (Assessoria da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento Institucional), Clisângier Ferreira Gonçalves (Coordenadoria de Modernização Organizacional), Ricardo Ribeiro Martins (2ª Procuradoria de Justiça junto à 4ª Câmara Criminal), Marcelo Muniz Neves (Coordenadoria da 1ª Central de Inquéritos), Marcus Edoardo de Sá Earp Siqueira (Coordenadoria da 3ª Central de Inquéritos), Alexandra Carvalho Feres (Subcoordenadoria do CAO Violência Doméstica), Roberta Maristela dos Anjos (Subcoordenadoria do CAO Criminal) e Dimitrius Viveiros Gonçalves (Coordenação Secretaria-Geral).

CONVIDADOS: Fábio Corrêa de Matos Souza (7ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 3ª Central de Inquéritos) e Cláudia das Graças Matos de Oliveira Portocarrero (4ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 3ª Central

de Inquéritos), Renata Vasconcellos Araújo Bressan (8ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 2ª Central de Inquéritos) e Camila Moreira Cyfer (9ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 2ª Central de Inquéritos).

d) QUESTÕES CRÍTICAS

De partida, cumpre reafirmar que a pertinência do tema está relacionada à necessidade de solucionar os pontos críticos constantes tanto no Relatório da Comissão do PGJ presidida pelo Procurador de Justiça Ricardo Ribeiro Martins, como no Relatório da Correição da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público, bases do trabalho da presente comissão. São eles: *1 – desvinculação das PIPs das unidades policiais, 2 – desequilíbrio na divisão de trabalho e 3 – baixa produtividade.*

Embora a discussão acerca da atribuição perante as DEAMs tenha merecido atenção diferenciada e discussão em separado das demais DP's Especializadas, fato é que em ambas as situações as propostas seguem a mesma linha de solução, uma vez que a questão crítica a ser enfrentada é a desvinculação das PIPs das Unidades Policiais.

Na oportunidade, foi entregue o seguinte material de apoio e estudo:

- Relação de PIPs com atribuição perante as Delegacias Especializadas (doc. 48);
- Listagem de PIPs com Delegacias de Acervo Cartorário (doc. 49);
- Ranking de eficiência, separado por Central de Inquéritos, elaborado no Relatório;
- Conclusivo da Comissão de Estudos, sob a presidência do Dr. Ricardo Martins, com destaque das PIPs junto as Delegacias Especializadas (doc. 50);
- Rankings de produtividade, de cada Central de Inquéritos, com destaque para as PIPs com Delegacias Especializadas, com os seguintes critérios: entrada (IPs novos); entrada (IPs antigos); entrada; percentual de denúncias; percentual de arquivamentos; percentual de denúncias + arquivamentos; variação de acervo; e, acervo (doc. 51);
- Relação de acervo de acordo com a origem das PIPs com Delegacias Especializadas de cada Central de Inquéritos (doc. 52).

e) PROPOSIÇÕES

Com vista ao enfrentamento dos pontos apontados na introdução deste item, foram apresentadas pela SUBPLAN *duas macroproposições de políticas institucionais*, com indicação de prazo(s) para implementação e de medidas prévias a serem adotadas. São elas: *1 – Redistribuição dos inquéritos das DP's especializadas pelas PIPs – total ou parcial; 2 – Estudo para redistribuição dos IPs das delegacias policiais especializadas destacadas em razão da natureza da complexidade da matéria e sem repercussão direta no mapeamento da criminalidade local.*

1 – REDISTRIBUIÇÃO DOS INQUÉRITOS DAS DP_s ESPECIALIZADAS PELAS PIP_s – TOTAL OU PARCIAL

A proposta apresentada pela SUBPLAN de redistribuição dos IPs em tramitação nas DP_s Especializadas para as PIP_s vinculadas à territorialidade – áreas dos Núcleos vinculados a grupo de AISPs –, objetivava, apenas, aos crimes mais comuns e que se apresentavam importantes para o conhecimento da realidade criminal nos territórios afetos aos Núcleos. Ocorre que, no decorrer das discussões foi trazida pela Comissão²⁴ proposição alternativa em relação à redistribuição completa dos IPs em tramitação em todas as DP_s Especializadas para as PIP_s que atualmente estão vinculadas ao território, com ação simultânea, de fortalecimento dos grupos especializados²⁵. Contudo, esta proposição restou prejudicada em razão da deliberação por maioria da proposta de redistribuição parcial dos IPs, como posta pela SUBPLAN para alcançar algumas DP_s especializadas, motivo pelo qual não constou como proposição ao final.

Abaixo a relação das PIP_s que atuam diretamente com DP_s Especializadas em cada CI para facilitar a compreensão da organização das PIP_s especializadas:

1ª CENTRAL DE INQUÉRITOS	
ESPECIALIZADAS ²⁶	
PIP _s	ATRIBUIÇÕES
14ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos	Delegacia de Roubos e Furtos de Cargas (DRFC) Delegacia de Roubos e Furtos de automóveis (DRFVAT) Delegacia de Roubos e Furtos (DRF) Delegacia de Repressão ao Roubo contra Estabelecimentos Financeiros (DRRCEF)
16ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos	Defraudações e Repressão aos Crimes contra a Indústria Fonográfica (DEFRA) Delegacia de Repressão aos Crimes contra a propriedade imaterial (DRCPIM)

²⁴ Proposta trazida pela Promotora de Justiça Cláudia Barros, titular da 4ª Promotoria de Investigação Penal da 3ª Central de Inquéritos.

²⁵ Fortalecimento dos Grupos de Atuação Especializada para que esses possam assumir os inquéritos que os Promotores de Justiça naturais não se sintam em condição de conduzi-los, observada a complexidade do caso concreto, renúncia somente se daria nos casos de insustentabilidade de investigação específica, dada a sua complexidade e o acentuado acervo da Promotoria de Investigação Penal natural.

²⁶ A Delegacia Especializada em Armas, Munições e Explosivos (DESARME) relativos à 1ª Central de Inquéritos e a Coordenadoria de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (CCC-LD) da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro estão atribuídas, por designação, às 23ª e 24ª PIP_s, respectivamente.

17ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos	Delegacia Especial de atendimento a Pessoas de Terceira Idade (DEAPTI) Delegacia de atendimento ao Turista (DEAT), Delegacias Especiais de atendimento à Mulher de Jacarepaguá e do Centro (DEAM) Delegacia de Combate às Drogas (DECOD) Delegacia de Repressão a Entorpecentes da Superintendência Regional da Polícia Federal Delegacia de Defesa dos Serviços Delegados (DDSD)
23ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos	Delegacia de Repressão ao Crime Organizado (DRACO) Delegacia de Homicídios (DH) Divisão Antissequestro (DAS) Delegacia de Repressão a Armas e Explosivos (DRAE) Corregedoria de Polícia (CGP) Delegacia de Descoberta de Paradeiros (DDPA) Coordenadoria de Fiscalização de Armas e Explosivos da Polícia Civil do Estado – CFAE
24ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos	Delegacia Fazendária (DEFAZ)
26ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos	Delegacia de Repressão aos Crimes de Informática (RCI) DECON (Delegacia do Consumidor) Delegacias Especiais de atendimento à Mulher de Jacarepaguá e do Centro (DEAM)
MISTA – DISTRITAL E ESPECIALIZADA:	
19ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos	32ª DP (Taquara) Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente (DPMA)
25ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos	Delegacia de Capturas/Polícia Interestadual (DC/POLINTER) Delegacia de proteção à Criança e ao Adolescente (DPCA) Coordenadoria de Recursos Especiais (CORE) 31ª DP (Ricardo de Albuquerque)
30ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos	37ª DP (Ilha do Governador) Delegacia do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro (DAIRJ)

31ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos	43ª Delegacia Policial (Guaratiba) Delegacias Especiais de atendimento à Mulher (DEAM-OESTE)

2ª CENTRAL DE INQUÉRITOS	
PIPs	ATRIBUIÇÕES
7ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 2ª Central de Inquéritos (Niterói)	Atribuição na circunscrição territorial das Delegacias de Polícia Especializadas, inclusive da Delegacia de Mulheres (DEAM) de Niterói.
9ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 2ª Central de Inquéritos (São Gonçalo)	Atribuição para atuar nos procedimentos oriundos das Delegacias de Polícia Especializadas, inclusive da Delegacia de Atendimento à Mulher, e nas notícias de infrações penais ocorridas na circunscrição territorial do Município de São Gonçalo.

3ª CENTRAL DE INQUÉRITOS	
PIPs	ATRIBUIÇÕES
7ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 3ª Central de Inquéritos (Duque de Caxias)	Atribuição para atuar nos procedimentos relativos a infrações penais ocorridas na área territorial da referida Central de Inquéritos, oriundos da Divisão Antissequestro, Coordenadoria de Recursos Especiais, da Delegacia de atendimento à Pessoa da Terceira Idade, da Delegacia de atendimento ao Turista, da Delegacia de Defesa dos Serviços Delegados, das Delegacias do Consumidor (DEAC e Legal), da Delegacia de Polícia Federal de Nova Iguaçu, da Delegacia de Homicídios, da Delegacia de Homicídios da Baixada Fluminense, da Delegacia de Repressão às Ações Criminosas Organizadas e de Inquéritos Especiais, da Delegacia de Repressão a Entorpecentes do Serviço de Repressão a Entorpecentes e da Delegacia de Polícia de Repressão a Crimes contra a Propriedade Imaterial.
13ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 3ª Central de Inquéritos (Duque de Caxias)	Delegacias de Atendimento à Mulher (DEAM – Duque de Caxias)

11ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 3ª Central de Inquéritos (Nova Iguaçu)	Corregedoria de Polícia Civil (CGP) Delegacia de Defraudações (DEFRA) Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente (DEPCA e Legal) Delegacia da Criança e do Adolescente Vítima (DECAV) Delegacia Fazendária (DEFAZ) Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente (DPMA) Delegacia de Roubos e Furtos (DRF) Delegacia de Roubos e Furtos de Autos (DRFA) Delegacia de Roubos e Furtos de Cargas (DRFC) Divisão de Capturas e da Delegacia de Repressão aos Crimes de Informática (DRCI) Delegacia de Homicídios da Baixada – DHBF (Nilópolis, Mesquita, Nova Iguaçu, Queimados); Delegacia Especial de Atendimento à Pessoa da Terceira Idade (DEAPTI) Delegacia do Consumidor (DECON)
14ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 3ª Central de Inquéritos (Nova Iguaçu)	Delegacia de Atendimento à Mulher de Nova Iguaçu e de Belford Roxo

No tocante à questão mais grave, que é a desvinculação das PIPs das DP's (item 1 das questões críticas), não se pode duvidar que a manutenção do modelo hoje adotado de especialização por matéria, ou seja, por tipos de crime, como atribuída pela Secretaria de Segurança Pública, não encontra respaldo nos documentos bases desse trabalho; ao contrário, afrontam tanto a premissa posta pela Comissão Especial do PGJ de vinculação territorial quanto a determinação da Corregedoria Nacional de desvinculação PIP-DP constante do Relatório Conclusivo da Correição Extraordinária do CNMP.

Por outro lado, a sugestão de redistribuição dos feitos em tramitação nessas DP's para as PIPs vinculadas à territorialidade enquadra-se perfeitamente ao modelo proposto na 2ª Reunião de implantação de Núcleos de Investigação Penal e de Controle Externo da Atividade Policial vinculados a determinado número de AISPs, mediante definição posterior, por ocasião da operacionalização do redimensionamento pela Coordenadoria de Modernização Organizacional, orientada, desde já, pelos seguintes critérios: territorialidade; aumento da produtividade/efetividade; divisão equânime de feitos.

Tal rearranjo proporcionará maior integração e articulação dos membros dessas PIPs, entre si e entre os demais órgãos ligados de alguma forma à segurança pública – Delegacias, Batalhões, Conselhos Comunitários etc. Relembre-se, por oportuno, que este já é o arranjo institucional dos serviços de segurança pública que trabalham na

perspectiva de área integrada (AISP = DPs + BPM), justamente para traçarem ações conjuntas para o enfrentamento da criminalidade em regiões específicas.

Pode-se ainda dizer que os Promotores de Justiça em atuação nos Núcleos, com o conhecimento de todos os IPs dos crimes comuns, desfrutarão de uma visão ampla e mais profunda acerca da realidade criminal das correspondentes regiões geográficas, apropriando-se, inclusive das demandas sociais locais e das ações gerais de segurança pública.

Essa diretriz permitirá não apenas a disseminação do conhecimento sobre as dinâmicas criminais das respectivas Áreas Integradas de Segurança Pública pelos Promotores de Justiça a elas vinculados, como ainda promoverá o trabalho articulado dos grupos instituídos no âmbito dos Núcleos de Investigação Penal e de Controle Externo da Atividade Policial, com a finalidade de elaboração de planejamento estratégico e coleta de resultados mais relevantes socialmente.

Na verdade, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, na mesma sintonia de promoção de mudança de tradição organizacional nas Centrais de Inquéritos para “Estabelecer cultura de resultado” (objetivo estratégico do atual mapa estratégico do MPRJ), propõe a edição de Resolução vinculante para fomentar a atuação extrajudicial e racionalizar a atuação dos órgãos de execução de investigação penal (também objetivo estratégico do MPRJ, como operacionalização dos itens 5 e 6 do Relatório Conclusivo da Comissão Especial do PGJ, presidida pelo Procurador de Justiça Ricardo Martins).

Quanto ao quesito baixa produtividade, entendeu-se que, embora seja senso comum que são múltiplos os fatores que a influenciam em relação aos órgãos de execução de investigação penal, não há como se olvidar que a precariedade das investigações pela Polícia Civil revele-se como determinante e merecedora de total atenção pelo MPRJ.

Como bem salientado pelos membros da comissão representantes das CIs, a política empreendida pela SESEG é no sentido de dispor de melhores recursos materiais e humanos para as DPs Especializadas em detrimento das DPs distritais, causando a precarização dos seus serviços. Incoerente e incompreensível, contudo, é que, a despeito desse empreendimento, os resultados obtidos pelas PIPs a elas vinculadas mostram-se muito aquém do esperado frente à priorização de recursos destinados, ou seja, as PIPs junto às DPs Especializadas destacam-se como as que se apresentam como de menor produtividade em número de denúncias.

P.J.I.P. x DETALHAMENTO (12/2016 A 11/2017)	ENTRADA (IP NOVOS)	ENTRADA (IP ANTIGOS)	ENTRADA (TOTAL)	SAÍDA	DEN.	DEN. (%)
17ª P.J.I.P da 1ª C.I.	2777	7752	10529	8423	1657	19,7%
25ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1635	4380	6015	5271	562	10,7%

22ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1514	10070	11584	10480	720	6,9%
28ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1039	9150	10189	8196	544	6,6%
26ª P.J.I.P da 1ª C.I.	2581	14116	16697	14441	958	6,6%
30ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1500	11228	12728	11531	713	6,2%
19ª P.J.I.P da 1ª C.I.	691	3840	4531	3989	239	6,0%
31ª P.J.I.P da 1ª C.I.	2741	20583	23324	22681	1329	5,9%
9ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1276	7395	8671	7655	436	5,7%
3ª P.J.I.P da 1ª C.I.	2156	8964	11120	10218	571	5,6%
7ª P.J.I.P da 1ª C.I.	2020	8530	10550	9052	466	5,1%
16ª P.J.I.P da 1ª C.I.	228	2520	2748	2300	112	4,9%
6ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1285	7210	8495	7516	293	3,9%
4ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1098	8975	10073	9685	374	3,9%
10ª P.J.I.P da 1ª C.I.	920	9052	9972	7545	275	3,6%
11ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1333	11384	12717	12488	449	3,6%
18ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1728	14865	16593	15766	564	3,6%
8ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1074	110	1184	11826	423	3,6%
12ª P.J.I.P da 1ª C.I.	957	10352	11309	10525	368	3,5%
21ª P.J.I.P da 1ª C.I.	3280	15948	19228	18507	525	2,8%
14ª P.J.I.P da 1ª C.I.	267	4114	4381	3889	103	2,6%
29ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1456	17083	18539	18029	422	2,3%
15ª P.J.I.P da 1ª C.I.	801	8844	9645	8519	199	2,3%
5ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1052	8299	9351	8214	147	1,8%
13ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1510	12354	13864	13615	229	1,7%
24ª P.J.I.P da 1ª C.I.	99	1760	1859	1219	18	1,5%
23ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1225	7260	8485	8631	113	1,3%

1ª P.J.I.P da 1ª C.I.	793	8293	9086	8167	83	1,0%
20ª P.J.I.P da 1ª C.I.	825	10364	11189	10268	102	1,0%
2ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1317	17446	18763	15159	143	0,9%
27ª P.J.I.P da 1ª C.I.	740	11433	12173	11500	78	0,7%

A ideia de reestruturação das PIPs, no modelo que se desenha, é provocar uma atuação firme e transformadora da realidade acima descrita, inserindo os crimes hoje investigados pelas DP's Especializadas sob o ofício de todas as PIPs inseridas nos Núcleos segundo a territorialidade.

Em relação ao importante ponto trazido desde a Correição da Corregedoria Nacional, que é o desequilíbrio na divisão do trabalho entre as PIPs com atuação junto às áreas das DP's distritais e as vinculadas às DP's Especializadas merece a análise separada de cada CI, uma vez que as 2ª e 3ª CIs apresentam menor número de PIPs e de AISPs.

Assim, no tocante à 1ª CI, é possível verificar a flagrante desproporção pela simples leitura dos dados constantes do Ranking de Produtividade (doc. 51, anexo), em que se verifica a posição desprestigiada que as PIPs relativas às DP's especializadas alcançam em relação ao número de inquéritos policiais distribuídos (entradas de IPs novos), obviamente quando não conjugadas com as DEAMs²⁷. O mesmo se constata em relação ao *ranking* de acervo dos referidos órgãos, demonstrado pelo número de inquéritos antigos (doc. 52, anexo).

Como se vê da distribuição de inquéritos novos/ano nas 14ª, 16ª, 19ª e 24ª PIPs da 1ª CENTRAL DE INQUÉRITOS²⁸, urge a atenção da Administração Superior para empreender ações de redimensionamento voltadas à equanimização da força de trabalho dos membros em atuação na seara da investigação penal.

Veja-se:

ESPECIALIZADAS:

✓ 14ª PIP – Delegacia de Roubos e Furtos de Cargas – DRFC, Delegacia de Roubos e Furtos de Veículos – DRFVAT, Delegacia de Roubos e Furtos – DRF e Delegacia de Repressão ao Roubo contra Estabelecimentos Financeiros – DRRCEF – 267 IPs novos/ano.

²⁷ Delegacia de Polícia especializada foi objeto de política institucional específica para formação dos Núcleos de VD, conforme consta na parte da 1ª Reunião.

²⁸ Exceto nas 17ª, 26ª e 31ª PIPs que têm atribuição nas DEAMs:

31ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos (43ª DP – Guaratiba e DEAM-OESTE)

26ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos (DRCI, DECON e DEAM)

17ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos (DEAPTI, DEAM, DRCCSP, DEAT, DDSD – Delegacia de Defesa dos Serviços Delegados)

✓ 16ª PIP – Defraudações e Repressão aos Crimes contra a Indústria Fonográfica – DEFRA e Delegacia de Repressão aos Crimes Contra Propriedade Imaterial – DRCPIM – 228 IPs novos/ano.

✓ 24ª PIP – Delegacia Fazendária – DEFAZ – 99 IPs novos/ano.

MISTA – DISTRITAL E ESPECIALIZADA:

✓ 19ª PIP – 32ª DP Taquara – Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente – DPMA – 691 IPs novos/ano, dado que considera, inclusive, os IPs oriundos da DP distrital.

P.J.I.P. x DETALHAMENTO (12/2016 A 11/2017)	ENTRADA (IP NOVOS)
21ª P.J.I.P da 1ª C.I.	3280
17ª P.J.I.P da 1ª C.I.	2777
31ª P.J.I.P da 1ª C.I.	2741
26ª P.J.I.P da 1ª C.I.	2581
3ª P.J.I.P da 1ª C.I.	2156
7ª P.J.I.P da 1ª C.I.	2020
18ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1728
25ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1635
22ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1514
13ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1510
30ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1500
29ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1456
11ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1333
2ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1317
6ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1285
9ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1276
23ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1225
4ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1098
8ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1074
5ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1052
28ª P.J.I.P da 1ª C.I.	1039

12ª P.J.I.P da 1ª C.I.	957
10ª P.J.I.P da 1ª C.I.	920
20ª P.J.I.P da 1ª C.I.	825
15ª P.J.I.P da 1ª C.I.	801
1ª P.J.I.P da 1ª C.I.	793
27ª P.J.I.P da 1ª C.I.	740
19ª P.J.I.P da 1ª C.I.	691
14ª P.J.I.P da 1ª C.I.	267
16ª P.J.I.P da 1ª C.I.	228
24ª P.J.I.P da 1ª C.I.	99

No que se refere aos dados colhidos em relação à 2ª CI, verifica-se uma desproporção a mais dos números de inquéritos policiais das 7ª (Núcleo Niterói) e 9ª (Núcleo São Gonçalo) PIPs, uma vez que absorvem todas as especializadas, incluindo as DEAMs, motivo pelo qual deve ser melhor analisado após o redimensionamento em relação à matéria de VD.

Igualmente quanto à 3ª CI, os dados referentes às PIPs Especializadas²⁹ na 3ª CI – 7ª (Núcleo Duque de Caxias) e 11ª (Núcleo Nova Iguaçu) se mostram insuficientes para uma análise segura, uma vez que, recentemente, foi alvo de redimensionamento para agrupamento de especializadas.

- ✓ 7ª PIP – Delegacias Especializadas – 1275 IPs novos/ano
- ✓ 11ª PIP – Delegacias Especializadas – 570 IPs novos/ano

2 – ESTUDO PARA REDISTRIBUIÇÃO DOS IPs DAS DP's ESPECIALIZADAS DESTACADAS EM RAZÃO DA COMPLEXIDADE DA MATÉRIA E DA AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO DIRETA NO MAPEAMENTO DA CRIMINALIDADE LOCAL

A comissão entendeu por deixar para outra oportunidade a definição quanto ao cabimento de redistribuição dos IPs de algumas DP's Especializadas, pelos motivos abaixo relacionados, entendendo que a questão merecia ser aprofundada. São eles:

- ✓ Corregedoria de Polícia Civil (CGP) – por não ser prudente a concentração da atribuição em um único órgão de execução, sob pena de fragilização da atuação dos demais PJ que exercem o controle externo, devendo tal atribuição estar afeta ao Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial, discutido em GT próprio.

²⁹ Não incluem as DEAMs.

✓ Coordenadoria de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (CCC-LD) e Delegacia Fazendária (DEFAZ) – por terem atribuições para os crimes contra a Administração Pública a justificar ou não a concentração.

✓ Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente (DPMA) – por se tratar de matéria muito específica e não relacionada ao mapeamento de criminalidade por região.

Importante destacar que a análise qualitativa deve ser acompanhada da análise quantitativa dos acervos das referidas DPs, com a finalidade de se definir melhor quais devem ser mantidas como especializadas. Nesse ponto, importante afirmar que a comissão entendeu que, ainda que sejam preservadas, não devem se manter concentradas em uma PIP exclusiva, mas sim afetadas, no mínimo, a dois órgãos de execução vinculados à territorialidade. Com isso, manter-se-á, no máximo, PIPs mistas, ou seja, ligadas às AISP + DP Especializadas.

Nessa linha de discussão, foram feitas as seguintes propostas, como medidas de médio e longo prazos:

1. *Redimensionamento das PIPs vinculadas às DPs Especializadas cujos crimes não exigem conhecimento específico por membros do MPRJ³⁰, tais como homicídios, roubos, furtos etc., (à exceção das mencionadas no item 2 abaixo) e que possam contribuir para o planejamento e execução de políticas institucionais voltadas ao combate da criminalidade, mediante a redistribuição dos IPs em tramitação nessas unidades com os seguintes critérios – por maioria, tendo duas contrárias (entendiam que a redistribuição deveria ser completa) e uma abstenção:*
 - *Por territorialidade – por grupos de PIPs pertencentes a cada Núcleo de Investigação Penal e de Controle Externo da Atividade Policial da 1ª CI, que agregam determinadas Áreas de Integração de Segurança Pública – AISP –, que foram escolhidas para atender às peculiaridades regionais da criminalidade das regiões da cidade do Rio de Janeiro, conforme reestruturação proposta na 2ª Reunião, visando ao trabalho integrado e articulado em temas trazidos pelo Planejamento Estratégico do Ministério Público;*
 - *Por divisão equânime de feitos – a atribuição de cada PIP pertencente a cada Núcleo será objeto de proposta a ser elaborada posteriormente e diretamente com os membros titulares dessas PIPs;*
 - *Por aumento da produtividade/efetividade – crimes que influenciam na sensação de insegurança da população local, bem como no mapeamento da criminalidade em determinada região que, em última análise, repercutirá positivamente no planejamento estratégico da Instituição.*
2. *Encaminhamento para estudo e diagnóstico acerca da atribuição relativa às seguintes DPs especializadas remanescentes: CCG, DPMA, CCC-LD e DEFAZ, a*

³⁰ A Comissão reconhece a importância da especialização no âmbito da SESEG, por exigir conhecimento técnico que extrapole o jurídico para sucesso das investigações.

ser feito, a posteriori, pela Coordenadoria de Modernização Organizacional, com vistas ao melhor redimensionamento das atribuições dessas PIPs – redistribuindo os IPs ou vinculando às PIPs ligadas às AISPs que restem com reduzido volume de trabalho – por maioria, tendo duas contrárias (entendiam que a redistribuição deveria ser completa) e uma abstenção.

V. CONCLUSÃO

Preliminarmente, há que se consignar o ânimo renovado dos membros do MPRJ participantes da presente comissão para se repensar a estrutura das PIPs, órgãos de execução que, desde 1991, vêm desenvolvendo um trabalho de suma importância no conjunto de atribuições ministeriais criminais. Em que pese nos últimos anos as Centrais de Inquéritos terem perdido para outras especializações a posição de “vitrine do MPRJ”, passando a desempenhar um trabalho silencioso e, por que não dizer, desprestigiado, não deixou de ser considerada para o MPRJ a melhor forma de oficiar nos inquéritos policiais e nas medidas cautelares anteriores à propositura da ação penal (*vide* Relatório conclusivo da comissão Especial do PGJ).

Outrossim, destaca-se o valor das participações do Dr. Ricardo Ribeiro Martins e dos representantes das CIs na busca incansável de se delinearem novos caminhos de reorganização das PIPs, em vista de um anseio comum, qual seja, manter a essência de sua criação, sem deixarem de exercer um juízo crítico no apontamento das deficiências. O propósito sempre foi de buscar medidas inovadoras objetivando o empoderamento das Centrais de Inquéritos, enquanto órgãos de investigação penal e de controle externo da atividade policial. Na verdade, todos os membros da comissão atuaram, em todo o tempo, no firme propósito de retomar o protagonismo do MPRJ, externa e internamente, no combate à criminalidade, este objetivo estratégico institucional.

Não há como se olvidar do marco originado pela inspeção do CNMP que, em última análise, impulsionou a Instituição a confrontar a ausência de iniciativas para interromper o processo de enfraquecimento desses órgãos ministeriais e, ainda, a superar o estado de estagnação provocado pelo descaso do governo estadual com a Segurança Pública que levou à precarização de seus serviços.

Fundamental, ainda, foi a sensibilidade da i. Chefia Institucional ao encampar as sugestões trazidas por aquele colegiado, dando a merecida urgência nos encaminhamentos e ampliando o debate ao instituir Comissão Especial para revisão das atribuições das PIPs, em franco reconhecimento, não só da relevância do trabalho das PIPs, mas também da importância de dar voz àqueles que se encontram no *front*.

Igualmente digno de nota, e também de elogio, é o trabalho produzido pela Comissão Especial instituída pelo PGJ (Ato GPGJ nº 1446/17), presidida pelo Procurador de Justiça Dr. Ricardo Ribeiro Martins que, após análise acurada da situação de cada Central de Inquéritos, apresentou várias sugestões, segundo proposição do CNMP, com fulcro em duas premissas básicas: manutenção das PIPs, como órgãos especializados na seara criminal, e a sua vinculação a determinado território.

Importante destacar, por fim, a louvável aquiescência do Fórum Permanente Institucional, à proposta de instalação da Comissão para aprofundamento dos estudos e definição de propostas no sentido de trazer concretude aos itens 3 e 4 do Relatório da Comissão Especial do PGJ, conforme encaminhamento dado pela SUBPLAN, em cumprimento à determinação do PGJ. Isso permitiu o envolvimento de outras searas institucionais na discussão de tal monta, bem como concedeu nova oportunidade para os membros titulares de determinadas PIPs (como convidados) contribuírem ainda mais, agora de forma mais minuciosa, para a reconstrução de um processo de remodelagem desses órgãos.

Nesse processo, buscou-se estabelecer proposta de política institucional delineada em temas tidos como fundamentais para o enfrentamento das questões críticas trazidas à tona nos Relatórios da Correição da Corregedoria Nacional e no da Comissão Especial do PGJ, a ser perseguida como meta estratégica, mediante a implementação de medidas de curto, médio e longo prazos.

O resultado deste movimento foi um debate aberto, altamente qualificado e com o comprometimento de todos que integraram o grupo. Eventuais divergências de opinião foram superadas e, quando não, objeto de destaque em atas, a fim de que todos se sentissem contemplados com as propostas que ora são apresentadas.

Na convicção de que o trabalho rumo à melhoria da atuação ministerial nas PIPs seja estendido e pormenorizado, a presente comissão tem a consciência de que as medidas apresentadas para redimensionamento das PIPs e reestruturação das Centrais de Inquéritos não devem ser consideradas ultimadas, tampouco definitivas; ao contrário, pretende-se que elas venham inaugurar um tempo de mudanças aptas a assegurar, gradativamente, àqueles órgãos de execução potencial adequado para dar resposta à sociedade diante dos enormes desafios que avançam cotidianamente com a diversidade e crescente criminalidade em nosso estado.

Espera-se que a proposta de política institucional ora apresentada dispostas em macroproposições e detalhadas em cada uma das 4 (quatro) reuniões da Comissão, mereça a devida acolhida pelos demais setores do MPRJ, sem prejuízo do olhar atento e crítico que se impõe para que cheguemos ao fim por todos desejado, qual seja, de se alcançar o máximo de eficiência e efetividade na atuação investigatória, colocando o MPRJ novamente na vanguarda do combate à criminalidade.

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 2018.

LEILA MACHADO COSTA

Presidente do FPI e da Comissão

CLISÂNGER FERREIRA GONÇALVES

Proponente e Relatora da Comissão

Peças

• • •

PEÇA PROCESSUAL

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA –
NÚCLEO NITERÓI

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

REF. INQUÉRITO CIVIL MPRJ Nº 2014.00064060

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por meio do Promotor de Justiça que ao final subscreve, no exercício de suas atribuições legais, com fundamento nos artigos 37, *caput*, incisos I e II, e parágrafos 2º e 127, *caput*, e 129, inciso III da Constituição Federal, bem como, com fundamento nas disposições contidas nas Leis nº 8.429/92 e nº 7.347/85, vem perante Vossa Excelência oferecer a presente

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

em face de:

- 1) JORGE ROBERTO SAAD SILVEIRA**, ex-prefeito do Município de Niterói (períodos de 1997/2001, 2001/2002, 2009/2012), brasileiro, casado, RG 810395236, nascido em 09/09/1952, inscrito no CPF sob o nº 250.814.117-87, residente e domiciliado na Rua Antônio Parreiras, nº 139, apto. 501, Bairro Boa Viagem, Niterói/RJ, CEP 24210-320;
- 2) JOSÉ ROBERTO VINAGRE MOCARZEL**, ex-Secretário Municipal de Serviços Públicos, Trânsito e Transportes de Niterói, brasileiro, casado, engenheiro, inscrito no CPF sob o nº 366.087.507-49, residente no Condomínio Vale de Itaipu, rua 01, casa 51, Itaipu, Niterói/RJ, CEP 24340-140;
- 3) SERGIO MARCOLINI**, brasileiro, engenheiro, ex-Diretor-Presidente da NITERÓI TRANSPORTE E TRÂNSITO S/A (NITTRANS), inscrito no CPF sob o nº 366.026.987-53, *atualmente* Superintendente da Superintendência de Gestão da AMTU, da Secretaria de Estado de Transportes do Rio de Janeiro, sediada na Av. Nossa Senhora de Copacabana, 493, Copacabana, Rio de Janeiro, tel.: (21) 2333-8603, CEP 22020-001, com endereço residencial na Avenida Jornalista Alberto Torres, 371, apto 702, Icaraí, Niterói, CEP 24230004;
- 4) ELCIO NUNES DIAS**, brasileiro, servidor público, RG 41068057, CPF 490.773927-34, com endereço na Av. Professor João Brasil, 776, Fonseca, Niterói, RJ, CEP 24130-082, tel. (21) 7230-0937;

5) CONSÓRCIO TRANSNIT, Consórcio de Sociedades, CNPJ: 15.593.315/0001-67, com sede na Alameda São Boaventura, 73, Fonseca, Niterói, RJ, CEP 24130-005, tel.: (21) 2621-1566;

6) CONSÓRCIO TRANSOCEÂNICO, Consórcio de Sociedades, CNPJ 15.635.449/0001-01, com sede na Alameda São Boaventura, 67, Niterói, RJ, CEP 24130-005, tel. (21)2621-1566;

7) AUTO LOTAÇÃO INGÁ LTDA, sociedade empresária de responsabilidade limitada, CNPJ 30.074.561/0001-04, com sede na Alameda São Boaventura, 1191, Fonseca, Niterói, RJ, CEP 24130-223, tel. (21) 2625-1556, *e-mail* lotaçãoinga@uol.com.br ;

8) EXPRESSO BARRETO LTDA, sociedade empresária de responsabilidade limitada, CNPJ 30.078.380/0001-48, com sede na Rua São Lourenço, 304, São Lourenço, Niterói, RJ, CEP 24060-000, tels. (21) 2620-1158 / (21) 2719-6642;

9) TRANSPORTE PEIXOTO LTDA., sociedade empresária de responsabilidade limitada, CNPJ 30.078.372/0001-00, com sede na Alameda São Boaventura, 1179-A, Fonseca, Niterói, RJ, CEP 24130-001;

10) AUTO ÔNIBUS BRASÍLIA LTDA., sociedade empresária de responsabilidade limitada, CNPJ 30.076.475/0001-22, com sede na Rua Luiz Leopoldo Fernandes Pinheiro, 555, Sala 402, Centro, Niterói, RJ, CEP 24030-127, tels. (21) 2717-1457 / (21) 2483-1919, *e-mail* reinaldo.sa@gbl.com.br;

11) VIAÇÃO FORTALEZA LTDA., sociedade empresária de responsabilidade limitada, CNPJ 30.075.501/0001-06, com sede na Rua Rev. Armando Ferreira, 11, Pendotiba, Niterói, RJ, CEP 24310-090;

12) VIAÇÃO PENDOTIBA S.A., sociedade anônima fechada, CNPJ 30.110.597/0001-98, com sede na Avenida Ewerton Xavier, 7698, Niterói, CEP: 24340-105;

13) SANTO ANTÔNIO TRANSPORTES LTDA., sociedade empresária de responsabilidade limitada, CNPJ 30.075.428/0001-64, com sede na Estrada Washington Luís, 89, Pendotiba, Niterói, RJ, CEP 24315-370, tels. (21) 2616-9200 / 2616-9209, *e-mail* santo.antonio@veloxmail.com.br;

14) EXPRESSO MIRAMAR LTDA., sociedade empresária de responsabilidade limitada, CNPJ 30.075.436/0001-00, com sede na Av. Rui Barbosa, 691, Bairro Saco São Francisco, Niterói, CEP 24.310-005;

pelos fatos e fundamentos expostos adiante.

I. DOS FATOS

O Ministério Público Estadual instaurou o *Inquérito Civil MPRJ 2014.00064060*, que serve de suporte à presente demanda. Seu objetivo foi investigar irregularidades

praticadas sob a gestão do Prefeito Municipal de Niterói JORGE ROBERTO SAAD SILVEIRA, especificamente no curso de processo licitatório que culminou na celebração de dois contratos de concessão de serviço público de transporte de passageiros por ônibus.

No curso das investigações, diversas irregularidades foram de fato constatadas, algumas delas, de tão graves, merecem enquadramento nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), enquanto outras devem ser atacadas sob o prisma da nulidade contratual. A presente demanda, por ora, cinge-se à apuração das responsabilidades pela ofensa à LIA.

Antes de adentrar na exposição dos fatos que se enquadram na citada lei, é imprescindível contextualizá-los, para melhor compreensão dos eventos que culminaram na prática de improbidade administrativa envolvendo os réus.

I.A. Dos Fatos Antecedentes – A Decisão Judicial Determinando a Realização de Licitação

Em 14 de outubro de 2002, foi distribuída na Comarca de Niterói uma ação civil pública de autoria do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em face do MUNICÍPIO DE NITERÓI e outros, sob o argumento de que, por anos, a municipalidade procedeu a concessões ou permissões das linhas de transporte coletivo mediante contratos de adesão de caráter precário.

Com efeito, a prática reiterada se baseava em legislação inconstitucional e violava o art. 175 da Constituição, pois prorrogava permissões e concessões municipais de transporte de passageiros sem qualquer licitação. Mais do que isso, os gestores municipais faziam letra morta da Lei nº 8.987/95, cujo artigo 43 determinava extinção das concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição, não havendo espaço discricionário da Administração Pública.

A demanda foi tombada sob o número 0020849-17.2002.8.19.0002 (numeração antiga: 2002.002.020225-0) e foi julgada pela 1ª Vara Cível de Niterói. A sentença de procedência foi publicada em 08/11/2007:

JULGO PROCEDENTE O PEDIDO formulado pelo Ministério Público na ação civil pública para condenar o Município de Niterói a se abster de delegar a prestação de serviço de transporte rodoviário coletivo a terceiros, sem prévia licitação, sob pena de multa no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para cada ato em desconformidade com a presente decisão. (...) Consumado o prazo para interposição de recurso voluntário e observadas as formalidades legais, submeta-se a presente ao duplo grau obrigatório, nos termos do art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil. P. R. I. Niterói, 08 de novembro de 2007. ALBERTO REPUBLICANO DE MACEDO JR. Juiz de Direito.

Em virtude dos argumentos e das provas expostas ao Poder Judiciário, nossos juízes de 1º e de 2º grau de jurisdição houveram por bem fazer prevalecer o Direito, determinando a realização de licitações para a concessão do serviço público. Assim, tanto o juízo de piso quanto a 3ª CÂMARA CÍVEL DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA julgaram procedentes os pedidos do MP.

Com os recursos de apelação, em 2013, foi proferida decisão final sobre o mérito em 2º grau, mantendo-se a sentença. Foi nesse sentido o acórdão que julgou as apelações (Apelação nº 0020849-17.2002.8.19.0002, Rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, julg. em 22/05/2013):

PROCESSOS Nºs 0000357-09.1999.8.19.0002 E 0020849-17.2002.8.19.0002. ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS DO MUNICÍPIO DE NITERÓI. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DOS RÉUS. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES SUSCITADAS PELOS APELANTES. VIA ELEITA QUE SE MOSTRA ADEQUADA. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A AÇÃO POPULAR SÃO INSTRUMENTOS DE TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS, EXPRESSOS AQUI NOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA MORALIDADE, DOS QUAIS A OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO É COROLÁRIA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL INOCORRENTE. CAUSA DE PEDIR E PEDIDO QUE MIRAM A NULIDADE DAS PERMISSÕES OUTORGADAS ÀS EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL DE PASSAGEIROS DE ÔNIBUS, TENDO POR FUNDAMENTO A AUSÊNCIA DE PRÉVIA LICITAÇÃO. PEDIDO CERTO E DETERMINADO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA. AUTOR DA AÇÃO POPULAR QUE CUMPRIU O REQUISITO LEGAL PELA JUNTADA DE SEU TÍTULO DE ELEITOR. FATO DE O MESMO NÃO TER SIDO ACOSTADO NO MOMENTO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO QUE NÃO É APTO A ENSEJAR SUA ILEGITIMIDADE ATIVA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INCONSISTÊNCIA. INEXISTE PREVISÃO LEGAL QUE INVIABILIZE O CONTROLE JURISDICIONAL DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA QUE SE MOSTRE APTA A FERIR OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA MORALIDADE E DA LEGALIDADE, COMO É A OMISSÃO EM REALIZAR O COMPETENTE PROCESSO LICITATÓRIO. INTERESSE PROCESSUAL CARACTERIZADO. MUNICÍPIO DE NITERÓI QUE SE MOSTROU COMPLETAMENTE INERTE EM PROMOVER A NECESSÁRIA LICITAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE MUNICIPAL DE PASSAGEIROS. DEMANDA ADEQUADA E NECESSÁRIA PARA SE ALCANÇAR TAL FIM. (...) ART. 6º DA LEI MUNICIPAL Nº 1.639/1998 QUE PERMITIU À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PRORROGAR DE

FORMA AUTOMÁTICA, PELO PRAZO DE 15 ANOS, AS ATUAIS PERMISSÕES E AUTORIZAÇÕES SEM A REALIZAÇÃO DE QUALQUER PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. LICITAÇÃO QUE FOI ERIGIDA A PRECEITO CONSTITUCIONAL. ARTS. 37, XXI E 175 DA CRFB, ESTE REGULAMENTADO PELA LEI Nº 8.987/95. VÍCIO DE NULIDADE QUE CONTAMINA O ATO ADMINISTRATIVO DENOMINADO “CONTRATO DE ADESAO”, QUE RENOVOU A CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO EM QUESTÃO COM BASE EM DISPOSITIVO QUE CLARAMENTE NÃO FOI RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO, AO MENOS, DOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO, DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA, DA IMPESSOALIDADE E DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES DO STF. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CITADOS QUE, *PER SI*, SÃO SUFICIENTES PARA O RECONHECIMENTO INCIDENTAL DA INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE NOVO CONTRATO, MAS SIM A MANUTENÇÃO DAS ANTIGAS PERMISSÕES, INDEPENDENTE DA REALIZAÇÃO DE QUALQUER PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. LEI FEDERAL Nº 8.987/95, QUE É APLICÁVEL AOS ÂMBITOS ESTADUAL E MUNICIPAL. PREVISÃO EXPRESSA DO ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO. ART. 43 DO MESMO DIPLOMA LEGAL QUE DECLAROU EXTINTAS TODAS AS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS OUTORGADAS SEM LICITAÇÃO NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DOS INSTRUMENTOS DELEGATÓRIOS QUE SE IMPÕEM. DIREITO SUPERVENIENTE NÃO CONSIDERADO PELA SENTENÇA. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL INTRODUZIDA PELA LEI Nº 11.445/2007 NA LEI Nº 8.987/95. APLICAÇÃO DO ART. 462, CPC, TAMBÉM PELOS TRIBUNAIS. (...) CORRETA A SENTENÇA. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO APELO.

Portanto, foi reconhecida a ilegalidade na forma como o sistema de transporte de passageiros era concedido a terceiros, sem qualquer procedimento prévio de licitação e, conseqüentemente, sem nenhum planejamento. Tudo isso contribuía para a absoluta desordem urbana, especialmente no trânsito, fazendo com que nossa cidade fosse muito mais conhecida pelos extensos engarrafamentos do que pelas belas paisagens.

Esperava-se que, com auxílio do Poder Judiciário, os gestores municipais decidissem planejar adequadamente o sistema de transporte coletivo, de modo a conferir aos cidadãos niteroienses mais qualidade de vida, aumentando a atratividade do sistema coletivo e melhorando o fluxo nas vias públicas.

De início, até pareceu assim.

I.B. Dos Fatos Antecedentes – A Contratação e o Descarte do “Plano Jaime Lerner”

No princípio de sua gestão 2009-2012, o réu JORGE ROBERTO SILVEIRA, a pretexto de organizar o sistema de transporte público, contratou diretamente a realização de um largo estudo técnico junto a JAIME LERNER ARQUITETOS ASSOCIADOS, empresa com sede em Curitiba, presidida pelo arquiteto e ex-prefeito daquela cidade, Jaime Lerner. O estudo propôs a substituição do sistema então vigente por outro, supostamente mais adequado às necessidades do cidadão niteroiense. A proposta do caro plano previa a implantação de corredores de transportes e a construção de terminais para reduzir o então vigente. A visão geral seria:



O estudo levaria a profundas mudanças nos transportes, implantando-se um sistema “tronco-alimentador”, com terminais de transbordo e conexão em pontos estratégicos na cidade. Pelo novo formato, linhas principais, com capacidade ampliada de passageiros e maior oferta de horários, fariam as conexões principais e, nos terminais, o passageiro acessaria as linhas alimentadoras que fariam distribuição para os bairros ou outros terminais. De tal maneira, ocorreria a condensação em linhas principais e diminuiria a quantidade de ônibus em circulação na cidade.

Entretanto, a despeito dos estudos, das audiências públicas e dos gastos de recursos públicos para elaboração deste plano, a lógica que prevaleceu foi a de manter o sistema anterior, sem qualquer preocupação em melhorar o transporte público de passageiros. E tal não foi obra do acaso, mas fruto de articulada estratégia destinado a ferir a legalidade do processo licitatório realizado em 2012, com vistas a manter a mesma lógica contrária ao interesse público no sistema de transportes de Niterói.

A Câmara Municipal de Niterói instalou Comissão Parlamentar de Inquérito sobre os transportes coletivos, a partir de indícios de favorecimento às empresas que já atuavam no município pelo edital de licitação da concessão do serviço de exploração de linhas de ônibus em Niterói. No curso das investigações, a UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO elaborou alentado RELATÓRIO TÉCNICO, cujos trechos merecem destaque (grifamos):

Histórico de Planejamento e Gestão de Transporte de Niterói nos Últimos 20 Anos — Verificou-se que o Setrerj (Sindicato das Empresas de Transporte Rodoviário) atua junto ao Município viabilizando estudos e projetos que vêm sendo tratados pelo administrador público como a *mise-en-scène* da decisão, isto é, com um fim em si mesmo de mera imagem de marca da gestão municipal, porém sem verificação de interesse em efetiva implantação. Afinal, nos últimos 20 anos, foram elaborados três planos (PITT, PDTT e Plano Lerner) que visavam à otimização do serviço, com redução da frota, porém sem programação orçamentária, *chegando-se ao ponto de, no processo de licitação das linhas de 2012, ter-se apresentado o Plano Lerner como a meta do certame, porém foi considerado no estudo de viabilidade 99% a mais dos investimentos necessários para aquisição da frota proposta pelo famoso urbanista, comprovando-se que o objeto do certame foi uma frota além do dobro da frota otimizada*¹.

(...)

CONCLUSÕES FINAIS

Por todo o exposto, a CPI pode concluir:

- Não se verificou interesse dos governos anteriores e do atual governo em otimizar o serviço de ônibus no Município em oposição à lógica de remuneração do serviço baseada unicamente no material rodante (veículos);
- *Verificou-se que a licitação de 2012 visou tão somente à manutenção do status quo ante;*
- *Os critérios de avaliação das propostas técnicas teriam sido formulados para pontuar com vantagem as empresas que já atuavam no mercado niteroiense em relação a eventuais concorrentes. Tal*

¹ Ver fl. 08 dos autos do inquérito civil.

conclusão ficou evidente, sobretudo nos critérios “experiência”, “idade média da frota” e “garagem”, não se podendo descartar a hipótese de conflito com dispositivos legais, em especial a Lei nº 8.666/93, art. 32 §12, assim como a Lei nº 8.987/95, art. 62. §12, visto ausência de atenção ao princípio da modicidade tarifária;

- Verificam-se cenários de maior ineficiência do sistema, com perspectiva de crescimento exagerado da frota e da tarifa para os próximos 5 anos, não podendo mais adiar-se a implantação de um sistema otimizado como proposto por Lerner.

- A tarifa em 2012 deveria ter sido calculada em R\$ 2,59 e reajustada pelo IPCA para R\$ 2,74 em 2013 e mantida assim em 2014 (descontando-se a receita extraordinária por ter sido praticada a tarifa de R\$ 2,75 nos dois últimos anos). *Se o sistema já estivesse otimizado conforme o Plano Lerner, estima-se tarifa de R\$ 2,24 para 2012; de R\$ 2,37 com o reajustamento pelo IPCA para 2013 e de R\$ 2,50 com o reajustamento pelo IPCA em 2014, equiparando-se a tarifa niteroiense às tarifas de capitais (entre R\$ 2,30 e R\$ 2,40) com indicadores urbanos semelhantes, quais sejam: Aracaju e Vitória;*

(...)

- 2/3 da população consultada reprovam o serviço de ônibus de Niterói e apenas 1/3 aprova-o, mas ninguém o considera “Ótimo”. A avaliação média do serviço de ônibus em Niterói é 3,2 numa escala de 0 a 10².

Portanto, ignorando os estudos técnicos e os gastos públicos realizados para planejar o sistema viário niteroiense, os réus se dedicaram a manter o *status quo*, aplicando critérios no edital de licitação que em quase nada alteraram o serviço, tudo com o propósito de beneficiar as mesmas empresas que já desagradavam à população.

O processo licitatório que deu origem às concessões atuais demonstra que os réus fizeram o Poder Concedente ignorar necessidade de aprimorar a oferta de transporte coletivo do município para favorecer as empresas locais que já operavam o sistema.

Com isso, o sistema de transporte coletivo de Niterói permaneceu exatamente igual ao período anterior à licitação, com as mesmas empresas operando as mesmas linhas e explorando o mesmo mercado. Para aparentar alguma mudança ou melhoria no sistema, adotou-se uma nova programação visual padrão nos veículos, com cor predominantemente vermelha para o CONSÓRCIO TRANSNIT e cor predominantemente verde para o CONSÓRCIO TRANSOCEÂNICO.

De fato, uma das poucas mudanças foi meramente cosmética: a alteração das cores dos veículos, pois as linhas se mantiveram as mesmas, como ocorre há anos. As

² Ver fl. 101 dos autos do IC.

imagens não nos deixam mentir, pois basta rápida pesquisa por imagens antigas de Niterói para ver que quase nada mudou, só a programação visual. As linhas são as mesmas.

LINHA	FOTO ATUAL	FOTO ANTIGA
39		
33		

Destarte, a licitação de 2012, destinada a legalizar a operação das linhas de ônibus, só ocorreu para cumprir uma decisão judicial e interromper as ilegais prorrogações de permissões que ditavam a exploração das linhas de ônibus no município havia décadas. Na prática, a população continua sendo pessimamente atendida da mesma forma que na fase pré-licitação.

Esse fato não foi negado nem pelo Sr. SERGIO MARCOLINI, em depoimento prestado na audiência pública na Câmara Municipal de Niterói, no dia 13 de novembro de 2013³. Questionado pelos nobres vereadores municipais sobre o que de fato fora licitado, o ex-presidente da NITTRANS (Niterói Trânsito e Transportes) foi categórico:

(...) de fato, a licitação que nós fizemos foi a licitação do sistema em vigor, portanto não teria diferença rigorosa nenhuma, porque essas

³ Ver fls. 110/121 dos autos do IC.

diferenças, elas têm que caminhar ao longo do processo. Essas modificações, tivéssemos nós continuado, nós teríamos muitas modificações que nós já queríamos implantar imediatamente, apenas não as implantamos porque até houve uma ponderação, até do governo como um todo (...).

I.C. Do Procedimento Licitatório de 2012 – Concorrência Pública

Por meio de ofício assinado em 5 de abril de 2011⁴, o Sr. JOSÉ ROBERTO VINAGRE MOCARZEL, então SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS, TRÂNSITO E TRANSPORTES, deu início à concorrência pública de âmbito nacional para o Serviço de Transporte Coletivo de Passageiros por Ônibus.

Em ofício datado de 20 de julho de 2011, o Sr. SERGIO MARCOLINI, então diretor-presidente da NITTRANS, encaminhou documentação ao Secretário Executivo HAMILTON LUIZ PEREIRA PITANGA para a confecção da minuta do edital de concorrência⁵.

Entre a documentação, constava o projeto básico, em que, expressamente, já se previa que a licitação ignoraria os planos anteriores e seria licitado o “sistema de linhas atualmente em operação”⁶, mediante formação de três áreas operacionais⁷, tudo com o escopo de manter o mesmo sistema que já operava, pois a intenção jamais foi racionalizar a prestação do serviço em benefício do usuário.

O projeto Jaime Lerner afetaria as empresas prestadoras do serviço, criando novas linhas de ônibus. Ao invés disso, as mesmas linhas até então existentes foram separadas em dois grupos, segundo sua área operacional (I e II), e o espaço territorial do município dividido em três (3) grandes áreas, sendo as áreas I e II de operação exclusiva, cujo serviço de transporte coletivo foi delegado aos dois concessionários. Já a área de operação comum (III) poderia ser explorada por ambos.

Área Operacional I – Baldeador, Barreto, Caramujo, Engenhoca, Fátima, Fonseca, Ilha da Conceição, Pé Pequeno, Ponta D’Areia, Santa Bárbara, Santana, São Lourenço e Tenente Jardim;

Área Operacional II – Badu, Cachoeira, Cafubá, Camboinhas, Charitas, Engenho do Mato, Imbuí, Itacoatiara, Itaipu, Ititoca, Jacaré, Jardim, Jurujuba, Largo da Batalha, Maceió, Maravista, Muriqui, Piratininga, Rio do Ouro, Santo Antônio, São Francisco, Sapê, Serra Grande, Várzea das Moças, Viçoso Jardim e Viradouro;

Área Operacional III – Boa Viagem, Centro, Cubango, Gragoatá, Icaraí, Ingá, Santa Rosa, São Domingos e Vital Brasil.

⁴ Ver fl. 474 dos autos do IC.

⁵ Ver fl. 476 dos autos do IC.

⁶ Ver fl. 478 dos autos do IC.

⁷ Ver fls. 491/2 dos autos do IC.

Também foi ignorada a programação de investimentos para os licitantes vencedores segundo as diretrizes do Projeto Lerner. Isto porque se elevou o valor previsto de investimentos e aquisição de frota em 99%: de R\$324.440.000,00 para R\$645.624.000,00. A frota estimada pelo estudo de viabilidade contradiz a dimensionada na licitação: 39% maior que a frota na época da licitação e 108% maior que a frota estipulada no Projeto Básico.

Embora o mencionado PLANO LERNER seja encartado como anexo ao projeto básico⁸, este não previa qualquer medida concreta por parte do Poder Concedente para sua implantação. O projeto básico dedica pouco menos de uma página a tão relevante assunto⁹ e exprime o desiderato dos agentes públicos de manter o benefício às mesmas empresas.

O projeto apresentado pelo Sr. SERGIO MARCOLINI expressamente previa que a evolução do sistema para o novo modelo deveria prover de “comum acordo com as partes”. Desta forma, a despeito de a melhoria na prestação do serviço de transportes coletivos ser tema essencial ao bem-estar da sociedade, os agentes envolvidos numa concessão de 20 (vinte) anos decidiram laconicamente submeter o serviço público à lógica privada: beneficiar as empresas prestadoras em detrimento do usuário.

Mais adiante, em documento apresentado também pelo Sr. SERGIO MARCOLINI, os critérios para julgamento das propostas são enumerados¹⁰ e, posteriormente (26 de janeiro de 2012), o expediente é encaminhado à COMISSÃO DE LICITAÇÃO, já com os critérios técnicos lançados¹¹. O Sr. ELCIO NUNES DIAS, presidente da Comissão, em apenas 5 dias (31 de janeiro), encaminha todas as minutas já elaboradas¹² – inclusive a do edital.

A rapidez com que tantos documentos (são 148 folhas) foram supostamente elaborados pela COMISSÃO DE LICITAÇÃO indica que, de fato, seus membros tiveram quase nenhuma ingerência no processo, tendo passado por ele apenas para dar ares de legalidade ao certame.

Assim, em 8 de fevereiro, é publicado o aviso da concorrência pública, firmado pelo presidente da comissão, Sr. ELCIO NUNES DIAS¹³. O processo administrativo nº 180/514/2011 divulgou a minuta para licitação de âmbito nacional para a concessão do serviço de transporte coletivo no Município de Niterói, na modalidade concorrência do tipo “melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica”.

O edital previu a possibilidade de participação em consórcios e, a partir disso, as empresas de transporte coletivo que já prestavam tal serviço em Niterói formaram dois consórcios *para que cada empresa concorresse à área em que já operava*.

O CONSÓRCIO TRANSNIT é composto pelas empresas AUTO LOTAÇÃO INGÁ LTDA., EXPRESSO BARRETO LTDA., TRANSPORTE PEIXOTO LTDA. e AUTO ÔNIBUS

⁸ Ver fls. 573/643 dos autos do IC.

⁹ Ver fl. 563 dos autos do IC.

¹⁰ Ver fls. 1083/1090 dos autos do IC.

¹¹ Ver fl. 1093 dos autos do IC.

¹² Ver fl. 1095 dos autos do IC.

¹³ Ver fls. 1519/1521 dos autos do IC.

BRASÍLIA LTDA.¹⁴ O CONSÓRCIO TRANSOCEÂNICO, por sua vez, é composto pelas sociedades empresárias VIAÇÃO FORTALEZA LTDA., VIAÇÃO PENDOTIBA S.A., SANTO ANTÔNIO TRANSPORTES LTDA. e EXPRESSO MIRAMAR LTDA.¹⁵

Na primeira ata da concorrência pública¹⁶, compareceram dois licitantes para cada grupo de áreas. O CONSÓRCIO TRANSNIT concorreu com a VIAÇÃO NOSSA SENHORA DE LOURDES S.A., empresa com sede no bairro da Penha, no Rio de Janeiro. Já o CONSÓRCIO TRANSOCEÂNICO concorreu com REAL AUTO ÔNIBUS LTDA., empresa sediada também na Capital Fluminense.

Ao fim do julgamento das propostas e com base nos quesitos elaborados pelos agentes envolvidos na confecção do edital, os consórcios formados pelas empresas que já operavam o sistema e sediadas no município venceram a concorrência. Assim, o então prefeito JORGE ROBERTO SAAD SILVEIRA firmou os dois contratos:

Contrato de Concessão nº 106/2012 – Setor 01¹⁷: Consórcio TRANSNIT, representado pela empresa líder AUTO LOTAÇÃO INGÁ LTDA., com valor de outorga de R\$ 7.291.000,00 (sete milhões duzentos e noventa e um mil reais) e valor estimado de concessão (total estimado de receitas da concessionária), segundo cláusula décima oitava, é de R\$ 1.002.355.832,80¹⁸;

Contrato de Concessão nº 107/2012 – Setor 02¹⁹: Consórcio TRANSOCEÂNICO, representado pela empresa líder VIAÇÃO PENDOTIBA S.A., com valor da outorga de R\$ 7.715.000,00 (sete milhões setecentos e quinze mil reais) e cujo valor estimado de concessão (total estimado de receitas da concessionária), segundo cláusula décima oitava, é de R\$ 1.287.001.255,09²⁰.

O benefício direto às empresas vencedoras não se deu somente por meio do descarte dos planos e estudos anteriores. Houve deliberadas condutas que levaram a que até mesmo o valor da tarifa fosse calculado de maneira superior ao adequado para se atingir a modicidade tarifária.

I.D. Dos Vícios que Afetaram a Licitade da Concorrência

A definição da modalidade da concorrência, delimitação da área de atuação, critérios técnicos e suas proporções e condições para formação de consórcios

¹⁴ Ver contrato de constituição do consórcio em fls. 1793/1810.

¹⁵ Ver contrato de constituição do consórcio em fls. 1777/1791.

¹⁶ Ver fls. 1674/1678 dos autos do IC.

¹⁷ Ver fls. 1814/1839 dos autos do IC.

¹⁸ Ver fl. 1831 dos autos do IC.

¹⁹ Ver fls. 1840/1866 dos autos do IC.

²⁰ Ver fl. 1857 dos autos do IC.

influenciaram diretamente no resultado da licitação em favor das operadoras domésticas. Nada foi obra do acaso e da mera falta de capacidade dos gestores públicos.

O resultado final do processo (a manutenção do *status quo*) foi fruto de uma cuidadosa arquitetura de ilicitudes, que demonstram claramente o elemento subjetivo dos agentes públicos, voltados para deliberadamente patrocinar os interesses das empresas privadas.

A despeito de formalmente revestida da forma de concorrência, o processo licitatório nº 180/514/2011 não promoveu condições de igualdade entre os participantes do pleito e desconsiderou os princípios de modicidade tarifária. É o que se demonstrará.

1) Da Omissão de Receitas, em Benefício das Concessionárias

O E. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por meio do proc. TCE-RJ 236.237-6/2012, apontou diversos pontos que atingiram mortalmente a legalidade do certame. O primeiro deles foi o fato de o edital de licitação *deliberadamente omitir as fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias* nas estimativas de receita dos consórcios.

Tais receitas são reguladas pelos arts. 11 e 18 da Lei nº 8.987/1995 e correspondem a valores cujo recebimento decorre da realização de atividades econômicas relacionadas tangencialmente ao objeto de um contrato de concessão.

Pelo art. 11, o poder concedente pode prever, no edital de licitação, possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas. Por sua vez, o par. único dispõe que elas *serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato*. No mesmo sentido, o art. 18, VI, *obriga* que o edital de licitação preveja essas fontes de receita.

Portanto, tais receitas integram o sistema econômico-financeiro da concessão, visando a equilibrar os interesses envolvidos na execução do contrato, com vistas à *modicidade tarifária*. A autorização legal para que o edital estabeleça a possibilidade de receitas alternativas, complementares ou de projetos associados, para a cobrança de tarifas módicas, é um poder-dever da Administração.

Ao obrigar a incorporação de previsão das receitas acessórias às projeções econômico-financeiras do contrato, a lei exige que os estudos prévios da concessão – realizados na fase interna ou de preparação da licitação – abranjam as fontes geradoras de receitas acessórias. *Nada disso foi feito*.

A obrigatoriedade de previsão de tais receitas se encontra também: (a) no art. 10, V, da Lei nº 12.587/2012 (Política Nacional de Mobilidade Urbana), sobre a contratação de transportes coletivos urbanos; (b) no art. 11 da Lei nº 11.079/2004 (Parcerias Público-Privadas); (c) nos arts. 83, par. único, 93, VIII, e 108, §2º, da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações); (d) no art. 31 do Decreto nº 5371/2005, e arts. 28, “12”, d e 67, “2” do Decreto nº 52.795/1963, sobre a publicidade comercial nos serviços de radiodifusão de sons e de sons e imagens.

A despeito de todo esse arcabouço legal, a previsão (obrigatória) foi ignorada *e continua sendo*, já que o contrato de concessão rege a relação entre concessionárias e o Poder Público. As receitas acessórias e alternativas devem ser adicionadas às receitas totais para fins de abatimento do valor final da tarifa cobrada do usuário, fato este não mencionado no contrato de concessão.

Enquanto receitas decorrentes de exploração de espaços públicos dos terminais e veículos, como publicidade, locação e *royalties* seguem entrando nos cofres das empresas, o usuário amarga uma das mais caras tarifas da região metropolitana do Rio de Janeiro. Empresas seguem embolsando os lucros advindos de tais atividades e tal dinheiro não ingressa no cálculo da tarifa. O resultado é o benefício às empresas com dano ao usuário.

Portanto, a receita proveniente desta fonte indireta está sendo internalizada pelas concessionárias, desviando de sua função de promover a modicidade tarifária. A ausência das receitas alternativas ou complementares no estudo de viabilidade econômica, conforme tabelas de *fls. 959 (Lote 01) e 969 (Lote 02)*, fere o princípio da modicidade tarifária.

2) Do Critério de “Conhecimento do Sistema”

Outra grave ilegalidade que direcionou o certame para favorecimento às empresas que já operavam foi a adoção do *quesito técnico “conhecimento do sistema”*, responsável por 20% da pontuação da proposta técnica dos concorrentes e com grande influência no resultado final. Esse critério de avaliação das propostas técnicas pontuou com vantagem as empresas que já atuavam no mercado, ofendendo a livre e imparcial concorrência.

Tal critério, ao qual se atribuiu peso 2, confirma o favoritismo das empresas sediadas em Niterói e que já operavam no município um serviço semelhante ao licitado. Permitiu-se, de tal maneira, uma apreciação totalmente subjetiva e que *distinguiu as operadoras de Niterói a obterem o dobro da pontuação das concorrentes de outras localidades*.

3) Da Injustificada Proporcionalidade entre Técnica e Preço

No edital, *a proposta técnica representou 70% da pontuação total* do critério de avaliação do certame e *claramente beneficiava as empresas que já atuavam no mercado*. A atribuição de peso mais relevante à nota técnica teve por objetivo favorecer licitantes vencedores que não apresentassem a melhor proposta financeira. Como se atribuiu um peso bem maior à técnica, o preço acabou por não interferir no resultado da licitação.

Melhor explicando: caso os consórcios vencedores não tivessem oferecido o melhor preço e recebessem a pior nota, 70 pontos, mantendo a forma de pagamento, saíam vencedores de qualquer forma, pois isso representaria apenas 9 (nove) pontos na nota final.

Qualquer proporção entre técnica e preço diferente de 50% deveria ser expressamente justificada de forma circunstanciada, visando a demonstrar que não representam privilégios e direcionamentos aos candidatos em decorrência de vantagens técnicas.

4) Da Exigência de Garagem no Município de Niterói

A condição tendenciosa do certame foi ainda mais evidenciada pela excessiva pontuação atribuída a alguns critérios técnicos, em especial a disponibilidade de garagem limitada ao município de Niterói com peso 3 e representando 30% da nota técnica final.

A restrição a garagens em outros Municípios conflita com o disposto na Lei nº 8.666/93, sobretudo art. 3º, §1º²¹, que veda cláusulas ou condições que restrinjam o caráter competitivo da licitação e estabeleçam preferências ou distinções em razão da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. Tal critério *beneficiou claramente as empresas sediadas no município e, com sua pontuação elevada, praticamente decide o certame em favor das empresas locais.*

I.E. Das Conclusões do Grupo de Apoio Técnico Especializado do MPRJ

Ao fim das investigações, o órgão ministerial solicitou a elaboração de análise técnica pelo GRUPO DE APOIO TÉCNICO ESPECIALIZADO DO MPRJ (GATE/MP), que instrui os presentes autos, tendo o órgão tecida as seguintes conclusões:

Diante da documentação aduzida nos autos e da solicitação feita pela Douta Promotoria, informo que os elementos constantes do processo são suficientes para comprovação de irregularidades no Processo Licitatório nº 180/514/2011, que originou os Contratos de Concessão nºs 106/2012 e 107/2012, através dos quais o Município de Niterói delega a prestação de serviços de transporte urbano nas áreas operacionais 01 e 02 aos consórcios TRANSNIT e Transoceânico.

Apesar de aparentar que a licitação teve como objeto a implantação do Projeto Lerner, na verdade, o projeto do urbanista, reconhecidamente competente em projetos de transporte urbano, foi mero coadjuvante no processo, pois o que foi licitado verdadeiramente foi o sistema

²¹ A igualdade de condições dos participantes foi restrita devido à violação de dispositivos legais da Lei nº 8666/93, por infração ao Art. 3º, §1º, determinando que seja vedado aos agentes públicos: “I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991”.

idêntico ao que já estava em operação e destinado ao sucesso das mesmas operadoras. Há indícios suficientes para afirmar que todo o processo para licitação das linhas foi confeccionado para beneficiar as empresas de ônibus que já operavam no município com base estabelecida em Niterói. Para agravar ainda mais o caráter tendencioso do certame, poucas diferenças podem ser observadas se compararmos o sistema pré-licitação ao sistema atual, disfarçado para os olhos desatentos apenas por uma identidade visual padronizada da frota para cada consórcio.

Não se justifica um negócio tão lucrativo não ter despertado o interesse de empresários de outros Municípios e Estados. Aparentemente, diante das propostas apresentadas, a participação da Viação Nossa Senhora de Lourdes S.A. (Área Operacional I) e da Real Auto Ônibus Ltda. (Área Operacional II) acabou apenas servindo para dar um ar de legalidade ao certame. Parece que o serviço de transporte coletivo é veladamente loteado, onde as empresas do ramo acabam por respeitar a área de atuação uma das outras, perpetuando-se na prestação do serviço, independente de ele ser bem prestado ou não.

Com isso, na promoção de um serviço de transporte público local adequado, eficiente e, principalmente, módico, um ou um dos critérios de julgamento da licitação deveria ser sempre o menor preço da tarifa. No entanto, o que se observou na licitação do STCO do Município de Niterói é que este critério não foi utilizado na escolha da proposta vencedora. Como o transporte público possui caráter essencial, conforme art. 1º da Lei Municipal nº 11075/2011, esse critério de julgamento deveria ter sido considerado.

Os elementos disponíveis para avaliação deste perito apontam para uma falta de rigor da EMUSA em favor da formação de consórcios virtualmente vencedores do pleito. Diante dos fatos apontados, conclui-se que o processo de concessão das linhas de ônibus de Niterói apresenta diversos equívocos, justificando a decretação de nulidade baseada na desigualdade verificada entre os licitantes e interessados.

I.F. Dos Trabalhos na CPI Da Câmara Municipal

Ouvido pela CÂMARA MUNICIPAL DE NITERÓI, em sessão de 16/11/2013, o Sr. JOSÉ ROBERTO MOCARZEL se manifestou sobre a elaboração dos critérios do edital. Sem admitir sua participação nas condutas, enfatizou o papel da NITTRANS na elaboração do edital:

Vereador Bruno Lessa: – Qual foi a participação do senhor no edital de licitação, na formatação dele? Sr. José Roberto Mocarzel: – Na formatação praticamente nenhuma. Vereador Bruno Lessa: – E quem foram os responsáveis pela formatação? Se o senhor puder me informar os nomes também. Sr. José Roberto Mocarzel: – A parte técnica foi o doutor Marcolini junto com a assessoria que ele tinha do doutor Jaime Lerner, na parte jurídica foi a Procuradoria do município. Vereador Bruno Lessa: – Na pessoa de? Sr. José Roberto Mocarzel: – Foi doutor Bruno Navega. Veja só, isso foi, digamos assim, o crivo, *sendo que o Marcolini fez toda a parte técnica, agora, toda a Comissão de licitação, todos esses membros de vários órgãos da administração municipal participaram da elaboração disso.*

Dias depois, em dia 30 de setembro, a CPI ouviu o presidente da Comissão de Licitação, Sr. ÉLCIO NUNES DIAS, e o Sr. ACYR LOPES DOS SANTOS, Subsecretário de Trânsito e Transporte, também membro da referida comissão. No depoimento, o Sr. ACYR consignou que a comissão de licitação pouca ingerência tinha nos rumos do processo:

Bruno Lessa: A Comissão de Licitação se reunia com qual periodicidade? Acyr Lopes: Duas vezes na semana. Bruno Lessa: Essas reuniões tinham ata? Acyr Lopes: Tinha. Bruno Lessa: *Quem teve a função dentro da Comissão de elaborar os critérios do Edital?* Acyr Lopes: *A NitTrans e a Procuradoria.* Bruno Lessa: *O Senhor não participou?* Acyr Lopes: *Não. A minha participação foi referente a documentação dos veículos.* Bruno Lessa: *O senhor concorda com os critérios adotados no edital de licitação?* Acyr Lopes: *Eu não acompanhei esses fatos. Isso era com a NitTrans e a Procuradoria.* Bruno Lessa: Mas o senhor como membro da comissão não chegou a questionar? Acyr Lopes: Cada membro da comissão tinha sua área para verificar. Bruno Lessa: *Mas os senhores não discutiam nessas reuniões semanalmente quais critérios seriam adotados e o porquê?* Acyr Lopes: *Não.* Bruno Lessa: *Não foi feita essa discussão entre os membros da comissão?* Acyr Lopes: *Não. Passava-se para os membros e cada um trabalhava dentro da sua competência e seu conhecimento.* Bruno Lessa: *Então as reuniões eram mais para constar, já que vocês não discutiam nada?* Acyr Lopes: *Verdade.*

No mesmo sentido, o depoimento do Sr. ELCIO NUNES DIAS:

Bruno Lessa: *Com relação aos critérios, qual foi a participação da comissão na escolha?* Élcio Nunes Dias: *Os critérios foram determinados*

pela NitTrans e a formatação do edital pela procuradoria. A comissão não teve participação nenhuma. Bruno Lessa: Mas os membros da comissão respondem pela elaboração inclusive dos critérios? Élcio Nunes Dias: Na comissão, os membros da procuradoria e os membros da assessoria jurídica da NitTrans. Bruno Lessa: Então os senhores discutiam? Élcio Nunes Dias: Sim, principalmente nas sessões. Bruno Lessa: Os dois critérios mais fundamentais para a escolha foram quatro empresas, dois consórcios e duas empresas. O consórcio TransNit na área operacional um e a Viação Nossa Senhora de Lourdes também nessa. Na outra área operacional, o consórcio TransOceânico e a empresa Real Ônibus Ltda. tinham seis critérios no edital. Experiência, bilhetagem, disponibilidade de frota, Idade média de frota, conhecimento do sistema e garagem. Os critérios bilhetagem, disponibilidade de frota, idade média de frota e conhecimento do sistema, todas as empresas obtiveram a mesma pontuação. De maneira que os critérios que determinaram as vencedoras foram garagem e experiência. Então, vou fazer algumas perguntas sobre esses critérios, antes perguntando qual a opinião do senhor sobre esses critérios que foram adotados? Élcio Nunes Dias: *Esses critérios foram determinados pela NitTrans e eu não tenho conhecimento técnico específico a respeito deles e qual é sua importância...* Bruno Lessa: Mas você não os discutia antes? Élcio Nunes Dias: *Não havia esse tipo de discussão dos critérios.* Bruno Lessa: Então, vocês faziam o que a NitTrans do ponto de vista técnico recomendava? Élcio Nunes Dias: *A gente recebia as propostas e as enviava para os técnicos da NitTrans e quando essas voltavam, a gente conversava...* Bruno Lessa: Refiro-me ao momento prévio, na definição dos critérios. A responsabilidade desses critérios citados, garagem e experiência, foi da NitTrans? Élcio Nunes Dias: *Sim. A Comissão executava os critérios que tinham sido predeterminados pela NitTrans.*

Tais depoimentos e o conjunto de informações colhidas ao longo da CPI levaram a que os vereadores BRUNO LESSA e HENRIQUE VIEIRA assim se manifestassem em seu “relatório em separado” para a CPI:

A função da comissão de licitação é conduzir o processo licitatório, analisar a proposta dos licitantes e aplicar os critérios previamente estabelecidos em Edital. Deve, até mesmo em observância ao princípio da razoabilidade e ao bom senso, a comissão de licitação se reunir periodicamente para discutir os rumos daquele certame licitatório em questão.

(...)

Ora, não é possível aceitar que esfera tão significativa do processo licitatório, como a comissão de licitação, se reúna somente para cumprir um rito burocrático e protocolar, não discutindo de maneira adequada e propícia os rumos do certame. Tanto do ponto de vista legal quanto moral, esse fato é estarrecedor. Demonstra por si que os rumos da licitação estavam direcionados desde o início do processo. Como pode a instância necessária pelo julgamento das propostas dos licitantes e reunir somente a título de garantir a oficialidade do processo.

(...)

Além disso, também em depoimento à CPI, o Sr. Elcio Nunes Dias, que, durante a maior parte da licitação, presidiu o processo, demonstrou total despreparo e desconhecimento do tema e em específico do certame em questão. Não é razoável e lógico que a autoridade pública destacada para “comandar” os rumos da licitação demonstre tamanho desconhecimento do processo que participou intensamente. Nem mesmo lembrava os critérios fixados pelo Edital (...).

(...)

Como se percebe, as discrepâncias entre a forma que a Comissão de Licitação de Niterói se deu e o funcionamento ideal de um organismo dessa espécie são muito grandes. É importante esclarecer que os membros desta comissão não foram responsáveis pela elaboração dos critérios contidos no Edital. São responsáveis pela aplicação dos critérios pré-estabelecidos no julgamento das propostas.

II. DA LEGITIMIDADE DE AGIR E DO INTERESSE PROCESSUAL

No que tange à legitimidade ativa *ad causam* e ao interesse de agir, o Ministério Público, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, age na presente demanda em defesa de interesse indisponível da sociedade. O Constituinte de 1988, preocupado com o patrimônio público e com a moralidade administrativa, outorgou legitimação extraordinária (poder-dever) para que sempre venha a ser perseguida a respectiva proteção em juízo.

O artigo 129, III e VII, complementa: “são funções institucionais do Ministério Público: (...); III promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;” e, também, “VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior.”

Igualmente, o art. 37, §4º, da Carta Maior dispõe que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” A legislação infraconstitucional reafirma esse categórico regramento, como se vê na redação do artigo 25, IV, *a* e *b*, da Lei Federal nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público):

Nesta perspectiva, em vista de que o Ministério Público é a instituição encarregada pela Constituição Federal de defender os interesses sociais indisponíveis, entre os quais se inclui o interesse de punir o agente ímprobo, o legislador conferiu expressamente legitimidade ativa ao Ministério Público para propor a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, que não deixa de ser uma espécie de ação civil pública para a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa (art. 129, III, da CF/88). Senão, vejamos os termos expressos do art. 17 da Lei nº 8.429/92, *in verbis*:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

Indiscutível, assim, a pertinência subjetiva da ação, no objetivo maior de aplicação plena das disposições legais e constitucionais que vedam a prática de atos que afrontam moralidade administrativa e causam prejuízo ao patrimônio público.

III. DA LEGITIMIDADE PASSIVA

O 1º réu, na época dos fatos, ocupava o posto de Prefeito Municipal de Niterói e assinou os Contratos 106/2012 e 107/2012. Foi dele a decisão final de manter o sistema em benefício das mesmas empresas que já o operavam, ignorando o planejamento anteriormente levado a cabo, com gastos de recursos públicos.

Insta salientar que o prefeito, como agente político, se submete às regras da Lei de Improbidade Administrativa, pois prefeitos municipais não gozam de prerrogativa de foro e os crimes de responsabilidade desses agentes políticos estão previstos no Decreto nº 201/67²². Destarte, o réu, pelos atos cometidos enquanto Prefeito do Município de Niterói, está submetido à Lei nº 8.429/92.

O Sr. JOSÉ ROBERTO VINAGRE MOCARZEL, por sua vez, ocupava não somente a posição de Secretário Municipal de Serviços Públicos, Trânsito e Transportes de Niterói,

²² Assente o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, sob os Prefeitos Municipais, recaem os efeitos da Lei de Improbidade Administrativa em razão da integral compatibilidade das sobreditas normas. “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (I) OS AGENTES POLÍTICOS PODEM SER PROCESSADOS POR SEUS ATOS PELA LEI Nº 8.429/92. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL/STJ (RCL 2.790/SC, REL. MIN. TEORIO ALBINO ZAVASCKI, DJE 4.3.2010). (II) LICITUDE DA PROVA OBTIDA MEDIANTE GRAVAÇÃO CLANDESTINA (CAPTAÇÃO DA CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO), DESDE QUE SEU CONTEÚDO NÃO SEJA SECRETO OU INEXISTA OBRIGAÇÃO LEGAL DE GUARDAR SIGILO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Corte Especial, no julgamento da RCL 2.790/SC, de relatoria do eminente Ministro TEORIO ALBINO ZAVASCKI, já orientou caber a submissão dos Agentes Políticos à Lei de Improbidade Administrativa, e a jurisprudência desta Corte e do STF vem se mantendo majoritária nesse sentido. 2. Os Tribunais Superiores possuem entendimento unânime quanto à licitude da gravação clandestina, consubstanciada no registro da conversa por um dos interlocutores, ainda que o outro interlocutor não tenha conhecimento de sua ocorrência, desde que o conteúdo captado clandestinamente não seja secreto (diga respeito à privacidade dos interlocutores) nem haja obrigação legal de guardar sigilo. Precedente: RHC nº.136/MG, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 14.05.2007, p.332. 3. Agravo Regimental desprovido.” AgRg no AREsp 135384 / RS Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 15.04.2014.

como acumulou a pasta com a direção da Empresa Municipal de Moradia Urbanização e Saneamento – EMUSA. Foi o responsável pelo encaminhamento do processo licitatório eivado de vícios e supervisionava os atos praticados no curso do certame.

O Sr. SERGIO MARCOLINI, como Diretor Presidente da NITERÓI TRANSPORTE E TRÂNSITO S/A (NITTRANS), foi o principal responsável pela elaboração dos critérios técnicos que chegaram prontos e elaborados para que a Comissão de Licitação, presidida pelo Sr. ELCIO NUNES DIAS, se prestasse a mero órgão chancelador das decisões tomadas nas instâncias superiores.

Por fim, quanto às pessoas jurídicas que figuram do 5º ao 14º réu, sua legitimidade passiva resta configurada sempre que houver alguma espécie de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividades mencionadas no art. 1º da LIA. Somado a isso, tem destaque o art. 3º da citada Lei:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. (Grifamos.)

Neste sentido, reconhecendo a legitimidade passiva das pessoas jurídicas que tenham sido beneficiadas pelo ato ímprobo, leciona Emerson Garcia:

Verificando-se, verbi gratia, que determinado numerário de origem pública foi incorporado ao patrimônio de uma pessoa jurídica, estará ela sujeita às sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade e que sejam compatíveis com suas peculiaridades. Nesta linha, poderá sofrer as sanções de perda dos valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sua sócia majoritária, bem como à reparação do dano causado, em estando presentes os requisitos necessários. (Grifos nossos)²³

Da mesma forma, o E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC INOCORRENTE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. (...) 2. Considerando que as pessoas jurídicas

²³ GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*, p.340.

podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios. 3. Recurso especial não provido. (STJ, REsp. nº 970393/CE, Primeira Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 29/06/2012)

Cristalina a legitimidade passiva dos demandados para figurarem no polo passivo da presente Ação de Improbidade Administrativa.

IV. DO DIREITO

IV.1. Da Improbidade Administrativa

O Administrador, em decorrência do poder que lhe foi conferido pela coletividade, não pode exercê-lo senão visando ao bem comum, sob pena de praticar ato ilegal, viciado pelo desvio de poder. Visando a criar contornos definidos e orientar o Administrador, eis que não se trata de um direito codificado, a Administração Pública está obrigada a respeitar vários princípios.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, previu expressamente a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Outros princípios, entretanto, foram merecedores de igual consagração constitucional, por constarem expressamente da Lei Maior, embora não mencionado no art. 37, *caput*, por estarem abrigados como consequência lógica dos aludidos princípios ou por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito.

A Lei Federal nº 8.429/92 (LIA) confere efetividade ao art. 37, §4º, da Constituição, estabelecendo hipóteses de atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e que atentam contra os princípios da administração pública.

Considerando que a licitação desobedeceu aos parâmetros legais, configurada está a prática do ato ímprobo, aplicando-se o art. 10 da LIA, que define as ações ou omissões, dolosas ou culposas que, a um só tempo, se constituem ato de improbidade e representam lesão ao erário público. Nesse caso, configuração de improbidade administrativa por dano ao Erário prescinde da verificação de dolo, sendo admitida a modalidade culposa. Analisando-se o rol de incisos do citado artigo 10, as condutas dos réus, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, enquadram-se nos incisos VIII e XII:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário *qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:*

(...)

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

(...)

XII – permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

Desta forma, o ato de frustrar a licitude de processo licitatório (LIA, art. 10, VIII) resta fortemente demonstrado no curso do inquérito civil, não se baseando a imputação em alegações genéricas de irregularidades. Restou demonstrado que os réus concorreram dolosamente para a frustração da licitude da concorrência pública, que, por seu caráter restrito, ocasionou não somente lesão ao erário como à coletividade.

In casu, está comprovado que houve burla aos preceitos que deveriam reger o procedimento licitatório, atingindo com isso os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade. O desprezo às normas que devem regular procedimento licitatório, especialmente mediante criação de critérios que restringiam sua competitividade, além de ilegal, acarreta dano, porque a total falta de concorrência obstou a escolha da proposta mais favorável dos possíveis licitantes habilitados a contratar.

Ao se atuar para manter as mesmas empresas operando o sistema, os réus desrespeitaram o *princípio da competitividade*, essencial à licitação, que só se pode considerar existente quando há competição. O interesse público é satisfeito quando a competição propicia a obtenção da melhor proposta. A competitividade assegura que todos os licitantes sejam beneficiados por idêntica condição (art. 3º da Lei nº 8.666/93).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. FRAUDE EM LICITAÇÃO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E PELA EXISTÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REVISÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) II. Segundo consignado no acórdão recorrido, à luz das provas dos autos, “os atos praticados pelos agentes públicos, com a concorrência e participação da contadora da empresa pertencente a estes, caracterizam a conduta prevista na LIA, de enriquecimento sem causa, de empresa que não poderia negociar com a Administração

Pública (Irmãos Domingos), fraudando licitação, para que empresa de ‘fachada’, que não dispunha de um estabelecimento comercial, de regularidade fiscal obrigatória, de mercadoria suficiente para a revenda à municipalidade, firmasse contrato com a Prefeitura de Várzea Grande, para fornecimento de produtos alimentícios para as merendas escolares do Ente municipal”. (...) (STJ; Processo: AgRg no AREsp nº 637.766/MT; Relator: Min. Assusete Magalhães; Órgão Julgador: Segunda Turma; Julgamento: 23/02/2016; Publicação: DJe, 09/03/2016)

Quanto ao *inciso XII*, este resta igualmente configurado. Ao ofenderem a modicidade tarifária, omitindo diversas receitas que deveriam entrar no cálculo da tarifa (como exposto no item I.D, 1, *supra*), os agentes públicos obraram para que as empresas privadas se enriquecessem ilicitamente, deixando de levar em consideração que elas auferem essas receitas e permitindo que a tarifa seja fixada em valores superiores ao ideal. *Tudo em detrimento do usuário*.

Ademais, a contratação, nos moldes como ocorreu, afronta os princípios basilares da Administração Pública, pois não observou a legalidade, moralidade, impessoalidade, tampouco o princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Ressalte-se que não somente por enquadramento no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, como também por enquadramento no seu art. 11, *caput*, incorreram os réus em ato de improbidade administrativa.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (...).

A participação dos réus no esquema montado para direcionar a concorrência pública percebe-se a partir do conjunto probatório encartado nos autos, o que confirma a prática de ato de improbidade administrativa, consistente em grave e reiterada violação aos princípios regentes da atividade administrativa, em especial a legalidade e a moralidade. Os agentes públicos réus fraudaram o certame, o que atrai a incidência também do art. 11 da LIA.

Outro ponto a merecer destaque é a direta ofensa ao *dever de lealdade às instituições*. Como dito, os agentes decidiram realizar a concorrência pública apenas para fazer cumprir uma decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, atendendo a demanda coletiva do MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, que determinou a realização de procedimento licitatório para regularizar o sistema. Ao invés de realizar um efetivo certame, operou-se uma série de atos com vistas a manter a mesma situação anterior à decisão judicial.

Por meio de suas condutas dolosas, os agentes se esforçaram, mediante uma série de critérios que limitaram a competitividade, em cumprir apenas formalmente a decisão judicial, burlando-a de fato.

IV.2. Da Existência do Elemento Subjetivo

O elemento subjetivo, em face da impossibilidade de se adentrar a consciência do agente, deve ser analisado de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, o dolo, ainda que genérico, é facilmente constatado a partir da narrativa fática ora descrita. Não há espaço para se falar em conduta culposa, especialmente porque o integrante da Administração Pública deve atuar com consciência dos seus atos e dos resultados de sua conduta.

A depender da conduta praticada, haverá a incidência de um ou mais artigos previstos na Lei de Improbidade Administrativa. Na situação aqui tratada, os atos de improbidade imputados são os previstos nos *arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92*.

Sedimentado o entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que, para a configuração dos atos previstos no artigo 10, é necessária a configuração da culpa do agente, ao passo que, para aqueles previstos no artigo 9º e 11, é essencial a comprovação do dolo, ainda que genérico.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/1992 AOS AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI Nº 201/1967. ART. 10 DA LIA. CULPA DO AGENTE. DOSIMETRIA DA PENA. MULTA CIVIL. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. Não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei nº 201/1967 e a Lei nº 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato. Precedentes. 3. Inviável a decretação de nulidade do julgamento, por cerceamento de defesa (violação do art. 333 do CPC), se a parte não demonstra que prova deixou de produzir, para alterar o resultado do julgamento. 4. O posicionamento firmado pela Primeira Seção é que se exige dolo, ainda que genérico, nas imputações fundadas nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992 (enriquecimento ilícito e violação a princípio), e ao menos culpa, nas hipóteses do art. 10 da mesma norma (lesão ao erário). 5. Modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstado nesta instância especial (Súmula 7/STJ). 6. Agravo regimental não provido. AgRg no AREsp nº 103419 / RJ. Relatora. Min. Eliana Calmon. DJe 17.09.2013.

No caso, não há espaço para suscitar conduta culposa. A celebração dos contratos, após um certame eivado de vícios e previamente direcionado a manter as mesmas empresas em operação, evidencia a vontade livre e consciente em atuar em descompasso com o ordenamento jurídico.

Destarte, resta configurado claramente o dolo dos agentes, pois possuem grau de discernimento, conhecimento dos fatos e das consequências suficientes para adoção de medidas necessárias a obstar o ato ímprobo. A inobservância da lei e a vontade deliberada em dar prosseguimento à contratação ao arrepio da lei são causas mais do que suficientes para caracterizar o ato ímprobo, o dolo dos administradores públicos e o evidente dano ao erário.

IV.3. Do Dano ao Erário

Na hipótese, houve ofensa aos princípios que regem a Administração, sobretudo os da moralidade administrativa e legalidade, como também ao artigo 37, da Constituição Federal, tendo gerado prejuízo ao erário, devendo, portanto, haver ressarcimento integral do dano causado ao erário.

A improbidade administrativa consistente em atos que atentam contra os princípios que regem a Administração prescinde de dano efetivo ao erário e tampouco o enriquecimento ilícito do agente ímprobo. Basta, para caracterizar a conduta, sua subsunção à norma do art. 11 da Lei nº 8.429/92, *i.e.*, que se demonstre a ocorrência de lesão aos princípios da Administração Pública.

É exato rememorar-se, ainda, o art. 21, II, da Lei nº 8.429/92, o qual deixa claro que *a aplicação das sanções previstas nesta lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público*. Desta forma, a improbidade prescinde de dano material concreto ao erário, porque vulnerar um princípio é a mais grave agressão dentro do sistema, a inobservância da eficiência, da legalidade e da moralidade administrativa atentam contra os valores imateriais da Administração Pública.

Não é demais lembrar que a dispensa indevida de licitação, como no caso dos autos, o dano ao erário deve ser considerado *in re ipsa*, sem a necessidade de demonstração de efetivo prejuízo financeiro. Neste sentido, tem se manifestado o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI Nº 8.429/1992. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO *IN RE IPSA* À ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo nº 2)

2. Segundo entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõem a Primeira Seção, o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano in re ipsa), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta, não tendo o acórdão de origem se afastado de tal entendimento.

3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório, esbarrando na dicção da Súmula sete do STJ, salvo quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas.

4. Hipótese em que, muito embora o Tribunal de origem tenha excluído as demais sanções impostas no primeiro grau de jurisdição, fixou a multa civil prevista no art. 12, II, da LIA em cinco remunerações mensais atualizadas, louvando-se nas peculiaridades da questão, notadamente no dano presumido causado à administração pública, incorrendo qualquer laivo de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp nº 1499706 / SP. Relator Ministro Gurgel de Faria. DJe 14/03/2017 – *grifamos*.)

Diante de todo o exposto e de todas as provas colhidas ao decorrer do procedimento investigatório, tem-se configurada a prática de atos de improbidade administrativa pelos réus.

IV.4. Do Dano Moral Coletivo

Cabe a discussão sobre danos morais em ações que discutam improbidade administrativa, pela frustração trazida pelo ato ímprobo na sociedade, dano este que não se confunde com aquele eventualmente sofrido à imagem do ente público. Nesse sentido, o E. STJ:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. MULTA CIVIL. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. (...) 3. Não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal. 4. A aferição de tal dano deve ser feita no caso concreto com base em análise detida das provas dos autos que comprovem efetivo dano à coletividade, os quais ultrapassam a mera insatisfação com a atividade administrativa. (...) 6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte. (STJ, RESP nº 960926 / MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ Data: 18/03/2008)

Ensina a doutrina sobre essa espécie de dano:

A injusta lesão a interesses metaindividuais socialmente relevantes para a coletividade (maior ou menor), e assim tutelados juridicamente, cuja ofensa atinge a esfera moral de determinado grupo, classe ou comunidade de pessoas ou até mesmo de toda a sociedade, causando-lhes sentimento de repúdio, desagrado, insatisfação, vergonha, angústia ou outro sofrimento psicofísico²⁴.

O Ministério Público, por sua vez, tem legitimidade *ad causam* para o pedido de reparação por danos morais na ação civil pública (CRFB, arts. 127 e 129, III e Lei nº 7.347/1985, art. 1º), restrita quanto aos interesses ou direitos difusos e coletivos (transindividuais).

Embora a LIA somente aborde danos causados ao patrimônio das pessoas jurídicas referidas em seu art. 1º, o fato é que o patrimônio público, moral ou patrimonial, pertence à coletividade, motivo pelo qual qualquer dano causado ao primeiro consiste também em dano à segunda. *In casu*, as provas dos autos apontam o efetivo dano à coletividade, que ultrapassa a mera insatisfação com a atividade administrativa.

O pedido de dano ora exposto funda-se no envolvimento dos demandados nas condutas ora imputadas, que obraram para a manutenção do serviço de transporte público ineficiente, com o propósito de defender interesses das empresas rés, mediante diversos ardis. Com isso, não somente a sociedade niteroiense sofre diariamente com a péssima e mal regulada atividade desenvolvida pelas empresas rés, como a própria imagem do Município é exposta ao descrédito da coletividade.

A respeito da *prova* do dano moral metaindividual, com absoluta propriedade, a doutrina se manifesta:

Não se cogita, pois, com vistas à demonstração do dano moral coletivo, da análise do traço subjetivo do lesante ou de prova do prejuízo moral, pois este se evidencia do próprio fato (*ipso facto*). E é lógico que assim se dê, considerando: (a) que os efeitos dos danos causados são diretamente captados da sua ocorrência, consequência da índole moral dos interesses transindividuais tutelados; (b) estarem tais interesses espalhados de maneira fluida por determinadas coletividades, na maior parte dos casos havendo indeterminação dos indivíduos; (c) a natural dificuldade de uma aferição exata da sua extensão e profundidade; e, ainda, (d) a relevância da sua reparação para o equilíbrio social²⁵.

²⁴ TEIXEIRA, João Carlos. Dano moral coletivo da relação de emprego. In: *Temas polêmicos em direito e processo do trabalho*, p.123.

²⁵ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano moral coletivo*. São Paulo: Ltr, 2004, p.152.

(...) Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto²⁶.

Resta demonstrado de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela sociedade titular na ofensa cotidiana ao interesse coletivo. Ao obrarem em benefício das empresas, foi mantido um sistema ultrapassado, com excesso de veículos, em detrimento do próprio direito à cidade, do qual a *mobilidade urbana* é uma das facetas mais relevantes. Assim, observando os danos causados, bem como sua repercussão, a conduta dos réus ofende direta e diariamente a coletividade.

O dano moral coletivo ocorre pela ofensa a bem jurídico não pertencente a um só indivíduo, mas a um grupo ou à coletividade e que merece igualmente reparabilidade, como se vê no presente caso. Como deixou assentado o E. STJ, do Resp nº 1.057.274-RS:

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.
2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

O transporte coletivo de qualidade faz parte do conjunto de elementos necessários à circulação das pessoas. Quanto maiores suas racionalidade e qualidade, maior a própria qualidade de vida nas cidades.

Por sua vez, a reparação do dano moral causado à coletividade por ato de improbidade administrativa não deve reverter à pessoa jurídica lesada. Nesse caso, aplica-se o disposto no art. 13 da Lei nº 7.347/85, devendo reverter para o fundo de direitos difusos.

Relativamente à *quantificação* do dano imaterial, não há, ao certo, paradigmas para a fixação do valor da reparação. Isso não pode impedir a proteção legal, pois o *quantum* deve ser averiguado segundo as características próprias aos interesses difusos e coletivos, diferentes daqueles das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo de pessoas.

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. Revista dos Tribunais, 1993, p. 202.

Destarte, a quantificação do dano moral coletivo deve mensurar a justa reposição da ofensa ao bem jurídico difuso ou coletivo de modo a garantir a reparabilidade à comunidade lesada. *In casu*, entende o Ministério Público que o *valor das outorgas* – no total de R\$ 15.006.000,00 (quinze milhões e seis mil reais) – é o mais adequado para se atingir algum padrão de objetividade a fim de se alcançar a reparabilidade do dano.

O valor da outorga corresponde, grosso modo, ao *preço* aceito pelas empresas para assinarem os contratos de concessão. Como todo preço, ele reflete o valor que todos os envolvidos entenderam adequado para a celebração dos contratos, pois determina o valor monetário do contrato que lesou a coletividade de forma tão grave. Sendo assim, o dano à coletividade encontra no preço das outorgas seu parâmetro mais adequado.

V. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o Ministério Público:

1. autuação da presente e notificação dos DEMANDADOS para se manifestarem, nos termos do art. 17, §7º da Lei nº 8429/92;
2. recebimento da petição inicial e citação dos DEMANDADOS para, querendo, apresentar contestação, nos termos do art. 17, §9º da Lei nº 8429/92;
3. notificação do Município de Niterói, na pessoa de seu representante legal, para os fins do disposto no art. 17, §3º, da Lei nº 8.429/92;
4. julgar procedente o pedido de condenação pela prática de improbidade administrativa prevista nos *artigos 10 e 11* da Lei Federal nº 8.429/92 e aplicar a (1) JORGE ROBERTO SAAD SILVEIRA, (2) JOSÉ ROBERTO VINAGRE MOCARZEL, (3) SERGIO MARCOLINI, (4) ELCIO NUNES DIAS, (5) CONSÓRCIO TRANSNIT, (6) CONSÓRCIO TRANSOCEÂNICO, (7) AUTO LOTAÇÃO INGÁ LTDA., (8) EXPRESSO BARRETO LTDA., (9) TRANSPORTE PEIXOTO LTDA., (10) AUTO ÔNIBUS BRASÍLIA LTDA., (11) VIAÇÃO FORTALEZA LTDA., (12) VIAÇÃO PENDOTIBA S.A., (13) SANTO ANTÔNIO TRANSPORTES LTDA., (14) EXPRESSO MIRAMAR LTDA. as sanções previstas no artigo 12, incisos II e III, da Lei Federal nº 8.429/92, bem como a condenação ao ressarcimento do valor total da lesão ao erário, com atualização monetária pelos índices oficiais de correção e acrescidos de juros de mora na taxa legal, a serem apurados na fase processual adequada;
5. condenação dos DEMANDADOS ao pagamento das custas, emolumentos, encargos e demais despesas processuais, inclusive eventuais perícias requeridas no curso do processo a serem revertidos ao *Fundo Orçamentário Especial do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

na conta do banco Itaú/conta corrente nº 02550-7/agência: 6002 (titularidade: Fundo Especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – CNPJ: 02.551.088/0001-65);

6. seja a presente ação julgada procedente, condenando-se os réus solidariamente ao pagamento de reparação pelo DANO MORAL COLETIVO no valor de R\$ 15.006.000,00 (quinze milhões e seis mil reais), acrescido de juros legais e correção monetária a partir da data do trânsito em julgado, em favor do FUNDO DE DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO;

7. no caso de serem julgados procedentes os pedidos aqui formulados, sejam oficiados o Tribunal Superior Eleitoral, no caso de suspensão dos direitos políticos, o Banco Central do Brasil – para que esse comunique às instituições financeiras oficiais a proibição de contratar com o poder público e receber incentivos e benefícios fiscais ou creditícios;

8. em atenção ao disposto no CPC, art. 319, informa o *Parquet*, desde já, a impossibilidade de realizar audiência de conciliação ou de mediação, diante da gravidade dos fatos narrados.

No mais, protesta pela produção de prova documental superveniente, testemunhal, sem prejuízo de outras que se fizerem necessárias.

O Ministério Público receberá os autos, para intimação pessoal, nos termos do art. 236, §2º do CPC, na sede da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva – Núcleo Niterói.

Dá-se à causa, de caráter inestimável, o valor de R\$ 15.006.000,00 (quinze milhões e seis mil reais), calculado a partir do somatório dos valores das outorgas dos contratos celebrados ao arrepio da lei, que deverão ser futuramente atualizados.

Niterói, 26 de dezembro de 2017.

LEONARDO CUÑA DE SOUZA

Promotor de Justiça (em designação)

PEÇA PROCESSUAL

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DO CONSUMIDOR
E DO CONTRIBUINTE DA CAPITAL

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA EMPRESARIAL DA COMARCA DA
CAPITAL – RJ

PROCESSO Nº 0262915-06.2017.8.19.0001

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo Promotor de Justiça que ao final subscreve, nos autos da Ação Civil Pública que move em face da IMOBILIÁRIA ZIRTAEB LTDA., vem manifestar-se em RÉPLICA nos seguintes termos:

1 – BREVE SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público em face da Imobiliária Zirtaeb Ltda., tendo como causa de pedir ilegalidade da cláusula contratual que estabelece taxa de administração em dobro pelos serviços de administração condominial no último mês de cada ano, sem qualquer justificativa plausível, em evidente prática abusiva.

Foi requerida a concessão de tutela de urgência para que fosse a ré obrigada a:

- a) *abster-se de cobrar em dobro a taxa de administração condominial nos contratos de prestação de serviços de administração condominial que firme a ré no mercado de consumo em geral, sob pena de pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por ocorrência;*
- b) *obrigar a empresa a manter um arquivo completo com todas as informações relativas à cobrança em dobro de taxa de administração condominial nos contratos de prestação de serviços de administração condominial de todos os condomínios com que firme a ré no mercado de consumo em geral, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).*

Ao final, foi requerida a procedência do pedido, a fim de:

- a) *declarar nula qualquer cláusula que preveja a cobrança em dobro de taxa de administração condominial nos contratos de prestação de serviços de administração condominial que firme a ré no mercado de consumo em geral, nos termos do art. 51, IV, parágrafo primeiro, III e parágrafo quarto do CDC, assim como prática abusiva tal cobrança por ser manifestamente excessiva, na forma do art. 39, V, do CDC;*

b) abster-se de praticar a cobrança em dobro de taxa de administração condominial nos contratos de prestação de serviços de administração condominial que firma a ré no mercado de consumo em geral, sob pena de pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por ocorrência;

c) condenar a ré a indenizar, da forma mais ampla e completa possível, os danos materiais e morais de que tenham padecido os consumidores, individualmente considerados, em virtude dos fatos narrados, a ser apurado em liquidação;

d) condenar à obrigação de fazer, a saber, de promover a devolução em dobro dos valores cobrados a título de taxa de administração em dobro, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC, bem como de apresentar ao juízo os documentos comprobatórios da devolução destes valores;

e) condenar ao pagamento de todos os ônus de sucumbência, incluindo os honorários advocatícios ao CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, à base de 20% sobre o valor da causa, dado o valor inestimável da condenação, na forma da Lei nº 2.819/97;

f) condenar a reparar os danos morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos e acrescidos de juros, cujo valor reverterá ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados, mencionado no art. 13 da Lei nº 7.347/85.

À fl. 131, foi proferido o seguinte despacho:

Necessária a oitiva da parte contrária em contraditório, para análise dos requisitos da tutela antecipada. Designo audiência de conciliação para o dia 24/01/2018, às 15hs, na forma do art. 334 do NCPC. Cite-se o réu para que compareça à audiência de conciliação designada, acompanhado de advogado ou de defensor público, cientificando-o de que sua ausência injustificada será considerada ato atentatório à dignidade de justiça e ensejará imposição de multa (art. 334, §8º, NCPC).

Faça constar do mandado a advertência de que o prazo para oferecimento da contestação será de 15 (quinze) dias, contados da data da audiência de conciliação (art. 335, I, NCPC).

Fica a parte autora intimada para comparecimento, na pessoa de seu advogado (art. 334, §3º, NPC), ciente de que sua ausência injustificada será considerada ato atentatório à dignidade de justiça e ensejará a imposição de multa (art. 334, §8º, NCPC). Cite-se e intemem-se. Publique-se.

À fl. 150, ata de audiência de mediação.

Contestação do réu às fls. 154/173, instruída com os documentos de fls. 174/205.

É o breve relatório.

2 – DAS ALEGAÇÕES DO RÉU EM CONTESTAÇÃO

O réu alegou, preliminarmente, a (i) ausência de interesse de agir da parte autora, já que inexistiria justo motivo para a causa; (ii) inépcia da inicial; (iii) ausência de interesse coletivo, difuso ou individuais homogêneos. No mérito, o réu sustentou: (i) ausência de relação de consumo; (ii) ausência de vantagem excessiva; (iii) aquiescência dos condôminos em relação à cláusula guerreada; (iv) ausência de conduta abusiva e má-fé; e (v) impossibilidade de condenação da ré ao pagamento de danos morais coletivos e danos materiais.

2.1. DAS PRELIMINARES:

a) DA PLENA REGULARIDADE DA PETIÇÃO INICIAL

Aduz a parte ré que a inicial seria inepta, uma vez que não haveria especificação sobre quem seria o consumidor hipossuficiente vítima de atuação ilícita. Tal colocação evidencia claro desconhecimento da natureza das tutelas coletivas.

Insta salientar que a doutrina dividiu o direito coletivo *lato sensu* em três categorias diversas de interesses juridicamente protegidos, a saber, o direito difuso, o coletivo e o individual homogêneo. Enquanto os titulares do primeiro encontram-se unidos por um liame de fato, os titulares do direito coletivo encontram-se relacionados por um liame de Direito e o direito individual homogêneo, finalmente, manteria em comum a sua origem.

Neste sentido, toda a coletividade está exposta à cobrança abusiva e tem o direito difuso a extirpá-la do mercado de consumo; já aqueles que, efetivamente, tenham recebido a cobrança abusiva são titulares do direito individual homogêneo à devida reparação do dano porventura sofrido. Finalmente, a existência de cláusulas contratuais abusivas, impostas pela empresa e meramente *aquiescidas* pelos consumidores por meio de sua adesão aos termos apresentados unilateralmente pela administradora de condomínio, configura um interesse coletivo em sentido estrito. Diante da existência clara de uma relação de consumo assimétrica entre a empresa e múltiplos consumidores, em que a empresa é mais forte do que os seus clientes e, valendo-se de sua superioridade econômica, estabelece a cobrança de 13 prestações, onera excessivamente os indivíduos e ainda impõe uma cláusula contratual leonina para a aquiescência dos consumidores, é plenamente regular a demanda coletiva.

O Ministério Público atua neste processo coletivo como substituto processual, logo, em nome próprio, defende o direito da coletividade *ex vi legis*. Veja-se, portanto, que, por natureza, não poderia depender esta espécie de ação da individualização dos inúmeros afetados pela prática abusiva da parte ré. Imperioso pontuar que eventual

individualização sequer é necessária na fase processual de reparação do dano, quando, após a fase de liquidação da condenação genérica, os lesados poderão se habilitar para pleitear a reparação devida, diante da abusividade reconhecida judicialmente.

Mesmo nesta fase de execução coletiva, se os lesados não se apresentarem individualmente, caberá à prudente consideração deste MM. Juízo determinar que a empresa ré devolva todos os valores cobrados indevidamente a seus consumidores, prestando contas em juízo desta devolução em dobro das 13^{as} parcelas cobradas abusivamente dos seus clientes ao longo dos últimos anos.

Aliás, é importante ressaltar que o pedido de devolução dos valores cobrados configura uma obrigação de fazer, na medida em que exige que o condenado seja pró-ativo e procure o lesado para efetuar a devolução. Tal qual a devolução de um livro em uma biblioteca ou de um DVD em uma locadora exige pró-atividade e uma obrigação de fazer, também a devolução dos valores exige que a empresa procure o consumidor para devolver os recursos, valendo-se dos dados cadastrais do cliente em seu registro interno.

Assim é que a empresa deverá enviar uma correspondência ao consumidor e informar sobre a existência do crédito e sobre o procedimento adotado para a devolução dos recursos ao consumidor. Certas empresas enviam um comprovante de depósito na conta do consumidor, enquanto outras registram um crédito na conta corrente do consumidor, que não precisa pagar uma série de mensalidades do condomínio. De uma ou de outra maneira, o fato é que não é necessário identificar o consumidor na petição inicial, até mesmo porque a empresa tem esta informação e sabe exatamente o nome, endereço, telefone e o valor pago indevidamente por cada um de seus clientes nestas relações de prestações continuadas, como é o caso da presente situação jurídica.

Aliás, o presente processo tem foco na abusividade da cláusula de cobrança da 13^a prestação em dezembro imposta pela ré ao mercado de consumo, requerendo o Ministério Público que a mesma seja declarada abusiva, pois violaria preceitos específicos do CDC. Estaria, assim, demonstrada a legitimidade da iniciativa ministerial, ainda que não houvesse a violação efetiva do direito individual homogêneo dos destinatários da cobrança abusiva. Se a mera abusividade da cláusula já seria suficiente, ainda mais diante da certeza da cobrança abusiva imposta a inúmeros condomínios ao longo dos últimos anos, desde que as administradoras de condomínio conjuntamente resolveram adotar a prática abusiva em bloco.

Finalmente, caso a prudente consideração deste MM. Juízo adote uma posição mais formalista e conservadora, interpretando que a devolução dos recursos seria uma obrigação de pagar e não uma obrigação de fazer, ainda assim a petição inicial é plenamente regular. É que caso o MM. Juízo resolva contrariar o espírito pragmático do moderno processo civil e do Código Fux, deixando de exigir que a empresa restitua o crédito aos seus consumidores, ainda assim deverá efetuar o pagamento do valor da indenização coletivamente aos consumidores por meio da recuperação fluída (*fluid recovery*). Nesta hipótese, decorrido o prazo de um ano da condenação genérica sem que os lesados se habilitem na liquidação respectiva, a ré deverá ainda reparar o

dano causado à coletividade com a prática abusiva, em montante que será arbitrado judicialmente e depositado no fundo previsto pela LACP. Como salta aos olhos, nem a ausência de habilitações individuais impedirá o prosseguimento do feito.

b) DA EXISTÊNCIA CLARA DE INTERESSE DE AGIR

A ré sustenta a ausência de interesse de agir, uma vez que a denúncia que ensejara a instauração do inquérito foi feita por um cidadão, o Sr. Veriano de Matos, que sequer teria comprovado ser proprietário de imóvel pertencente aos condomínios administrados pela Imobiliária Zirtaeb Ltda. e não possuiria relação jurídica com a empresa. Por tais razões, entende inexistir justo motivo para abertura do inquérito civil, na forma do art. 1º da Resolução GPGJ nº 1.769/2012, que regulamentou os arts. 34, VI, e 35, I, da Lei Complementar Estadual nº 106/03, e, por consequência, não haveria motivo e interesse jurídico de agir do Ministério Público para prosseguir com esta demanda.

De início, é válido conceituar o que seria interesse de agir. Segundo as lições de Alexandre de Freitas Câmara:

Além da legitimidade, o regular exercício do direito de ação exige a presença de outro requisito, o interesse, que pode ser definido como a utilidade da tutela jurisdicional postulada. Significa isto dizer que só se pode praticar um ato de exercício do direito de ação (como demandar, contestar, recorrer etc.) quando o resultado que com ele se busca é útil. Dito de outro modo, só se pode praticar ato de exercício do direito de ação quando através dele busca-se uma melhoria da situação jurídica.¹

Ainda de acordo com o entendimento do renomado doutrinador:

A aferição do interesse de agir se dá pela verificação da presença de dois elementos: necessidade da tutela jurisdicional (também chamada de “interesse-necessidade”) e adequação da via processual (ou “interesse-adequação”). Haverá interesse-necessidade quando a realização do direito material afirmado pelo demandante não puder se dar independentemente do processo. Além disso, impõe-se o uso de via processual adequada para a produção do resultado postulado.²

Nesse sentido, existe o interesse de agir quando o autor possui a necessidade de se valer da via processual para alcançar o bem da vida pretendido, interesse este que está sendo resistido pela parte *ex adversa*, bem como quando a via processual lhe traga utilidade real, isto é, a obtenção da tutela pretendida.

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª Edição. p. 38-39.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª Edição. p.39.

Como já apontado nos autos, e não negado pela parte ré, existe cláusula contratual que expressamente prevê a cobrança dobrada de taxa de administração pelos serviços de administração condominial no último mês de cada ano.

Ora, não é verdadeira a afirmativa da parte ré de que o autor carece de interesse de agir. Veja-se que o fato reputado pelo autor como abusivo e ilícito é incontestado. Além disso, é notória a repercussão coletiva da questão, razão pela qual é completamente irrelevante que a notícia tenha chegado ao Ministério Público através de uma pessoa apenas ou por um conjunto maior de indivíduos, desde que haja indícios suficientes, e há, de que o direito ofendido seja transindividual, coletivo, difuso ou individual homogêneo.

Veja que a própria ré confessa em sua contestação a cobrança de 13ª parcela de taxa condominial ao afirmar que “o rateio do valor cobrado a título de taxa de administração, que poderá ser em percentual da cota condominial ou em valor fixo diluído em vezes ao longo do ano, seja em uma, duas, seis, dez, onde, doze ou treze parcelas” (vide fl. 162).

Ao sustentar a inexistência de abusividade da cláusula, a parte ré, mais uma vez, admite a cobrança em dobro da taxa de administração condominial nos contratos de prestação de serviços de administração condominial, quando afirma que não há “abusividade na pactuação da contratação de administração de condomínios com pagamentos diferidos em parcelas superiores a 12 (doze) ao longo do ano” (fl. 162).

Noutro ponto da contestação, a ré novamente confessa a cobrança da 13ª taxa de administração, ao alegar que “pactua com os condomínios um valor para o serviço de administração, que normalmente é diluído em 13 parcelas ao longo do ano” (vide fl. 165).

A simples existência da referida cláusula, aliás, já é suficiente para demonstrar o interesse de agir no caso da presente ação civil pública. Afinal de contas, tal dispositivo contratual possui uma redação típica de regra abusiva, na medida em que permite cobrança em dobro sem qualquer justificativa plausível que pudesse ser referendada em alguma contrapartida, ainda que frágil.

Deste modo, não havendo outro meio a inibir a prática abusiva perpetrada pela ré, é manifestamente necessário ajuizar a presente ação civil pública. Logo, não há que se falar em inexistência do interesse de agir.

c) DA EXISTÊNCIA DE INTERESSE COLETIVO, DIFUSO OU INDIVIDUAL HOMOGÊNEO

Constata-se, no presente caso, que os valores em jogo são relevantes, já que o serviço prestado pela empresa ré abrange um número significativo de consumidores, revelando, por conseguinte, o interesse social que justifica a atuação do Ministério Público.

Neste sentido, podem ser citados vários acórdãos do E. Superior Tribunal de Justiça, entre os quais:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIFUSOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, inclusive para tutela de interesses e direitos coletivos e individuais homogêneos. (AGA 2523686/SP, 4ª Turma, DJ 05/06/2000, p. 176)

A Instituição autora atua no exercício que lhe confere o Título IV, Capítulo IV, Seção I, da Carta Constitucional de 1988, mais precisamente do inciso III do art. 129, onde “são funções institucionais do Ministério Público (III) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Na esteira desse dispositivo citado, o artigo 25, inciso IV, alínea *a*, da Lei Federal nº 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – estatui que “além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público (...) promover o inquérito civil e ação civil pública (...) para a proteção, a prevenção e a reparação dos danos causados ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, e a outros interesses difusos, coletivos, homogêneos e individuais indisponíveis”.

A Lei nº 7.347/85 (LACP) atribui legitimidade ao Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública para a prevenção ou reparação dos danos causados ao consumidor, em decorrência de violação de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (v. artigos 1º, 3º, 5º, *caput*, e 21).

A Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) atribui ao Ministério Público legitimação para a defesa coletiva dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor, com fulcro no artigo 82, inciso I, c/c o artigo 81, parágrafo único, incisos I e II.

Noutro giro, a cláusula contratual em questão encontra-se inserida entre as condições gerais predispostas para a celebração do contrato de administração de condomínio, oferecidas pela ré a inúmeros clientes, tal como ela mesma colacionou aos autos. Sendo assim, consumidores diversos são titulares dos mesmos direitos ora vindicados, estando igualmente expostos aos efeitos da disposição contratual abusiva.

Diante das conceituações de direitos difusos e coletivos constantes no art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078/90, os efeitos favoráveis da sentença deverão, necessariamente, alcançar todos os que se encontrem na mesma situação em relação à parte ré, porquanto o próprio conceito de indivisibilidade, como salienta Paulo Valério Dal Pai Moraes, determina que “a solução do problema de um dos lesados, por intermédio da Ação Coletiva, acarretará automaticamente a resolução do problema de todos os lesados”³.

³ A Coisa Julgada *Erga Omnes* nas Ações Coletivas (Código do Consumidor) e a Lei nº 9.494/97, in *Estudos de Direito do Consumidor: Tutela Coletiva* (Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública), p.413

O mesmo autor acrescenta que:

Os interesses acima citados possuem natureza fática imutável por qualquer tipo de determinação legal que venha a tentar o estabelecimento de novas regras processuais, ou seja, o direito material não pode ser desarticulado por aspectos instrumentais (processuais), pois, na forma já vista, são mundo completamente apartados. (...) Exemplo claro está nos já referidos contratos de adesão, que são oferecidos nacionalmente por grandes empresas. Se forem consideradas nulas determinadas cláusulas abusivas destes pactos, em ação coletiva de consumo, a eficácia deverá ser *erga omnes* e limitada às pessoas lesadas e ao campo de existência de lesões, potenciais ou efetivas, na forma já vista⁴.

Interpretação diversa, além de ferir o princípio da isonomia, se afastaria das diretrizes traçadas na Lei nº 8.078/90, dificultando a defesa dos consumidores, coletivamente considerados, bem como a eficiente coibição e repressão aos abusos praticados no mercado de consumo, constante no art. 4º, inciso IV, daquele diploma legal.

2.2. DO MÉRITO:

a) DA EXISTÊNCIA DE TÍPICA RELAÇÃO DE CONSUMO

Argumenta a parte ré que inexistiria relação de consumo no caso em apreço, uma vez que não haveria relação de inferioridade, vulnerabilidade ou submissão entre as partes contratantes.

Insta salientar, contudo, que a relação de consumo é o vínculo jurídico, ou o pressuposto lógico do negócio jurídico, celebrado de acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Maria A. Zanardo Donato (1993:70) conceitua a relação de consumo como “a relação que o direito do consumidor estabelece entre o consumidor e o fornecedor, conferindo vínculo correspondente, tendo como objeto um produto ou *serviço*”.

Verifica-se que, para que uma relação jurídica seja caracterizada como relação de consumo, é preciso a presença do consumidor e do fornecedor e a prestação de um produto ou o *serviço*. A falta de qualquer um desses requisitos descaracteriza a relação jurídica de consumo, afastando-a, portanto, do âmbito de aplicação do CDC.

Sendo assim, é indiferente o tipo de contrato celebrado entre as partes para que uma dada relação jurídica daí oriunda seja ou não de consumo, pois não é o negócio jurídico em si que faz incidir ou não as normas do Código de Defesa do

⁴ Ob. cit. p.411

Consumidor. Portanto, havendo prestação de serviço entre a administradora de imóveis e o condomínio edilício, não há que se falar em ausência de relação de consumo.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconhece tal relação, conforme provimento de APELAÇÃO APL 02126746720138190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 16 VARA CÍVEL (TJ-RJ):

QUESTÃO DE ORDEM SUBMETIDA AO COLEGIADO. INSTALAÇÃO DE CÂMARAS CÍVEIS ESPECIALIZADAS EM DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA ABSOLUTA EM RAZÃO DA MATÉRIA. DUAS AS DEMANDAS APENSADAS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E AÇÃO DE COBRANÇA ENTRE AS MESMAS PARTES. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO DE CONDOMÍNIO E DE MÚTUO. ALEGADA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ADMINISTRAÇÃO CONDOMINIAL. *RELAÇÃO DE CONSUMO*. Ações conexas, que versam sobre contrato de *prestação de serviço de administração* de condomínio e de mútuo, este último celebrado para subsidiar as despesas do condomínio contratante, que são administradas pela empresa administradora/mutuante. Alegação de falha na *prestação dos serviços de administração* e de cobrança de juros abusivos no empréstimo realizado. *O Órgão Especial, ao julgar o conflito de competência nº 0051584-82.2015.8.19.0000, deste TJRJ firmou entendimento no sentido de a relação existente entre o Condomínio e a Administradora se caracterizar como de consumo, uma vez que o pedido autoral se fundamenta em falha prestação do serviço de administração, o que também ocorre na espécie.* Aplicação do art. 6º-A do Regimento Interno deste e. Tribunal de Justiça, incluído pela Resolução do Órgão Especial nº 22, de 2013. Ausência de prevenção. Competência absoluta das Câmaras Cíveis Especializadas em *Direito do Consumidor*, em razão da matéria. Declínio de competência.

Também, no mesmo sentido:

TJ-RJ – APELAÇÃO APL 04344800920158190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 17 VARA CÍVEL (TJ-RJ)

APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA EM 22/01/2016, SOB A ÉGIDE DO CPC/73. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CUMULADA COM DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL E PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. *SERVIÇO DE ADMINISTRAÇÃO CONDOMINIAL CONTRATADO POR CONDOMÍNIO. FRUIÇÃO DO SERVIÇO COMO DESTINATÁRIO*

FINAL. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. CONTROVÉRSIA ACERCA DA COMPETÊNCIA DA CÂMARA ESPECIALIZADA DO CONSUMIDOR JÁ DIRIMIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL, NO CONFLITO Nº 0051584-82.2015.8.19.0000. Competência das Câmaras Cíveis Especializadas em Consumo encontra-se prevista no artigo 6º-A da Resolução nº 22/2013 do E. Órgão Especial de 11/05/2013. Competência absoluta por ser *ratione materiae*. Condomínio que ostenta a qualidade de consumidor, quando usufrui do serviço como destinatário final, como na hipótese dos autos, considerando que a discussão gira em torno de contrato de prestação de serviço de administração condominial. Precedente jurisprudencial. Controvérsia acerca da competência dirimida pelo Órgão Especial. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA EM FAVOR DE UMA DAS CÂMARAS CÍVEIS ESPECIALIZADAS.

Assim, no que tange à cobrança dúplice da taxa administrativa, verifica-se *cláusula abusiva*, conforme previsto no artigo 51, §1º, III, do Código de Defesa do Consumidor, bem como *prática abusiva por manifestamente excessiva*, como previsto no art. 39, V, do CDC, sendo devida a *devolução em dobro das cobranças* indevidas, assegurado pelo art. 42, p. u., do CDC.

É importante salientar, ainda, que é inegável a hipossuficiência dos consumidores diante das administradoras de condomínios, sendo certo que todas as empresas, em um movimento conjunto e organizado, passaram recentemente a efetuar a cobrança em dobro da sua remuneração no mês de dezembro. Tal movimento de cobrança feito em bloco por todas as administradoras de condomínio, a feição de uma precificação cartelizada, impede que os consumidores simplesmente possam se proteger dentro da perspectiva do livre mercado através da escolha de uma empresa concorrente. É que, conforme esclarecido pelo comunicante, dezenas de administradoras de condomínio do mercado do Rio de Janeiro resolveram adotar simultaneamente a mesma prática abusiva de cobrança em dobro no mês de dezembro. Ora, o consumidor está claramente sofrendo os efeitos de sua vulnerabilidade, inferioridade de poder e necessidade de submissão aos termos apresentados pela empresa.

Neste contexto, o argumento apresentado pela defesa é puramente retórico e completamente divorciado da realidade dos fatos. É que não existe oportunidade para o pleno exercício da autonomia de vontade dos consumidores, na medida em que ninguém possui condições de se defender da cobrança imposta pelas empresas. Na prática, a imensa maioria dos condomínios e de condôminos não possui poder de barganha e tem que se submeter e aquiescer com os termos apresentados pela administradora de condomínios. Logo, não existe liberdade para negociar ou deliberar com as empresas nem qualquer autonomia de vontade. Mesmo nos raríssimos casos em que o condomínio teve poder de barganha para que o pagamento fosse feito em

doze prestações, o contrato declarava que o condomínio ficava isento do pagamento da 13ª parcela – fato indicativo de que se trata, a princípio, de uma obrigação e de que apenas naquele caso específico estaria sendo aberta uma exceção para um condomínio mais poderoso. Contudo, em regra, a existência de um condomínio não serve de anteparo protetivo para o consumidor nem esvazia a necessidade de aplicação plena do Código de Defesa do Consumidor, conforme tem sido reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência de nossos tribunais.

b) DA ABUSIVIDADE DA COBRANÇA DÚPLICE

Aduz a parte ré que a cobrança de uma 13ª taxa de administração seria justificada pelo aumento natural de trabalho que ocorreria no final do ano. Exemplifica tal aumento mencionando o encerramento das demonstrações contábeis anuais, a elaboração de informes de rendimento, o RAIS, a folha de pagamento do 13º (décimo terceiro) salário e a DIRF.

Ocorre que tais atividades são inerentes à função administrativa, razão de ser da empresa ré, motivo pelo qual não é lícito transferir ao consumidor os encargos de sua própria atividade.

A *abusividade* da prática comercial adotada pela ré decorre diretamente da lei. Vejamos os dispositivos inseridos na lei consumerista até então violados pela ré.

Dispõe o art. 6º, IV, da Lei nº 8.078/90 *in verbis*:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e *cláusulas abusivas* ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. (grifos nossos)

O direito positivo visa a contrabalançar a vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor, visto que é este quem detém o poder exclusivo de formular o inteiro teor do contrato que obrigará as partes, sendo subtraído do hipossuficiente o poder de negociar a redação das respectivas cláusulas contratuais.

Em razão da desvantagem contratual do consumidor, percebeu o legislador a necessidade de relativizar o poder vinculante da autonomia da vontade manifestada por ocasião da formalização do vínculo contratual, sobrepondo-lhe o interesse público quanto à higidez dos direitos e obrigações contratados pelas partes.

Ora, a cobrança da taxa dúplice é caso de evidente abusividade, na medida em que a referida cobrança não corresponde a qualquer serviço extra prestado pela ré aos seus clientes. *Pelo contrário, busca apenas ressarcimento duplo, sem motivo*

concreto, em razão da prática de atos inerentes à sua atividade, transferindo, para o consumidor, os ônus de sua atividade, o que, a toda evidência, fere os princípios da boa-fé, da equidade e da proporcionalidade.

Constitui-se, assim, completo contrassenso exigir a ré que seja duplamente remunerada por serviços inerentes à cobrança do já contratado anteriormente, já que cabe a ela arcar com os encargos inerentes a sua atividade empresária e não ao consumidor, já sendo devidamente remunerada para tanto mensalmente.

Conforme já aventado anteriormente, a própria ré admite, em diversos pontos de sua contestação, a cobrança da 13ª taxa condominial. À fl. 166, alega que os condomínios “preferem diluir a remuneração anual da Ré em 13 cotas”. Ocorre que, ao contrário do alegado, o contrato de prestação de serviço da ré é de adesão, impondo-se unilateralmente à contratada as suas cláusulas contratuais.

Observa-se, pois, que a ré acaba por também infringir o disposto no art. 39, inciso V, da Lei Consumerista, uma vez que exige do consumidor *vantagem manifestamente excessiva, in verbis*:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.

Assim, desprezando os primados básicos da boa-fé e da lealdade naturais ao desenvolvimento de uma relação de consumo, a ré acaba por exigir taxa dupla do consumidor, o condomínio contratante, sem fundamentos concretos para que tal se dê, eis que nenhum serviço a mais de administração se configura no final de cada ano para que se justifique a cobrança de mais uma taxa de administração, configurando-se, portanto, numa notória vantagem excessiva que obtém sobre o consumidor.

Logo, a prática impugnada propicia o seu enriquecimento sem causa, implicando, também, por isso, uma ofensa ao equilíbrio dos direitos e obrigações contraídos pelas partes. Nelson Nery Júnior, neste aspecto, *in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 7ª edição, p.534, preleciona com justiça sobre o tema, *verbis*:

A onerosidade excessiva pode propiciar o enriquecimento sem causa, razão por que ofende o princípio da equivalência contratual, princípio esse instituído como base das relações jurídicas de consumo (art. 4º, nº III e art. 6º, nº II, CDC).

Ressalte-se que a boa-fé objetiva deve lastrear os contratos tanto na celebração quanto na execução, já que é tratada pelo legislador com *status* de verdadeiro princípio no campo do Direito do Consumidor:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

O que se verifica, por certo, é que não há nada que justifique a cobrança a mais de uma taxa de administração ao final de cada ano, eis que não demanda o consumidor, *in casu* o condomínio contratante dos serviços de administração, mais serviços que os naturalmente prestados pela administradora por conta do contrato de prestação do serviço correlato.

Além disso, mesmo sob a perspectiva dos custos administrativos, não é verdade que eles sejam dobrados no mês de dezembro, já que o impacto da mão de obra assalariada na composição do custo de uma taxa de administração de condomínio é marginal. Não por acaso, a empresa ré sequer pretendeu apresentar nenhuma evidência contábil para justificar o frágil argumento de que seus custos seriam em dobro no final de ano, eis que seria inviável produzir tal prova e se trata de apenas mais um argumento retórico.

Destarte, diante do quadro fático apresentado, se verifica que nem de longe o princípio acima insculpido está sendo observado pela ré. Ademais, eventuais custos com que deva arcar a administradora ré ao final de cada ano são de sua inteira responsabilidade, como o pagamento de 13º salário de seus empregados, o que não se confunde com o dos empregados dos condomínios que administra, a ponto de justificar, pois, a dúplice cobrança da taxa de administração destes últimos.

Não se trata, Exa., da cobrança de taxa extra dos condôminos, o que é normal e decorre da relação jurídica condominial interna havida em cada condomínio edilício e que deve ser resolvida entre os condôminos respectivos e que não se caracteriza, enquanto tal, como relação jurídica de consumo. Trata-se, em verdade, da cobrança de duas taxas de administração pela administradora ré de cada um de seus clientes, condomínios que a contratam para a prestação do serviço de administração, não sendo, pois, senão uma prestadora de serviços e não empregada de cada condomínio contratante, nada, pois, lhe sendo devido a mais ao final de cada ano contratado.

Como se não bastasse, presume-se exagerada a vantagem que, entre outros, se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza

e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso, na forma do inciso III do §1º do art. 51 da Lei nº 8.078/90, como a que ora se verifica, eis que nada há que aumente o serviço de administração prestado a cada condomínio consumidor que justifique a majoração pelo dobro da taxa cobrada mensalmente pelo serviço de administração prestado pela ré.

c) DA EXISTÊNCIA DE DANOS AOS CONSUMIDORES COLETIVA E INDIVIDUALMENTE CONSIDERADOS

A parte ré afirma que sua atuação sempre foi livremente pactuada com os condomínios, havendo ciência e concordância dos condôminos em relação às prestações e contraprestações acordadas. Devido a isso, aduz que seria contrariar o princípio da boa-fé obrigá-la a devolver em dobro os valores recebidos ou pagar indenização por danos morais e materiais. A ré insiste em frisar que não há comprovação de existência de qualquer dano, seja individual, seja coletivo.

Em primeiro lugar, como salientado ao longo de toda a presente réplica, não é verdade que os consumidores possuam liberdade contratual e capacidade deliberativa plena quanto ao pagamento da parcela em dobro no mês de dezembro. A experiência cotidiana revela que as reuniões de condomínio não reproduzem as condições ideais de deliberação, tão bem expostas na teoria democrática do filósofo alemão Jürgen Habermas.⁵ Ao contrário da argumentação apresentada pela administradora de condomínios, os sujeitos não se encontram em uma situação de discurso ideal, em que todos possuem estatura idêntica, fazem jus à participação nos mesmos termos e conseguem pautar as discussões e discutir todos os temas em igualdades de condição. A sugestão de que uma reunião de condomínio seria um foro de deliberação democrática e pleno exercício da autonomia da vontade não pode ser acolhida pela prudente consideração deste MM. Juízo.

Aliás, a realidade da vida contemporânea caminha justamente na direção oposta, sendo raríssimas as oportunidades concedidas para a deliberação democrática e incompatíveis quaisquer tentativas de reprodução da democracia ateniense na sociedade líquida do século XXI. No cenário contemporâneo, em que sentimos continuamente a pressão da falta de tempo e do excesso de escolhas, temos cada vez menos a capacidade de reflexão profunda e deliberação consciente típica da autonomia da vontade idealizada pela defesa da empresa na contestação. Nossa experiência é de vontade manifestada por mera adesão, sem que haja qualquer possibilidade de pensamento crítico e meditação sobre as nossas possíveis escolhas – situação de angústia existencial que levou, inclusive, o filósofo alemão Martin Heidegger a indagar provocativamente se seríamos nós seres humanos capazes de pensar.⁶ Logo, não resta

⁵ Confira-se, por exemplo, HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms*. Cambridge: MIT Press (1996); HABERMAS, Jürgen, *The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society*. Boston: Beacon Press (1984).

⁶ Confira-se, por todos, HEIDEGGER, Martin, *What is called thinking?* New York: Harper (1976); HEIDEGGER, Martin, *Discourse on Thinking*. New York: Harper (1966).

dúvida de que os consumidores não tiveram qualquer condição de decisão livre e consciente, ao contrário do sugerido pela administradora de condomínio.

Aliás, a própria defesa da empresa chega a sutilmente evidenciar isso, na medida em que se vale do termo “aquiescência” para descrever como os consumidores teriam exercido sua vontade. Ora, o uso do termo “aquiescência” evidencia que não houve qualquer deliberação, discussão, debate ou possibilidade de estabelecer os termos das cláusulas contratuais. O sentido semântico de “aquiescer” é idêntico ao de “aderir”, evidenciando que a dinâmica da relação entre as administradoras dos condomínios e os condôminos não é de exercício livre da autonomia da vontade. Ora, o uso do termo “aquiescência”, como muito bem salientado pelo filósofo escocês David Hume, não revela uma manifestação de vontade livre e consciente típica da liberdade contratual, mas simplesmente que alguém prefere aderir a um conjunto de regras pré-estabelecidas ao invés de protestar e se rebelar contra aqueles termos apresentados.⁷ Aquiescer, portanto, é aderir e não há qualquer dúvida de que não houve exercício da autonomia da vontade pelos consumidores.

Além disso, é evidente que existe prejuízo para os consumidores individuais na cobrança em dobro no mês de dezembro. Trata-se de um pagamento de valor superior do devido que deve ser devolvido. O argumento de que a cobrança é benéfica ao consumidor é absurdo e, obviamente, nenhum consumidor desejaria ter que pagar treze parcelas anuais para a cobrança de seus serviços. Em primeiro lugar, há alguns anos, ao adotar a prática abusiva, conforme esclarecido pelo comunicante, as administradoras simplesmente passaram a cobrar mais uma mensalidade no mês de dezembro. Não houve qualquer redução do valor cobrado ou qualquer redistribuição dos custos ao longo do ano. Houve simplesmente o acréscimo de um valor pago em excesso pelos consumidores. Logo, é falacioso o argumento de que o maior número de parcelas seria mais benéfico ao consumidor. Historicamente, não o foi. A cobrança em dobro no mês de janeiro correspondeu a um aumento no valor cobrado do consumidor, caracterizando prejuízo individual e a onerosidade excessiva.

Em segundo lugar, do ponto de vista econômico, também é prejudicial ao consumidor que exista uma cobrança através de uma parcela em dobro no mês de dezembro. Conforme os ensinamentos da economia comportamental, os consumidores são suscetíveis às sutis condições das circunstâncias do consumo e efetuam sua contabilidade mental conforme o padrão vigente na sociedade.⁸ Logo, por ocasião do cálculo de suas despesas mensais, o consumidor calcula o valor dos débitos com base no padrão de doze mensalidades anuais. Ora, a partir do momento em que se trata de treze ao invés de doze, estamos diante de uma armadilha de consumo, na medida em que esta sutil mudança no padrão provoca um efeito psicológico através de um artifício que, em última instância, induz o consumidor ao pagamento de valor superior ao devido.

⁷ HUME, David, *Essays: Moral, Political, and Literary*. Indianapolis: Liberty Fund (1987).

⁸ Veja, a respeito, THALER, Richard, *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*. London: W. W. Norton & Company (2015); THALER, Richard; Sunstein, Cass, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press (2008); HEUKELOM, Floris, *Behavioral Economics: A History*. Cambridge: Cambridge University Press (2014).

Trata-se, portanto, de um desvio na estrutura da arquitetura da escolha que induz o consumidor a pagar mais sem perceber. Uma situação idêntica é o caso dos restaurantes que acrescentam uma taxa de consumo de 12%, 14% ou mesmo 15% na conta, distorcendo sutilmente o padrão social de 10%. Em regra, nestes casos, o estabelecimento comercial ainda permite que o consumidor se recuse a pagar tal valor, mas não existe tal possibilidade no caso da presente ação civil pública, em que este artifício é imposto aos condôminos e os consumidores tiveram que internalizar este pagamento em valor superior às despesas condominiais. Trata-se, portanto, de um artifício abusivo e ilegal para aumentar o valor a ser pago pelos consumidores, o que deve ser imediatamente proibido pelo poder judiciário.

Caso o poder judiciário não atue com a necessária firmeza, aliás, a regra para a cobrança de condomínio irá permitir que as administradoras cobrem uma 13ª, 14ª ou mesmo uma 15ª taxa ao final do ano, onerando excessivamente os consumidores, enriquecendo ilicitamente as empresas. Portanto, caso o poder judiciário não intervenha para assegurar a proteção dos direitos dos consumidores, estará validando uma prática abusiva, ilegal e perversa do ponto de vista econômico. Não existe nenhum argumento jurídico, filosófico ou econômico que justifique a cobrança de uma 13ª taxa ou da cobrança em dobro no mês de dezembro pelas empresas. Trata-se de uma manifesta ilegalidade.

Por outro lado, caso o poder judiciário permita tal excrecência para as administradoras de condomínio, a sociedade deve se preparar para que as outras empresas passem a se valer de idêntico artifício fraudulento para extrair mais dinheiro dos consumidores. Teremos a 13ª mensalidade de faculdades, academias de ginástica, televisão a cabo, planos de saúde e de qualquer serviço prestado ao consumidor, que seja baseado em uma prestação continuada e de trato sucessivo em mercado oligopolizado. É, portanto, fundamental coibir esta ilegalidade imediatamente, antes que tal abusividade se torne uma moda – o que fatalmente ocorrerá se o poder judiciário se mantiver inerte e não proibir a prática.

Felizmente, o poder judiciário fluminense já estabeleceu um importante precedente para tratar deste caso, considerando absolutamente abusiva e ilegal a cobrança da 13ª taxa pelas administradoras de condomínio. Conforme a brilhante decisão proferida pelo eminente magistrado, Professor da FGV DIREITO RIO e ex-juiz titular da 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, o Desembargador LUIZ ROBERTO AYOUB:

0030100-34.2013.8.19.0209, Apelação, Des. LUIZ ROBERTO AYOUB, j. em 16.06.2016, 26ª Câmara Cível Consumidor

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E RESPONSABILIDADE CIVIL. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR FULMINADA PELA PRECLUSÃO. CONTRATO DE ADMINISTRAÇÃO DE CONDOMÍNIO COM CLÁUSULA

DE RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA. CONTRATO QUE SE PRORROGOU AUTOMATICAMENTE POR PRAZOS SUCESSIVOS DE 24 (VINTE E QUATRO) MESES. DESINTERESSE NO PROSSEGUIMENTO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELO CONDOMÍNIO. RESCISÃO CONTRATUAL COM AVISO PRÉVIO DE 44 DIAS EM DESACORDO COM A PREVISÃO CONTRATUAL DE 60 (SESSENTA) DIAS. LEGALIDADE DA CLÁUSULA PENAL QUE PREVÊ A APLICAÇÃO DE MULTA PARA A NOTIFICAÇÃO A DESTEMPO. AUSÊNCIA DE DESEQUILÍBRIO A AUTORIZAR A INTERVENÇÃO ESTATAL. COBRANÇA DE MULTA INTEGRAL E OUTRAS VERBAS PELA ADMINISTRADORA. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA MULTA PROPORCIONALMENTE AO PERÍODO RESTANTE DE VIGÊNCIA QUE NÃO TEM PREVISÃO CONTRATUAL. MULTA CONTRATUAL QUE DEVE CORRESPONDER À METADE DO PERÍODO RESTANTE, EM VALOR NÃO INFERIOR A TRÊS TAXAS MENSAS. VIGÊNCIA DO CONTRATO ATÉ 28/02/2013, COM NOTIFICAÇÃO PARA RESCISÃO A PARTIR DE 01/02/2013. MULTA RESCISÓRIA DEVIDA EM SEU PATAMAR MÍNIMO, CORRESPONDENTE A TRÊS TAXAS MENSAS DA ÉPOCA, QUE ERA DE R\$ 332,33, OU SEJA, A R\$ 996,99 (NOVECENTOS E NOVENTA E SEIS REAIS E NOVENTA E NOVE CENTAVOS). VALOR EFETIVAMENTE DESCONTADO DE R\$ 4.154,13 (QUATRO MIL, CENTO E CINQUENTA E QUATRO REAIS E TREZE CENTAVOS). COBRANÇA A MAIOR DA MONTA DE R\$ 3.157,14 (TRÊS MIL, CENTO E CINQUENTA E SETE REAIS E QUATORZE CENTAVOS). COBRANÇA DE VERBAS NÃO PREVISTAS NA CLÁUSULA PENAL, SOB A RUBRICA DE AVISO PRÉVIO NÃO CUMPRIDO, 13º TAXA PROPORCIONAL E ISS SOBRE AS VERBAS RESCISÓRIAS. VERBAS PREVISTAS NA REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO, QUE SE MOSTRA ABUSIVA. TRANSFERÊNCIA DO ÔNUS DE ARCAR COM OS CUSTOS OPERACIONAIS AO CONSUMIDOR, SEM NENHUM CORRESPONDENTE AO FORNECEDOR, CONFIGURA EM VANTAGEM UNILATERAL, INCOMPATÍVEL COM A BOA-FÉ E A EQUIDADE CONTRATUAL, E, PORTANTO, EXCESSIVA. COBRANÇA DE VALORES NÃO PACTUADOS E A MAIOR, FORA DO CONTRATADO FIRMADO ENTRE AS PARTES, É INCOMPATÍVEL COM A BOA-FÉ E A EQUIDADE CONTRATUAL E, PORTANTO, DEVEM SER REPETIDAS EM DOBRO, NA FORMA DO ARTIGO 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.078/1990. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO DE CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO PORTO FINO PARCIALMENTE PROVIDO, PARA DETERMINAR A DEVOLUÇÃO EM DOBRO DA TOTALIDADE DAS QUANTIAS COBRADAS SOB AS RUBRICAS DE AVISO PRÉVIO NÃO CUMPRIDO, 13º TAXA PROPORCIONAL E ISS SOBRE AS VERBAS RESCISÓRIAS E DA DIFERENÇA COBRADA A MAIOR PELA MULTA CONTRATUAL POR RESCISÃO FORA DO

PRAZO, CORRESPONDENTE A R\$ 3.157,14 (TRÊS MIL, CENTO E CINQUENTA E SETE REAIS E QUATORZE CENTAVOS). RECURSO DE ADMINISTRADORA MOURA & LOPES LTDA. DESPROVIDO.

Naquele processo, apesar de existir previsão contratual para a cobrança da 13ª taxa condominial, o eminente desembargador-relator, LUIZ ROBERTO AYOUB, ressaltou que “a singela alegação de que as referidas tarifas foram livremente pactuadas pelo consumidor não afasta a observância dos valores superiores de equilíbrio e boa-fé nas relações de consumo” (fls. 176/177). De fato, a boa-fé objetiva adotada pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil impede que sejam pactuadas obrigações tão abusivas, cobrando-se mais mensalidades do que as existentes no calendário.

Saliente-se, por oportuno, que também o Conselho Superior do Ministério Público, em decisão recente unânime, baseada em voto brilhante da lavra da Procuradora de Justiça, Flávia de Araújo Ferrer, determinou às Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva do Consumidor da Capital que combatam a “pseudo boa-fé” das administradoras de condomínios do Rio de Janeiro por conta da cobrança adicional abusiva de valores embutidos na taxa condominial em prejuízo aos consumidores hipossuficientes. Nas palavras da eminente Procuradora de Justiça, trata-se de “prática abusiva disfarçada com a roupagem de boa-fé” lesiva a “incontáveis consumidores” e “prática maliciosa” (fls. 104 do Processo MPRJ 2016.00406590).

Portanto, não apenas o Poder Judiciário, mas também o Conselho Superior do Ministério Público, presidido pelo Procurador-Geral de Justiça, têm deliberado recentemente no sentido de proteger os consumidores das cobranças abusivas e destituídas de boa-fé por parte das administradoras de condomínio. É, logo, necessária a efetiva tutela coletiva dos consumidores através da presente ação coletiva para proteger os seus direitos e reparar seus danos individuais.

Insta salientar que, no que se refere aos danos coletivos, não se pode olvidar que os direitos em jogo possuem natureza coletiva *lato sensu* e merecem ser reparados e compensados.

Não obstante a natureza jurídica da reparação por dano moral ser essencialmente compensatória, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a influência de uma teoria nascida nos EUA, denominada *punitive damage*, aqui traduzida em teoria que consiste em uma preocupação não somente em compensar a vítima, mas, sim, atuar de maneira punitiva, preventiva e pedagógica com a finalidade de evitar a perpetuação da prática ilícita.

Trata-se da função social do dano moral. É denominada por muitos de teoria pedagógica ou punitiva da responsabilidade civil (teoria do desestímulo). Recomenda, especialmente em ilícitos graves ou reincidentes, como no caso em tela, a fixação de uma verba punitiva direcionada a fundos ou entidades beneficentes.

Constitui-se, portanto, o dano moral coletivo em uma função punitiva em virtude da violação de direitos difusos e coletivos de modo a coibir reincidências, sendo devido, de forma clara, no caso em apreço.

Ademais, a jurisprudência do E. STJ e do TJRJ tem reconhecido a possibilidade de condenação ao ressarcimento por danos morais coletivos. Veja-se:

DANO MORAL COLETIVO. PASSE LIVRE. IDOSO. A concessionária do serviço de transporte público (recorrida) pretendia condicionar a utilização do benefício do acesso gratuito ao transporte coletivo (passê livre) ao prévio cadastramento dos idosos junto a ela, apesar de o art. 38 do Estatuto do Idoso ser expresso ao exigir apenas a apresentação de documento de identidade. Vem daí a ação civil pública que, entre outros pedidos, pleiteava a indenização do dano moral coletivo decorrente desse fato. *Quanto ao tema, é certo que este Superior Tribunal tem precedentes no sentido de afastar a possibilidade de configurar-se tal dano à coletividade, ao restringi-lo às pessoas físicas individualmente consideradas, que seriam as únicas capazes de sofrer a dor e o abalo moral necessários à caracterização daquele dano. Porém, essa posição não pode mais ser aceita, pois o dano extrapatrimonial coletivo prescinde da prova da dor, sentimento ou abalo psicológico sofridos pelos indivíduos. Como transindividual, manifesta-se no prejuízo à imagem e à moral coletivas e sua averiguação deve pautar-se nas características próprias aos interesses difusos e coletivos. Dessarte, o dano moral coletivo pode ser examinado e mensurado.* Diante disso, a Turma deu parcial provimento ao recurso do MP estadual. REsp nº 1.057.274-RS, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, julgado em 1º/12/2009. (grifos nossos)

2008.001.64608 – APELAÇÃO DES. CARLOS C. LAVIGNE DE LEMOS - Julgamento: 19/08/2009 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FALTA DE CAIXA CONVENCIONAL, NO ANDAR TÉRREO DE AGÊNCIA BANCÁRIA, DESTINADA AO ATENDIMENTO DE PESSOAS IDOSAS, GESTANTES E PORTADORAS DE DEFICIÊNCIAS. ALEGAÇÃO DE OMISSÕES E NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. O DANO MORAL ESTÁ PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL, QUE NÃO FAZEM QUALQUER DISTINÇÃO SOBRE O SEU CONTEÚDO. O CARÁTER PUNITIVO, PEDAGÓGICO OU REPARATÓRIO RESULTA DE CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL. DANO MORAL COLETIVO CARACTERIZADO. A TUTELA DE INTERESSES COLETIVOS TEM PREVISÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL, DIANTE DA POSSIBILIDADE DE OFENSA AO SENTIMENTO DA COLETIVIDADE. NÃO HÁ, POIS, INCOMPATIBILIDADE ENTRE O CONCEITO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS, INDIVISÍVEIS, PERTENCENTES A UM GRUPO DETERMINÁVEL DE PESSOAS E O DE DANO MORAL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS IMPROVIDOS. (grifos nossos)

Como cediço, os danos morais constituem-se em toda e qualquer lesão, ofensa, que afete injustamente direitos que não podem ser contabilizados economicamente, tais como o direito à honra, ao bom nome, à imagem etc.

Convém assinalar que não há qualquer restrição do direito à pretensão de indenização por dano moral coletivo, já que este atinge o direito difuso, cujos valores são titularizados por número indeterminável de pessoas, dizendo respeito à comunidade como um todo, possuindo um caráter indivisível.

Ademais, consoante norma inserta no art. 129 da Constituição da República, são funções do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente “e de outros interesses difusos e coletivos”.

O dano moral coletivo se refere ao patrimônio valorativo de certa comunidade, que foi agredido de forma injustificável do ponto de vista jurídico, não havendo necessidade de prova da culpa, eis que a responsabilização é de natureza objetiva.

Assim, não há necessidade de relação entre o dano e a dor física ou psíquica, porquanto o conceito de dano moral coletivo extrapola a noção de dor e sofrimento individualizado (incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal), abrindo espaço para outros fatores que afetam negativamente a um grupo, como, por exemplo, a lesão imaterial aos direitos dos consumidores considerados coletivamente.

Na esteira deste raciocínio, não apenas os danos morais individuais devem ser reparados, mas também os difusos, pois se deve levar em consideração o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e não somente a dor e o constrangimento, já que qualquer abalo no patrimônio moral de uma coletividade merece reparação.

Registre-se que, quando individualmente considerados, os danos sofridos por cada consumidor não possuem expressão econômica, enquanto vistos em seu todo, afetam a dignidade do consumidor e a confiabilidade dos destinatários na prestação do serviço.

Ressalta-se, ainda, que a compensação a título de dano moral deve ser revertida ao fundo de recuperação dos bens lesados (artigo 13 da Lei nº 7.347/85). Neste sentido:

Ação civil pública proposta pelo Ministério Público objetivando compelir a Ré, fornecedora de serviço de energia elétrica, a não condicionar a ligação da luz no imóvel ao pagamento de débito de terceiro, sob pena de multa, bem como, a indenizar seus consumidores por danos material e moral. Sentença que julga procedente o pedido, arbitrando indenização por dano moral coletivo em R\$ 5.000,00. Apelação da Ré. Legitimidade do Ministério Público para figurar no polo ativo de ação civil pública que envolve interesses individuais homogêneos. Inteligência dos artigos 81, parágrafo único, inciso III e 82, inciso I da Lei nº 8.078/90. Reiteradas

ações judiciais individuais sobre a questão objeto desta controvérsia que comprovam a prática de atribuir indevidamente ao débito da tarifa de energia elétrica a natureza *propter rem*, o que não tem amparo legal nem nas resoluções da ANEEL. Prática abusiva que conduziu com acerto à imposição à Ré de se abster de qualquer ato que atribua ao consumidor responsabilidade por débitos anteriores, inclusive, condicionando o fornecimento do serviço à quitação desse débito. Multa cominatória arbitrada em valor compatível com o caráter coercitivo do instituto. Dever de indenizar corretamente reconhecido na sentença. Dano material que será apurado em liquidação de sentença, ocasião em que o consumidor deverá comprovar o fato gerador do direito reclamado. *Dano moral coletivo corretamente reconhecido ante a intranquilidade gerada pela ofensa à proteção legal do direito do consumidor. Indenização arbitrada observando critérios de razoabilidade e de proporcionalidade.* Desprovisionamento da apelação. 2008.001.35720 - APELAÇÃO DES. ANA MARIA OLIVEIRA - Julgamento: 07/10/2008 - OITAVA CÂMARA CÍVEL. (grifos nossos)

Por fim, assinala-se que os danos morais causados à coletividade devem ser reparados pela ré com base tanto na ideia de compensação como na concepção punitiva e pedagógica e, no caso de danos materiais, impõe-se sejam reparados com base na ideia de indenização dos prejuízos efetivamente sofridos.

No que se refere aos danos individuais, seja material, seja moral, é permitido ao Juízo condenar o réu em ação civil pública para posterior apuração do dano causado a cada consumidor com o ato ilícito praticado em fase de liquidação de sentença. Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS COLETIVOS. INDENIZAÇÃO.

I. Desnecessária a produção de prova pericial para comprovação de dano material decorrente da comercialização de combustível fora das especificações da ANP, quando a parte não nega ter vendido o produto adulterado. A comprovação dos danos é questão a ser enfrentada em sede de liquidação preparatória das futuras execuções individuais da sentença proferida na ação civil pública.

II. Cabível a condenação em indenização por dano moral coletivo, eis que a conduta da apelada acarreta prejuízos de ordem ambiental e ao consumidor, a ensejar a obrigação de indenizar, ante o dano difuso causado à sociedade. Leis nº 8.078/90 e nº 9.008/95.

III. Recurso de apelação não provido. (TRF-2 - AC: 200851100047795, Relator: Desembargadora Federal FATIMA MARIA NOVELINO SEQUEIRA, Data de Julgamento: 28/03/2012, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 10/04/2012). (grifos nossos)

Logo, é plenamente cabível a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos aos consumidores, individual e coletivamente considerados. Destarte, restaram configurados os danos morais, sendo certo que a empresa extrapola os preceitos consumeristas, não sendo razoável a arbitrariedade cometida por ela, que devia agir com mais respeito com os consumidores. Conforme visto, não é outra a conclusão de que a cláusula contratual em comento, como qualquer outra que com ela se assemelhe nos contratos de prestação de serviços de administração, se caracteriza como cláusula nula, *ex vi* do art. 51, IV, do CDC, *verbis*:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Assim, impõe-se a declaração de sua nulidade para a qual possui o MINISTÉRIO PÚBLICO legitimidade, a teor do disposto no art. 51, §4º, do CDC, *verbis*:

Art.51 (...)

§4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Fica evidente, após todo o exposto, que a conduta da ré gera danos aos consumidores individualmente considerados.

Nessa esteira, o ressarcimento pelos danos individuais em sede de ação civil pública está expressamente previsto no artigo 95 do CDC, que dispõe que a condenação será genérica para que a fixação dos valores seja feita em sede de liquidação individual prevista no artigo 97 da mesma norma.

A possibilidade de condenação da ré pelos danos materiais e morais individuais tem como fundamento o *Princípio do máximo benefício da tutela coletiva* que impõe a necessidade de se propiciar a execução coletiva dando primazia à economia processual.

Dessa forma, caracterizada a conduta indevida com a consequente condenação da ré, deve a sentença, também, condená-la ao ressarcimento pelos danos morais e materiais individuais dos consumidores considerados, notadamente, quando violados direitos básicos, consoante o disposto no art. 91 do CDC:

Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Por tudo isso, a norma consumerista prevê o procedimento a ser adotado na liquidação e cumprimento de sentença julgada procedente pelos consumidores individualmente e deverão ser ressarcidos por prejuízos que comprovarem em sede de liquidação, na forma dos artigos 91 e 97, todos da Lei nº 8.078/90.

3 – DA CONCLUSÃO:

À luz de todo o exposto, o Ministério Público reporta-se ainda aos termos de sua petição inicial e requer a procedência integral dos pedidos formulados na inicial.

Por último, reitera o Ministério Público o requerimento de que seja concedida tutela de urgência para que seja a ré obrigada, de imediato, a:

- a) *abster-se de cobrar em dobro a taxa de administração condominial nos contratos de prestação de serviços de administração condominial que firme a ré no mercado de consumo em geral, sob pena de pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por ocorrência;*
- b) *obrigar a empresa a manter um arquivo completo com todas as informações relativas à cobrança em dobro de taxa de administração condominial nos contratos de prestação de serviços de administração condominial de todos os condomínios com que firme a ré no mercado de consumo em geral, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).*

A prudente consideração deste MM. Juízo entendeu que seria necessária a oitiva da parte ré e que deveria ser dada oportunidade à empresa para celebrar um acordo (conforme o despacho de fl. 131) antes de proferir a decisão relativa à concessão da tutela antecipada e ao deferimento da medida liminar. Ora, em audiência de mediação realizada no dia 24 de janeiro de 2018, às 15h00, a parte ré se recusou a negociar e recusou a proposta de termo de ajustamento de conduta feita pelo Ministério Público. Em seguida, apresentou a contestação de fls. 147/173, em que reconhece a prática dos fatos e os pretende justificar

com argumentos retóricos contrários à legislação, ao direito e à jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ante o exposto, superadas as etapas processuais da mediação e da contestação e ainda presentes os pressupostos processuais do fumus boni iuris e do periculum in mora, reitera o Ministério Público os termos da sua petição inicial, postulando a antecipação da tutela com o deferimento das medidas liminares postuladas.

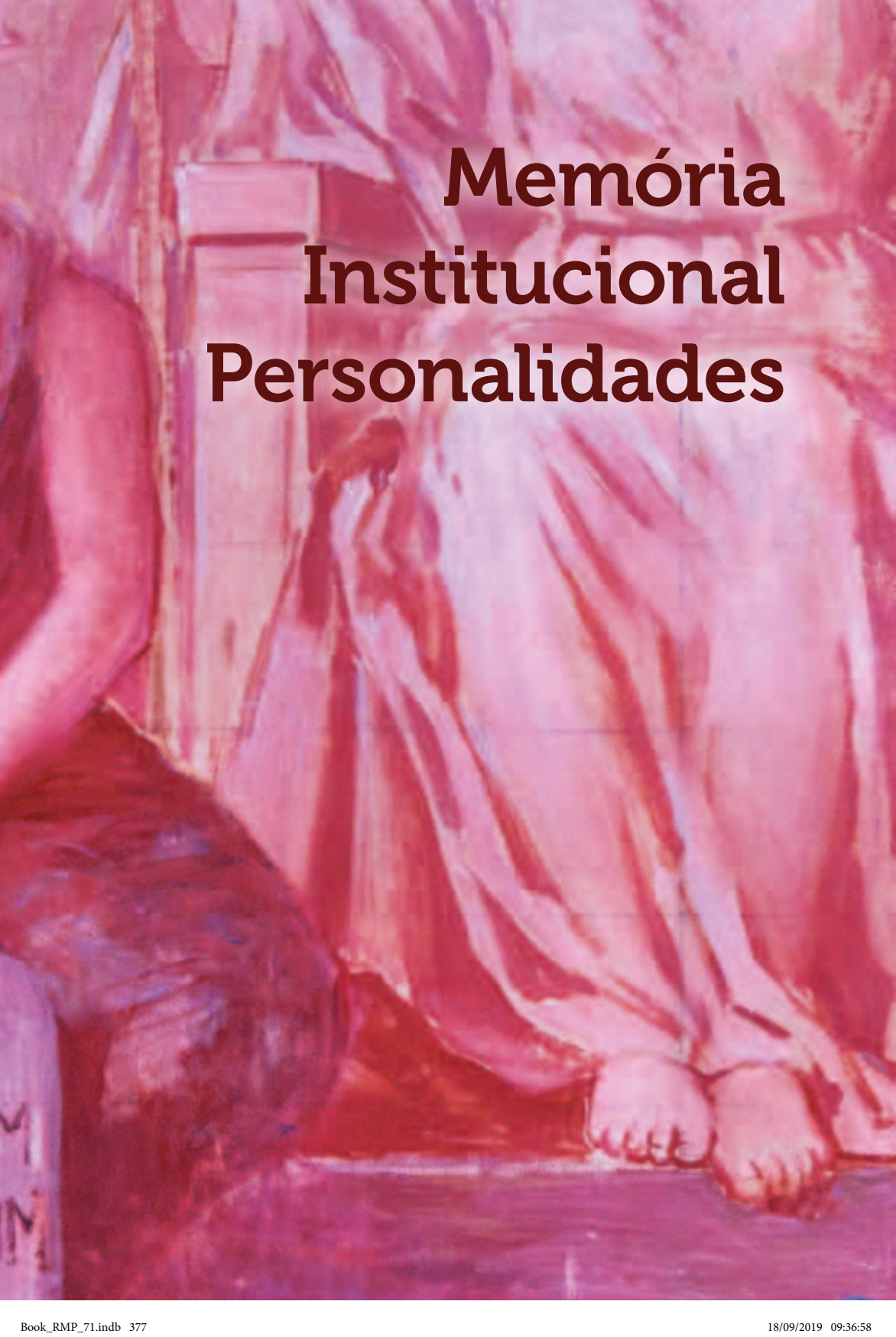
Rio de Janeiro, 09 de março de 2018.

PEDRO RUBIM BORGES FORTES

Promotor de Justiça



Detalhe da imagem da capa

The background of the page is a painting of a person lying down, possibly a religious figure, with a strong red color overlay. The person is lying on their side, with their head resting on a surface. The painting is in a classical style, with visible brushstrokes and a dramatic use of light and shadow. The red overlay is a semi-transparent layer that covers the entire image, giving it a monochromatic appearance.

Memória Institucional Personalidades

Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e os órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente tanto para o seu engrandecimento, quanto para a sua projeção nas searas social e jurídica.

Visando ao resgate de um passado que se lança e se imiscui no presente, a *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* divulga, na seção intitulada *Memória Institucional – Personalidades*, diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, as quais visam a homenagear personalidades de destaque em nossa Instituição. Estas personalidades, cuidadosamente selecionadas, abrilhantaram, pela sua atuação, a história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constituindo importante arcabouço para a compreensão de sua memória institucional.

Déa Araújo de Azeredo & Sérgio de Andréa Ferreira: Ministério Público: Muito Além da Acusação

Texto e entrevista:
Márcio Klang – Coordenador
Nataraj Trinta – Historiadora

Transcrição:
Nayara Cristina dos Santos
Jéssica da Silva Câmara



*Membro do Ministério Público aposentado
– Dr. Sérgio de Andréa Ferreira*



*Membro do Ministério Público aposentada
– Dr.ª Déa Araújo de Azeredo*

Apresentação do Dr. Márcio Klang:

É um prazer estar na Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para a 5ª edição do programa Personalidades do Ministério Público, uma iniciativa do Centro de Memória João Marcello de Araújo Júnior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Em primeiro lugar, entrevistaremos o Dr. Sérgio de Andréa, por ordem de antiguidade. Depois, a Dra. Déa Araújo de Azeredo. Em seguida, os dois participarão de um bate-papo comigo e com a plateia.

Primeiro Bloco – Sérgio de Andréa Ferreira

Sérgio foi meu professor no Catete, antiga UERJ. Estou “nervoso”, porque entrevistar um professor não é fácil.

M. Klang: Quem é Sérgio de Andréa Ferreira?

SAF: Nasci no Rio, em Copacabana, de onde não saí até hoje.

M. Klang: Então, sempre foi um garoto zona sul?

SAF: Fui. Aquela música do Tito Madi – “Garota Zona Sul”, tinha o “garoto zona sul”. Eu quando nasci recebi de presente uma coisa extraordinária de ser dada a um bebê por um advogado: um anel. Um anel de Direito! Um rubi etc. De modo que, acredito que fosse uma predestinação.

M. Klang: Já saiu da maternidade com aquele anel?

SAF: Exatamente. Naquela época não tinha exame de ordem, de modo que pude iniciar minha carreira jurídica... Bom, então eu sou membro do Ministério Público, isso que é importante. Digo com sinceridade: tirando a parte acadêmica, realmente a minha vinculação toda vida, e até hoje, é com o Ministério Público.

M. Klang: Sérgio, você fez concurso para o MP em que época e em que Estado?

SAF: O meu concurso foi o primeiro concurso do Estado da Guanabara. Não havia nenhum concurso desde 1951, ainda no Distrito Federal.

M. Klang: Que foi o concurso do Dr. Everardo [Moreira Lima].

SAF: Exatamente. Voltando... O governador Carlos Lacerda fez concurso para várias carreiras, inclusive para o Ministério Público. Havia uma carência muito grande. Naquela época, a carreira se iniciava como Defensor Público (e havia uma carreira). Tinha um

colega nosso que acumulava onze varas! Era uma carência muito grande. Mas, então, o concurso se precipitou e tive a sorte de o concurso ser iniciado no ano seguinte à minha formatura.

M. Klang: Você se formou por onde?

SAF: Passei por todas as posições federativas, não é? Nasci no Distrito Federal. A universidade se chamava Universidade do Distrito Federal.

M. Klang: A UDF.

SAF: Isso. Depois, passou, quando surgiu o Estado da Guanabara, a Universidade do Rio de Janeiro durante um ano só. E aí surgiu a Universidade do Estado da Guanabara, que foi a que emitiu o meu diploma.

M. Klang: A famosa Faculdade do Catete.

SAF: Isso. A do Catete. Saudosa memória. E o concurso me atraiu desde logo, por todos os motivos, e também pelo fato de que eu tinha sido estagiário do Ministério Público e, como estagiário, eu tinha me encantado com a carreira, com a postura, com a posição do Ministério Público. Muitos colegas de faculdade, de estágio, se encantavam logo com a magistratura, dizendo que o juiz é quem mandava. Mas achei o Ministério Público mais livre, mais solto, mais ativo, mais operante! Então eu me encantei. Eu vinha de estudos, por acaso, sobre o Ministério Público, porque no doutorado eu fui aluno do Guilherme Estelita, que tinha um livro sobre o Ministério Público *“Ministério Público: Processo Civil”*. E, a propósito daquilo, ele fazia as diferenças entre o Ministério Público interveniente, Ministério Público parte e assim por diante. E, também, já tinha tido contato com o único livro que havia sobre Ministério Público, que era um livro de Mario Dias, primeira edição de 1942, que foi ano em que houve o primeiro Congresso de Ministério Público em São Paulo, Congresso Nacional. Tem uns anais, aliás, muito bem feitos. E, depois, a segunda edição de 1955. Além disso, mantive contato com os trabalhos do Alfredo Valadão. O Alfredo Valadão era o pai do nosso Aroldo Valadão. Era uma figura muito interessante. Ele é o autor do *“Ministério Público como quarto Poder”*. Ele é quem cunhou isso, em 1915.

M. Klang: Em 1915?

SAF: Em 1915. Ele colocava, com toda propriedade, porque o Ministério Público era uma magistratura. Não magistratura: juiz. Pelo contrário, ele fazia bem – porque o nosso Rui Barbosa também dizia que era magistratura, mas considerando o MP como membro do poder judiciário. Como, aliás, nosso Ministério Público aqui. Pouco antes de eu entrar, o Ministério Público estava no código de organização judiciária. E, aí, o Alfredo Valadão acentuava a magistratura, a magistratura no sentido do “*Magis*”, do que é superior, tal como foi colocado depois: o Ministério Público como um dos poderes do Estado, fazendo parte do Poder Político do Estado. E ele fazia bem a distinção: que o Ministério Público não legisla, não julga, não executa, ele promove a justiça. O que está de acordo com o nome Promotor. Sempre achei que nós éramos uma instituição – primeiro uma instituição, isso que é importante – e depois uma instituição de provedoria de justiça, o que veio a ser consagrado pela Constituição Federal. Isso tudo me levou a fazer o concurso e a seguir a carreira.

M. Klang: Você atuou, Sérgio, como Subprocurador-Geral, chegou, se não me falha a memória, a exercer a Procuradoria-Geral durante um período, chefiou muitas assessorias... Conte-me um pouco da sua trajetória dentro do Ministério Público.

SAF: Iniciei como Defensor. Estávamos comentando aqui antes sobre a precariedade das instalações, não havia instalação. Só para ter uma ideia, a Procuradoria ocupava um pequeno espaço naquele prédio mais antigo do fórum da Rua Dom Manuel, nº 29, se não me engano. Tinha duas salas. O Procurador-Geral ficava imprensado contra a parede. E tinha o banheiro. Logo na primeira eleição, depois que entrei, eu fui eleito (Conselheiro) membro da diretoria da Associação. Era bibliotecário. O único livro que a biblioteca tinha estava dentro de um armário, dentro do banheiro. Não tínhamos instalação nenhuma. Desde logo, fui chamado pelo Procurador-Geral Arnaldo Wald para dirigir o estágio forense e a assistência judiciária de uma forma mais completa.

M. Klang: Isso, se não me falha a memória, em 1966.

SAF: [19]66. Aí eu organizei aquilo. Não só aquele primeiro atendimento com alimentos, como também dirigia os estagiários. Consegui, naquela época, um estágio remunerado para alguns estagiários. Havia concurso para se habilitar.

M. Klang: O que era uma proeza. Isso era uma proeza!

SAF: Com a Fundação Mudes, Movimento Universitário de Desenvolvimento Econômico e Social.

M. Klang: Que existe até hoje.

SAF: Logo depois, eu fundei com Paulo Dourado de Gusmão a Revista de Direito do Ministério Público. Ela foi criada em 1966 e fomos para o primeiro número em [19]67.

M. Klang: Ainda era Procurador-Geral o Arnaldo Wald?

SAF: Ainda era o Arnaldo Wald. Depois, continuei com o Leopoldo Braga. Voltei, depois, para as funções normais. O Fischer me convidou para ser segundo Subprocurador, que era aquele que atuava perante os órgãos judiciais. Então, atuei muito no Tribunal Pleno, atuei muito no Conselho da Magistratura, que eu gostava muito, era matéria de Direito Administrativo. Cheguei a Conselheiro da AMPERJ com inúmeros mandatos.

M. Klang: É?

SAF: E tive, então, ocasião de participar da feitura de inúmeras leis. Inclusive, aquela lei de nivelamento não só do pessoal que veio do Estado do Rio, mas também nosso (nós que viemos da Guanabara). O que me deu muita satisfação foi participar da elaboração do anteprojeto que resultou na Lei Complementar nº5.

M. Klang: Sim.

SAF: De [19]76, que foi a nossa primeira Lei Orgânica realmente e que solucionou as questões de diferenças de classes e da interpenetração dos dois Ministérios. A fusão dos dois.

M. Klang: [Por]que a estrutura dos Estados era completamente diferente.

SAF: Exatamente. E sempre dizem que eu fazia leis com vírgulas etc. Trouxe até um dos modelos de lei, se tiver tempo, por curiosidade, gostaria de ler só um artigo para terem uma ideia de como a gente fazia.

M. Klang: Faz favor. Isso é memorável.

SAF: É. Isso é interessante. Diz aqui. É a Lei nº 811. *“Fica estabelecida a extensão, em caráter definitivo, da gratificação que é devida em razão da lei número ‘tal’. Considerando o disposto no artigo 17 da lei ‘tal’, sem prejuízo da continuidade do pagamento da percepção das vantagens outorgadas, atribuídas pela lei número ‘tal’.”*

M. Klang: É uma lei verdadeiramente Sérgio de Andréa.

SAF: Isso era importante na época, porque o Ministério Público não tinha a força que tem hoje. E para que isso pudesse passar...

M. Klang: Eu me recordo dos artigos que falavam mais ou menos o seguinte: *“A lei número ‘tal’, de ‘tanto do tanto’, a que não se refere à lei número ‘qual, de tanto do tanto’, deixa de ser aplicada pela lei número ‘tanto do tanto’ quando a lei número ‘tanto do tanto’ não for aplicada.”* Era mais ou menos assim, entendeu? Você lia e você entendia claramente coisa nenhuma.

SAF: Eu participei sempre de muitos Congressos.

M. Klang: Mas isso tinha um motivo.



Dr. Sérgio de Andréa Ferreira - acervo pessoal

SAF: Do Ministério Público daqui, de outros estados, congressos nacionais. E sempre gosto de acentuar a importância que o Ministério Público do Antigo Estado do Rio teve nisso que desembocou na nossa posição na Constituição de 1988. Porque os congressos do Ministério Público, embora ditos regionais, atraíam pessoas e colegas de todos os estados. E, lá, em um deles, o de Petrópolis, de 1970, foi posta a ideia da criação da CONAMP. Isso também favoreceu muito a aproximação do Ministério Público do Antigo Estado do Rio com a antiga Guanabara, então, eu considero que isso é uma coisa muito importante. Até hoje, modestamente, sempre procuro colaborar. Fiz o estatuto do CEPROJUS.

M. Klang: Ah. Sim. Nossa presidente está aqui.

SAF: Dei o parecer que propiciou a concessão do MPMED. Porque havia posições contrárias, que achavam que a legislação não permitia a celebração de convênio com a CAMPERJ, queriam que a CAMPERJ entrasse com uma licitação. Coisa que não teria cabimento.

M. Klang: Agora, vamos entrar em um assunto que eu sei que é um dos seus prediletos: A Resolução 68/1979, editada pelo então Procurador-Geral de Justiça Dr. Hermano Odilon dos Anjos, foi elaborada basicamente em cima de um projeto que você criou sobre as Curadorias de Fundações. Aqui, temos um outro ex-Curador de Fundações presente. Eu também fui Curador de Fundações, foi uma parte importante na minha vida profissional. Eu queria que você falasse um pouco sobre essa Resolução e sobre o mundo das Fundações, que é uma coisa que pouca gente tem noção da importância, e o papel do MP.

SAF: Isso. Como nós sabemos, o Código Civil de [19]16, (bom, lá claro que há a pré-história disso tudo, mas vamos nos fixar no Código Civil de 1916) que atribuiu ao Ministério Público local a atribuição de velar pelas Fundações. Sempre me pareceu um termo muito interessante. Embora com a mesma origem etimológica de vigiar – e a Constituição, em vez de velar, ela usa “zelar”, não é que nós sejamos contra ou queiramos menosprezar os zeladores.

M. Klang: Mas nós não somos “zeladores”.

SAF: Eu sempre disse que o velar pelas Fundações não era o velar de velório. Era o velar pela criança ou pelo doente, dependendo do estado da Fundação etc., quer dizer, uma coisa atípica.

M. Klang: Deixa só eu interromper, porque já falei isso em um outro programa e agora vem a calhar. Em 1871, foi editada uma lei que dava ao Promotor Público o encargo de velar pelos inocentes que eram os filhos das mulheres escravizadas. Esses inocentes já eram livres pela Lei do Ventre Livre. Desculpe interromper.

SAF: Mas então: o Ministério Público aqui do Distrito Federal entregou essa missão aos Curadores de Resíduos. Ora, o Curador de Resíduos atuava perante uma vara, de modo que, quando recebia o processo, a prestação de contas ou de aprovação de estatutos, ele funcionava. Mas ele não tinha nenhuma estrutura, não tinha ideia nenhuma do universo das Fundações.

M. Klang: Nenhum controle.

SAF: Com a assunção, na Procuradoria-Geral, do professor Clóvis Paulo da Rocha, grande civilista, ele se interessou em criar a Curadoria de Fundações. Ele sempre que encontrava comigo dizia: "(...) vou criar aqui com Chagas Freitas, preciso de você lá (...)". Isso porque eu já tinha feito a tese sobre Fundações lá para faculdade, para o concurso. Dessa forma foi criada, levou um tempo para implementar...

M. Klang: Ah... Quer dizer, as Fundações constituíram sua tese de livre-docência na UERJ?

SAF: Na UERJ, isso! Foi implementada já na gestão do Procurador-Geral de Justiça Hermano Odilon dos Anjos. Era uma época de promoções. Criou-se o cargo de Curador de Fundações, tinha lá um lugar e foi nomeado o Dr. Carlos Maximiliano Neto, mas ele não se interessou, ele preferiu ficar em Curadoria de Órfãos e Sucessões. E, então, o Hermano me convidou. Eu fiquei, portanto, em substituição durante algum tempo. Depois, quando fui promovido, fui promovido para lá. Lá, eu encontrei o caos! Fundações que não mais existiam, Fundações que estavam acéfalas ou não tinham os órgãos todos e assim por diante. Eu, então, tive primeiro que trabalhar em cima disso, para que só as Fundações viáveis ou, como se diz hoje, sustentáveis, estivessem lá presentes. Com essa experiência, eu elaborei a minuta dessa resolução.

M. Klang: Resolução nº 68/1979?

SAF: Exato. Em que reuni toda essa minha experiência: as vedações, as exigências, tudo aquilo.

M. Klang: E toda aquela estrutura, não é?

SAF: Exatamente. Porque logo a lei que criou a Curadoria criou a estrutura. Era uma estrutura, primeiro, só com uma funcionária. Aliás, pessoa muito distinta, Dra. Lélia, me acompanhou o tempo todo! Depois, a estrutura ficou mais forte e pudemos então trabalhar utilizando a resolução. Foi uma satisfação muito grande minha. A resolução ainda está em vigor, portanto, são 39 anos de permanência.

M. Klang: E Fundações essas que são universidades... Não é isso?

SAF: Ah... De tudo. Porque, em certo momento, com a “fusão”, vieram as Fundações do interior. Então, tivemos que dividi-la em Curadoria da capital, Curadoria do interior. E sempre com a palavra Provedoria. A Curadoria de Fundações, isso é importante, era, na verdade, a única, tirando a Defensoria, no começo, que tinha um contato direto externo com terceiros. E isso, como as pessoas que criam Fundações elas fazem as dotações, são empresas, grandes fortunas etc., era importante ter uma estrutura e uma atuação que não só as acolhesse, as orientasse e, se fosse o caso também, reprimisse. Havia muita luta com o judiciário. O judiciário achava que nós não tínhamos autoexecutoriedade. Eu fiz a intervenção em uma Fundação. A intervenção o judiciário achou que não podia, que ele que tinha que fazer isso. Essas coisas normais. Interessante notar que a própria Curadoria, modéstia à parte, se destacou tanto nesse “conserto”, que criou uma certa inveja dentro do próprio Ministério Público. Eu era Curador e disseram que eu queria ser Subprocurador ou Super-curador. E, assim que o Hermano saiu, a primeira providência foi procurar e perguntar: “Foi publicada a resolução?” Porque ele assinou nos últimos dias. Eu digo: “Ah, foi. Felizmente”. Porque, se não tivesse sido publicada, ela teria sido certamente revogada. Então, é uma luta e ela está aí. Depois, vieram os brilhantes Curadores. Esteve lá conosco o Pedro Fontoura, o Edson também esteve lá. De modo que a Curadoria está aí e o Ministério Público hoje está aí, de face voltada para a sociedade, porque é isso que é importante.

M. Klang: Sim. Sim.

SAF: Eu sempre gosto de citar o Roberto Lyra, você tem o Valadão, essa turma toda. Mas cito o Roberto Lyra que diz que o Ministério Público, ele é público porque pertence ao Poder Público, integra o Poder Público. Mas ele é o Ministério Social. E essa que é a função das Fundações. As Fundações cresceram muito em todos os campos, em emissoras de rádio e assim por diante. Foi o primeiro órgão que cuidou das Fundações de Previdência Complementar. Não havia ainda legislação de Previdência Complementar, depois foi criada. Então, tudo isso, tenho a impressão de que foi e é muito importante para o Ministério Público, hoje muito mais aberto à sociedade.

M. Klang: E também funcionando no controle da aplicação daqueles recursos nas auditorias. Auditoria operacional, auditoria contábil...

SAF: Ah. Sem dúvida. Isso tudo foi se criando. Não se conseguiu criar cargos de auditor, mas a gente foi desenvolvendo aquilo e, enfim, a coisa funcionava bem.



Talk show – Dr. Márcio Klang, Dr.^a Déa Araújo de Azeredo e Dr. Sérgio de Andréa Ferreira

Segundo Bloco – Déa Araújo de Azeredo

M. Klang: Quem é Déa Araújo de Azeredo?

DAA: Olha, Déa é uma pessoa muito feliz. De uma origem pobre, mas feliz, porque eu nunca assisti a brigas de pai e de mãe... Pobre, lutamos com muito sacrifício.

M. Klang: Você nasceu em que cidade?

DAA: Campos.

M. Klang: Ah... Nasceu em Campos.

DAA: Porque meu pai era militar, da Polícia Militar. Então, para onde ele ia, mamãe ia. Ela carregava todo mundo.

M. Klang: Eram muitos irmãos? Muitos filhos?

DAA: Éramos sete. Um nascido em cada município. Eu e meu irmão, que já morreu (já perdi todos), somos de Campos. Um era de Niterói. Outro nasceu em Bom Jardim. Outro nasceu em Itaperuna. E o outro, em Porciúncula e eu, em Campos.

M. Klang: E você continuou em Campos até que idade?

DAA: Eu vim cedo para Niterói. Vim com uns seis anos. Fiz o curso primário todo em Niterói.

M. Klang: Déa, e você, depois, entrou para a faculdade de Direito de Niterói?

DAA: De Niterói. No último ano, ela foi federalizada e virou a primeira turma da UFF - Universidade Federal Fluminense.

M. Klang: Interessante. Meu pai estudou na faculdade de Direito em Niterói. Só que ele se formou muito antes de você ter entrado. Ele se formou em 1956. Lembro-me de que ele falava muito de um professor: Álvaro Sardinha.

DAA: Álvaro... Amava. Eu amava Álvaro Sardinha. Ele era professor de Direito Penal. Maravilhoso. Excelente professor.

M. Klang: Você se formou em [19]70?

DAA: Não. Em 1962. Em 1974 eu entrei no concurso!

M. Klang: E por que é que você resolveu fazer concurso para o Ministério Público?

DAA: O Ministério Público para mim é tudo. O Ministério Público entrou na minha vida através de Denise de Souza Soares. Uma grande Promotora e Procuradora aqui do Estado do Rio.

M. Klang: Conheci.

DAA: Direito foi meu irmão. Eu admirava meu irmão. Ele era advogado e eu tinha uma admiração muito grande por ele.

M. Klang: Ele era advogado na área de Direito Penal?

DAA: Criminal. Sempre atuou no crime. E, para ele, até quando eu escolhi fazer concurso para Promotor, ele estranhou: “Ora... Você trabalhou comigo, gostava tanto, por que não faz para Defensor?” Eu disse: “E Denise?” Denise me influenciou muito!

M. Klang: Porque Defensoria Pública no antigo Estado do Rio era separado do Ministério Público. Era uma carreira à parte. Era Assistência Judiciária, não é isso?

DAA: É. E quando nós entramos já era separado.

M. Klang: E o concurso foi difícil? Foi complicado, foi demorado?

DAA: Eu tenho uma satisfação enorme da minha turma, da qual Hugo Jerke fazia parte. Foi um concurso que... De mais de mil candidatos, passamos 28.

M. Klang: Quem era o Procurador-Geral?

DAA: Francisco Gil Castelo Branco.

M. Klang: Como é que era, nessa época que você entrou, você entrou já na véspera da fusão, em 1974, mas você ainda pegou o

Ministério Público do antigo Estado do Rio com cara de Ministério Público do antigo Estado do Rio. Como é que era o Ministério Público do antigo Estado do Rio? Quer dizer, como é que ele se diferencia do que você encontrou depois da fusão?

DAA: Ah... Eu vim para o Rio e o problema foi muito chato porque não fui recebida muito bem. Aliás, nenhum de nós do antigo Estado do Rio acredito que tenha sido recebido tão maravilhosamente! O Hugo Jerke lembra, inclusive, na escolha... Uma colega do antigo Estado do Rio, que estava escolhendo na nossa frente, virou e disse, na véspera da nossa escolha: “Qualquer comarca, qualquer vara que derem pra mim, menos a vara de Execuções Penais”. No dia seguinte, ela estava na Vara de Execuções Penais. (risos)

M. Klang: (risos)

DAA: Aí, quando chegou a minha vez, o Hugo Jerke já sabia que eu gostava muito do Júri. E eu vi o que aconteceu com a outra – e, por incrível que pareça, a pessoa era auxiliar do Subprocurador aqui do Rio e era nossa colega do antigo Estado do Rio. Eu virei para ela e pedi: “Olha”, em um tom baixo, “Eu queria ver se eu ia para a Vara de Entorpecentes”. Mas ela falou alto: “A Vara de Entorpecentes, essa Vara já está escolhida”. Não estava nada. Aí, eu virei e falei: “Então, me dá o Júri mesmo. Só tem esse agora”. Ela, pois, disse assim: “Qual Tribunal você quer?” eu falei “Olha, eu gostaria de ter o primeiro, porque ele tem muita repercussão. É um tribunal que dá visão”. “Também já está comprometido”. Eu disse “Então está bem”. Então, fui para o segundo Tribunal do Júri, que era o que eu queria. (risos)

M. Klang: (risos) Houve uma logística.

DAA: Hugo e Décio atrás, rindo. Ele virou, pois, para mim e disse: “Mas você sempre fez júri. O que é isso?” Eu respondi: “Mas você viu o que aconteceu com a Ana Maria? ‘Qualquer Vara’”. Para onde ela foi? Eu não quero só a ‘Execuções’. Poderia ir para qualquer uma, puseram-na lá. Por que eu vou, sabendo o que aconteceu com ela, eu vou...? Tinha que dizer que queria outra para me mandarem para lá. E foi onde eu caí. Nós ocupávamos a nossa comarca e éramos substitutos da outra comarca; quando entrava de férias um Promotor, eu, por exemplo, que estava em Natividade, tinha que responder por Porciúncula quando o Olegário entrava de férias. E vice-versa. E era assim. Depois, em Araruama, respondia por São Pedro da Aldeia.

M. Klang: E com uma infraestrutura fantástica, não é, Déa? Uma sala maravilhosa. Computadores. Funcionários.

DAA: Não tinha. Nunca.

M. Klang: Carro oficial na porta. Era uma beleza. Banheiros suntuosos.

DAA: Auxílio moradia.

M. Klang: Sim... Isso... Telefones tinham várias linhas.

DAA: PS1 (Posto de Serviço 1). Uma maravilha.

M. Klang: PS1. (risos). Explica. Legenda. PS1 era um posto de serviço da cidade que você pedia a ligação, esperava cinco horas para completar uma ligação telefônica. E você mal conseguia. Eu também peguei PS1 em Cambuci.

DAA: Entrei com 28. Eu fui para a comarca de Natividade. E fiquei lá em Natividade durante quase dois anos.

M. Klang: Explique-me uma coisa. Enfim. Eu sei disso, mas muitos talvez não saibam. O Promotor em Natividade, você era a “clínica geral”, você fazia tudo: júri, falência, família, tudo?

DAA: Tudo! O Promotor no interior fazia tudo. Não tinha o substituto. Substituto só nas férias.

M. Klang: E olhe lá.

DAA: É. Era tabelar, não ganhava para isso não. Era tabelar.

M. Klang: E como é que era o relacionamento do antigo Estado do Rio, entre a magistratura do antigo Estado do Rio e o Ministério Público do antigo Estado do Rio? Era bom? Não era? Tinha ruído?

DAA: Não. Tinha juiz chato. Mas nós íamos levando. E atravessamos. Eu dei muita sorte. Só peguei como titular um juiz que está vivo até hoje, o doutor José Carlos Pinheiro da Costa. E depois eu fui promotora do doutor Lara, Paulo Lara, em Itaperuna, que para mim foi uma nova aula. Era um civilista...

M. Klang: Itaperuna já era muito pesado, não é?

DAA: Não. Eu era de Natividade, respondia por Itaperuna. Depois, quando já tinha quase dois anos de Natividade, eu concorri e ganhei Araruama.

M. Klang: Déa, e quando você estava fazendo um júri, empolgada em uma acusação, e o advogado começava a fazer aquelas interrupções propositais para interromper a sua sustentação? Como é que você reagia a isso?

DAA: Quando nós viemos para o Rio, quando eu vim, fui promovida e fui fazer júri, eu no meu primeiro júri tive um, logo um...

M. Klang: Impacto?

DAA: Cheguei, encontrei o plenário todo tomado, cheio. Então, eu mexi com a escrivã que era Dona Jolinda: “Dona Jolinda, será que esse plenário está tão cheio para receber a nova Promotora?”

M. Klang: É. Isso acontecia no interior!

DAA: Ela virou, pois, e disse assim: “Não, doutora, isso é porque o advogado é professor”.

M. Klang: Ah...

DAA: E ele traz os alunos todos para o Júri. Eu disse: “Então, se eu conseguir a condenação hoje, ele vai sair daqui muito chateado, não é? Porque trouxe uma turma inteira!”. Ela me olhou assim... Era meu primeiro Júri, estava estranhando aqui no Rio. Mas ele não me deixou falar! Ele soube que a Promotora veio do antigo Estado do Rio e ele pensou que eu estava acuada. Só que ele não sabia que a gente vinha com mais garra para mostrar o que a gente sabia. E quando eu comecei a falar, antes de acabar de fazer a saudação, ele já estava falando junto comigo e levou uns 10 minutos, eu não conseguia falar. Ele dizia “Ah porque...” e virava: “Eu não estou ouvindo nada!” Então, eu falei assim: “Vossa Excelência precisa usar Viennatone” [um tipo de aparelho auditivo]. Aí já viu! Os próprios alunos dele é que riram. Mas ele não me deixava falar!

M. Klang: É. Isso é uma tática, né?

DAA: É. Eu disse para ele: “Olha aqui, se Vossa Excelência quiser um à parte, eu vou dar, não vai ter problema nenhum. Pode, Vossa Excelência, *apartear* quantas vezes quiser. Mas, quando eu falar, deixe-me falar”. Logo, teve uma hora em que eu já estava...

M. Klang: Perdendo a paciência?

DAA: [Dr. Déa assentiu com a cabeça] Então, teve uma hora em que ele disse: “Eu não estou ouvindo nada que essa mulher está falando”. Eu disse: “Já vi que Vossa Excelência tem que usar Viennatone”. Dez minutos depois ele disse: “Eu não estou entendendo nada”. Eu respondi: “Doutor Juiz, peço a Vossa Excelência que suspenda o conselho de sentença. Eu não posso prosseguir na acusação. O advogado, além de surdo, não entende! O réu está indefeso.”

M. Klang: (risos) Olha, muito bem lembrado.

DAA: Eu acho que foi nessa hora que eu firmei a minha posição ali no Júri, porque o próprio Juiz abaixou a cabeça para rir. Era a pior coisa do mundo que podia acontecer para um advogado...

M. Klang: É sim. É dizer que o réu está indefeso.

DAA: Aí o Juiz virou e falou assim: “Olha, para acalmar e tal, dez minutos para que os jurados...” O juiz me disse: “O Déa...” [Dra. Déa falou para o juiz] “O senhor queria que eu fizesse o quê?” [O juiz lhe respondeu] “Não. Está certo. Ele não deixava você falar”. [Dra. Déa complementa] “Não deixar falar tudo bem. Mas dizer que não entende e é surdo?! Desse modo, o réu está indefeso”.

M. Klang: (risos) Aí o réu está indefeso.

DAA: Está indefeso. Aí eu sei que quando voltou foi uma maravilha... Ele perdeu, mas era um júri que ele até poderia ganhar.

M. Klang: Conte-me, por favor, Déa, um caso marcante ou um processo importante que você ainda guarde na memória. Ou um caso no Tribunal do Júri ou um caso de juiz singular. Enfim, um processo que tenha te marcado.

DAA: Eu não tive problema no Tribunal do Júri. Como você falou com relação a advogado, quando eu entrei... Nós éramos do antigo Estado do Rio e realmente houve uma distância para nós. Mas o que a gente ia fazer? Tinha que fazer, não é? E eu fui recebida no Júri até com má vontade dos nossos colegas. Um já morreu e o outro é meu amigo até hoje! Eu nunca consegui ser vaidosa a ponto de ter que levar gente para o júri para assistir. Eu cheguei ao Júri, logo no meu primeiro Júri lá, no dia que eu estava assumindo a titularidade e fui procurar os colegas para fazer uma pergunta sobre como eles trabalhavam no Júri, no tribunal, porque nós tínhamos a vara adjunta, não é que era o Verani que era o Juiz auxiliar que fazia o sumário. O Juiz sumariante.

M. Klang: O sumário.

DAA: Eu queria saber para não haver uma disparidade e perguntei: “Como vocês costumam trabalhar”? Quando eu fui chegando perto dos colegas, na situação em questão um dos meus colegas disse: “Eu estou ocupado agora ouvindo uma testemunha”.

M. Klang: Hum...

DAA: O que eu ia fazer?

M. Klang: Sei.

DAA: Esperei um pouco. Ainda fiz um [comentário]: “É, mas não devia não. Ficar escondido ouvindo testemunha que vai para Júri?! Não tem que esconder ninguém não”. Mas... Esperei. Quando a testemunha saiu, ele falou assim: “Agora você pode entrar”. Eu entrei. Eu disse: “Eu quero informar, se é que vocês não sabem, que eu fui promovida à primeira categoria e à titularidade do 2º Tribunal do Júri, no lugar do Doutor Ravena”. [Dra. Déa continua] “Então, eu queria saber como vocês trabalham, para que não haja uma ‘solução de continuidade’”.

M. Klang: Sim.

DAA: Mas, então, um outro colega disse: “Eu e o Doutor ‘fulano’ fazemos o plenário e o resto faz o sumário”. Eu disse: “Então, vocês vão fazer o sumário, porque vocês são o resto. Eu sou titular, vocês não são”.

M. Klang: (risos) E fez muito bem. Por falar em plenário...

DAA: Campista!

M. Klang: Eu tenho uma perguntinha que não quer calar.

DAA: Fala.

M. Klang: Você costumava, quando era o caso, pedir absolvição no plenário?

DAA: Pedi muita absolvição em plenário. Se eu, lendo o processo, estando comigo há vários dias cheguei à conclusão, eu não ia chegar lá para os jurados e dizer “justiça”. Justiça somos nós que promovemos. A justiça é feita absolvendo ou não.

M. Klang: Sim. E, isso, você não acha que dá uma certa credibilidade ao Promotor? Quer dizer, quando ele está convencido que o réu é inocente ele poder falar isso.

DAA: Eu ainda chamava atenção dizendo: “Os senhores devem ter percebido que eu não li o libelo. Isso é porque não vou sustentar”. E aí, eu explicava. Graças a Deus, eu estava certa naquele posicionamento. Eu não ia deixar na mão dos jurados um negócio desses.

M. Klang: Aconteceu alguma vez...? Eu nunca vi isso acontecer na prática, mas aconteceu alguma vez, Déa, de você ter pedido absolvição e o réu ser condenado? Eu não sei se isso é possível, se é factível.

DAA: Não. Nunca houve.

M. Klang: Nunca houve, não é? É impossível, porque se não há pedido de condenação, ele não pode ser condenado.

DAA: Até porque eu explicava muito bem o que era o processo. Quando eu entrava ali explicava ao júri o porquê daquela conclusão.



Dr. Márcio Klang , Dr.^a Déa Araújo de Azeredo e Dr. Sérgio de Andréa Ferreira no Talk Show

Terceiro Bloco – Déa Araújo de Azeredo e Sérgio de Andréa Ferreira

- Reflexos da Constituição de 1988

M. Klang: Esse ano, 2018, está completando 30 anos da nova Constituição, que de nova já não tem tanta coisa assim. É a Constituição de 1988. Um pouco delirante, talvez, mas uma grande Constituição. Qual foi a participação do Ministério Público, seja ele Federal, seja ele Estadual, na elaboração desta Constituição que o Ulysses Guimarães chamou de “Constituição Cidadã”? Como é que nós participamos e como é que essa Constituição impactou no Ministério Público? Existe, realmente, um MP antes da Constituição e depois da Constituição ou ela não foi tão relevante assim?

SAF: Como eu salientei antes, o Ministério Público não vinha tendo através dos tempos uma posição definida. Nós, na Constituição de 1967, chegamos a ser colocados no Poder Judiciário. Depois, em 1969, isso foi corrigido.

M. Klang: Não que isso seja nenhuma desonra, mas não é o nosso lugar.

DAA: Eu já entrei em 1974.

SAF: Como eu disse, o nosso estatuto, a nossa Lei Orgânica, constava no código de organização judiciária. Só em 1947, eu digo aqui no Ministério Público local, surgiu a primeira lei que tratou do Ministério Público separadamente. Além disso, o Ministério Público estava sofrendo uma restrição. Do ponto de vista de posição, nós estivemos durante a Guanabara dentro da Secretaria de Justiça. O Secretário que era o Alcino Salazar e o Procurador-Geral que era o João Baptista Cordeiro Guerra. Tudo isso fazia com que nós tivéssemos uma série de dificuldades. Toda essa precariedade a que nos referimos aqui se apresentava: não tínhamos autonomia, não tínhamos orçamento próprio, não tínhamos isso, não tínhamos aquilo etc. Então, a Constituição, é claro que é o produto de toda uma evolução. Apesar de ser uma lei da ditadura, a Lei Complementar nº 40, de 1981, procurou institucionalizar com limitações.

M. Klang: Foi ditada na época do presidente João Figueiredo?

SAF: Na época do João Figueiredo. Era o nosso Vasco Leitão da Cunha que era o Ministro da Justiça. Como não poderia deixar de ser no tom ditatorial. Mas, de qualquer forma, institucionalizou. E, depois disso, foi evoluindo. Por exemplo, nós tivemos a oportunidade de, ainda no governo Leonel Brizola, que tinha se comprometido a isso, de eleger o Procurador-Geral. Foi eleito o Procurador-Geral.

M. Klang: Antes, o Procurador-Geral era de livre escolha do governador, não é isso?

SAF: De livre escolha. Eu gostaria apenas de colocar que, enfim, apenas uma questão de oportunidade cronológica, que tive a oportunidade de produzir o primeiro livro sobre os princípios institucionais do Ministério Público. Isso em 1973, depois, teve novas edições.

M. Klang: O ano em que me formei.

SAF: Parece-me que foi então que o Clóvis Paulo da Rocha trouxe para o curso essa matéria: os princípios institucionais, que também ajudou a se pensar nesses princípios, não é? Inclusive, as garantias, as atribuições e assim por diante. No momento imediatamente anterior à Constituição, as dificuldades eram muito grandes. Lembro-me de um congresso nacional em São Paulo em que se procurava uma saída para o Ministério Público ter meios,

poder se afirmar etc. O que aconteceu é que a partir do trabalho da CONAMP e das Associações, especialmente a nossa AMPERJ, mas todas, não somente a nossa, São Paulo etc. Havia Ministérios Públicos muito ativos, como o do Espírito Santo, o do Rio Grande do Sul, o de Santa Catarina, o do Paraná, o de Alagoas... E isso fez com que essas forças se unissem e atuassem junto à Constituinte de uma forma muito efetiva.

M. Klang: Para assegurar o que acabou sendo assegurado.

SAF: Para assegurar essa posição dentro daquelas instituições que exercem funções essenciais à justiça, mas com uma posição de verdadeiro quarto poder. É claro que nós, permanentemente, sofremos tentativas de limitações sobre a capacidade investigatória... Tem sempre alguma coisa para nos diminuir.

M. Klang: Exatamente. Até porque nós mexemos com os poderosos.

SAF: O Ministério Público não foi feito para desagradar ninguém, mas também não foi feito para agradar ninguém. Então, ele tem que contrariar muitos interesses etc. Quanto mais ele se afirma, mais contrariedades haverá. Então, o Ministério Público ali na Constituição se colocou bem: embora não seja um poder, também não está subordinado, integrando nenhum poder e tem, enfim, as suas garantias. Mas sempre temos as limitações.

M. Klang: O senhor poderia imaginar uma Lava Jato sem essas garantias constitucionais? Não seria factível, não é, porque na mesma hora...

DAA: Estaria exonerado.

M. Klang: É.

SAF: Sem posto de gasolina e sem Ministério Público não tem Lava Jato. Disso aí não há dúvida. Então, o Ministério Público se fortaleceu sem dúvida nenhuma. E, como disse ela, Déa, nossa deusa, no Ministério Público criou-se uma noção de Ministério Público Nacional. Mas você sabe, tem sempre as forças contrárias, quer dizer um Conselho Nacional do Ministério Público, um Conselho Nacional de Justiça, ele não tem nada de controle interno, ele é um controle externo.

M. Klang: Tem uma particularidade aqui que eu acho que é digna de registro. Naquela época, se eu não estou enganado, o Ministério Público Federal, que era a Procuradoria-Geral da República, tinha uma dupla função, não é verdade? Eles tinham uma amarração institucional complicada porque ao mesmo tempo em que eles eram Promotores, Procuradores, eles eram Procuradores do Estado, eles defendiam os interesses da União Federal.

SAF: É sim. Exato. Você sabe, quando eu estive lá no Tribunal Federal, eles não sabiam lidar com a parte criminal.

SAF: Eu gosto sempre de citar, quando eu disse que o Ministério Público ocupava uma sala pequena e uma antessala, lá onde ficavam os secretários, funcionários etc. Quando fiz concurso, presidido pelo Procurador-Geral João Baptista Cordeiro Guerra, secretariado pela Dra. Amélia Duarte, a primeira mulher do Ministério Público, nós tínhamos, parece que, três funcionários na Procuradoria.

M. Klang: Três?

DAA: Três! O pai do Aníbal e mais duas pessoas, duas senhoras. E conseguiram realizar o concurso a contento. Então, isso se perpetuou. Quando o Arnaldo Wald conseguiu, com o Negrão de Lima, a aquisição dos dois andares da Nilo Peçanha nº 12, um estava vazio, o outro estava ocupado por Varas de Família que saíram depois. Aquilo estava em cacarecos. Então, o Arnaldo Wald, eu e o Luiz Sérgio Wigderowitz nos cotizamos para comprar as tintas, os pincéis e assim por diante. A mão de obra foi fornecida pelo nosso amigo que foi Procurador-Geral, foi diretor do DESIPE, Dr. Antônio Vicente. Ele forneceu dois presos. Nós ficávamos muito preocupados, não havia todo esse sistema de semiaberto, semifechado, progressivo etc. Era um trabalho extramuros e não tinha nenhum controle. Nós desconfiamos de um, sempre conto isso, que ele ia fugir. Então, devolvemo-lo. Veio outro. O primeiro terminou a pena. O outro continuou até o final das obras. E aquele outro realmente fugiu em outro trabalho. Bom, em certo momento, naquela sala que vocês conheceram, a porta quebrou. Caiu, quebrou. Eu tive que comprar outra porta. Sim, porque as partes começaram a debochar: “O senhor aqui tem uma porta aberta para a sociedade”. Temos que fechar porque exige também um certo recato. Então essa é a história.

SAF: Queria só fazer uma colocação do ponto de vista federativo. O Rio de Janeiro [foi] sede da colônia, sede do reino. Depois, foi município neutro, dominado pelo imperador. Criou-se o Distrito

Federal, não elegíamos o prefeito, ele era de livre nomeação e exoneração do presidente da República. Elegíamos uma Câmara Municipal, mas algumas leis eram feitas pelo Senado, só para ter uma ideia! Surgiu, então, a emenda constitucional, da Constituição de 1946, número dois, que nos dava autonomia para eleger o prefeito. Nesse momento, foi implementada a mudança da capital e, como tinha sido previsto na Constituição de 1946, foi criado o Estado da Guanabara. Aliás, uma sugestão, na época da Constituinte, do pai do professor Afonso Arinos. Para nós aqui no Rio, aquilo era uma maravilha, porque nós éramos autônomos, era uma cidade-estado e tínhamos autonomia. Tínhamos os impostos estaduais, os impostos municipais etc. Alguns anos depois, 15 anos depois ou 14 anos depois, sem consultar, sem fazer plebiscito algum, seja do Estado da Guanabara, seja do Estado do Rio.

M. Klang: Goela abaixo...

SAF: O Estado do Rio também não queria. Então, fez-se a fusão que, na verdade, como dizia o Paulo Ventura, o Desembargador, foi uma incorporação da Guanabara ao Estado do Rio, porque o município foi o que restou...

M. Klang: O que eu percebo é que o pessoal da antiga Guanabara, como era Promotor só na capital, você não tinha a experiência de comarca, não é isso? Você trabalhava na vara “x” ou na vara “y”, mas tudo no Rio de Janeiro. Quem passou, como nós passamos, pelas comarcas, era uma experiência diferente mesmo. Você tem contato com o prefeito, com o padre, com o delegado... Você passa a fazer parte daquela vida comunitária, não é isso?! Então, você cria uma sensibilidade social diferente da sensibilidade social de quem estava no Rio de Janeiro. Porque era uma outra experiência, um outro enfoque da coisa. Era mais gabinete. Lá nas comarcas, às vezes você ia à delegacia, você participava das eleições nos distritos do interior, prendia gente, era uma outra vida de Promotor. Então, isso explica porque teve um certo ruído na hora em que você teve que juntar coisas diferentes. É natural que acontecesse isso. Agora, isso foi se acomodando. A habilidade foi grande tanto da Procuradoria como da própria Associação [AMPERJ] que foi contornando aqui, contornando ali.

SAF: É. O papel da Associação foi fundamental, porque no primeiro dia foi registrada a nova Associação, na verdade a fusão das duas.

M. Klang: Das duas. Exatamente.

DAA: Devido ao Dr. Everardo [Moreira Lima].

M. Klang: Dr. Everardo que foi o primeiro Presidente.

Perguntas da Plateia

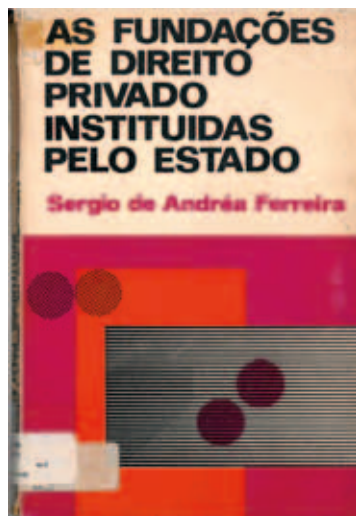
Dr. Hugo Jerke: Bom dia a todos. Primeiro, eu queria parabenizar, em primeiro lugar, nosso Procurador-Geral que retomou o projeto de Memória do Ministério Público. Um projeto que estava nas mãos do Dr. Sérgio Demoro Hamilton. Este projeto teve um problema de interrupção e retomou com a belíssima escolha do Dr. Márcio Klang para gerir esse projeto.

M. Klang: Boa vontade sua.

Dr. Hugo Jerke: Em segundo lugar, queria dizer que é uma grande honra estar aqui, ao vivo e a cores, com o Dr. Sérgio de Andréa Ferreira e a Dra. Déa de Araújo Azeredo. Mas eu gostaria de saber, do nosso querido Dr. Sérgio de Andréa Ferreira, com relação às Fundações. O Dr. Márcio passou por lá, eu também passei por lá.

SAF: Vamos fundo nela. (risos)

Dr. Hugo Jerke: O seu livro sobre Fundações é uma fonte inesgotável de consultas. Para o ingresso no Ministério Público, todos nós estudamos pelo livro do Dr. Sérgio de Andréa. Essa ideia da criação da estrutura da Provedoria de Fundações, com a Coordenadoria, que foi muito bem exercida pelo Dr. Sérgio de Andréa, com os colegas lá fazendo os trabalhos e o Coordenador fazendo o contato direto com as Fundações... Como surgiu essa ideia, essa configuração da Provedoria de Fundações?



SAF: Como eu disse, tudo se deve, em um primeiro momento, ao Clóvis Paulo da Rocha. E, então, devemos ser justos com o Chagas Freitas, sancionando... Sempre gostei de organização administrativa. Daí, tratar sobre Fundações instituídas pelo poder público. Sempre gostei disso. Então, com essa tendência, eu procurei sistematizar, tornar um sistema organizacional lá na Curadoria. Nós já tínhamos a Dra. Lélia e foi se estruturando. Foram preenchidos os cargos de segundo escalão, vamos assim dizer, e, então, eu pude imaginar a coordenação. Sempre gostei muito da palavra provedoria, que vem do *provider*, prover, mas ao mesmo tempo é prever, quer dizer: fornecer, dar os instrumentos. Sempre achei que essa palavra era muito boa. E criou-se lá a supervisão, vieram colegas ilustres como vocês depois, mais o Fux, o Pedro Fontoura, o Edson Guimarães, tivemos lá grandes colegas! O Arion Sayão Romita. E, então, pudemos desenvolver, com mais sistematização, organizando a parte de auditoria, pudemos organizá-lo com auxílio dos funcionários: o Pedrinho e outros, foi possível desenvolver. Confesso que sempre procurei fugir do judiciário em matéria de Fundações. Até hoje, o processo civil não sabe nada sobre Fundações. Tinha lá uns artigos só, poucos, que atrapalhavam, que eu ignorava completamente. A ideia era o processo das Fundações ir para o cartório para o juiz abrir vista para nós. Isso nós eliminamos completamente. Felizmente, eles também não acharam ruim, salvo quando eram atos mais graves, como aquele da intervenção, a qual me referi – foi proposta uma ação pelo pessoal da Fundação. Mas aí é um órgão que controla as Fundações, fiscaliza, provê, nivela, dentro da esfera do Ministério Público desde que elas nascem! Porque elas não podem ser registradas e ter o seu ato institutivo e os estatutos sem a nossa chancela. Aliás, eu procurei logo entrar em convênio com o registro civil das pessoas jurídicas para que ele não fizesse nada em contrário.

M. Klang: E eles obedeciam cegamente.

SAF: Cegamente. Depois, durante a vida toda das Fundações, elas estão lá. Todo ano tem que prestar contas e depois têm que ser autorizados certos atos, como diz aquela expressão antiga: “que fogem da administração ordinária”. Então, tudo isso faz o contato, além das visitas pessoais, das diligências pessoais etc., das reuniões que tinham que ser feitas. E depois então a prestação de contas o tempo todo, autorizações. Quando morre, ela também tem que estar lá. De modo que, sem uma sistematização, uma organização, um quadro de servidores adequado, a coisa fica muito complicada. Muito complicada mesmo. Aquilo é cartório, é órgão decisório, é tudo ao mesmo tempo.

M. Klang: E funciona muito bem.

SAF: Ótimo. Tem funcionado muito bem.

M. Klang: Próxima pergunta.

Dr. Hugo Jerke: Posso fazer uma pergunta para a Dra. Déa?

M. Klang: Não só pode como deve. (risos)

Dr. Hugo Jerke: Doutora Déa, assim como eu, veio do antigo Estado do Rio de Janeiro. Ela, para Natividade, eu, para Bom Jesus de Itabapoana. Foram as nossas escolhas. Déa sempre foi uma pessoa que teve muito bom relacionamento com a classe política. Eu queria que você relatasse aqui, para a história, como é que foi a nossa nomeação. Nós tivemos alguns problemas para a nossa nomeação, porque estávamos a meses da fusão e havia uma determinação que não poderia haver nomeações no período pré-fusão. E houve um embate aí e gostaria que a Déa nos lembrasse dessa história.

DAA: Nós tivemos que lutar, não é, Hugo. Tinha que botar política e na política entra todo mundo: quem era amigo, quem eu já conhecia do Estado do Rio, porque eu, pelas funções que eu havia ocupado como contadora da Secretaria de Segurança eu conhecia muitos políticos, e então entra todo mundo. A todos os políticos que eu conhecia eu fui. Eu dizia: “Nós fizemos concurso, nós temos que ser nomeados e tem que ser agora!” Mas o nosso Procurador-Geral ajudou muito. Francisco Gil Castelo Branco teve uma participação excepcional.



Dr.ª Déa, na época, contadora do Estado do Rio de Janeiro

M. Klang: Influência importante?

DAA: Uma participação excepcional. E ele firmou ali. Ele segurou como Procurador-Geral porque ele não presidiu o concurso, porque um primo dele se candidatou. Então, quem presidiu nosso concurso foi o Ellis Figueira, mas o [Francisco] Gil Castelo Branco sempre ali por fora. E foi ele que conseguiu, tanto é que no dia da posse ele nos disse assim: “Estou dando a posse agora, amanhã quero receber um telegrama de que todos os senhores estão na comarca”. Então, você tinha que chegar, antes de fazer qualquer coisa, era mandar um telegrama dizendo que eu já estava em Natividade.

M. Klang: Quer dizer, fato consumado. Muito sagaz.

DAA: Ele exigiu isso na nossa nomeação. Ele fez, lutou, mas ele exigiu. Nós, inclusive, recebemos a posse no Tribunal de Justiça, porque não tinha lugar. Nós fomos tomar posse lá no Tribunal de Justiça, no Plenário. O Tribunal cedeu para que nós fôssemos empossados. Tanto é que o meu emblema do MP foi colocado pelo Dr. Otávio, tenho até fotografia dele colocando. E o meu concurso, vou dizer uma coisa para você, foi onde eu arranjei tantos amigos e passei a admirar tanta gente.

M. Klang: Próxima pergunta.

Dr. Ertulei Laureano: Primeiro, boa tarde a todos. Eu quero dizer do privilégio de estar aqui mais uma vez. Eu tenho admiração muito grande pelo Sérgio, a quem respeito imensamente. Tenho amizade enorme pelo filho dele que é nosso colega aqui há muito tempo. Mas tenho um carinho – não digo filial porque não dá, porque ela tem a minha idade – por essa moça aí, a Déa. A Déa foi minha colega, sim, no Tribunal do Júri. Mas eu quero dizer o seguinte, Déa, eu me lembro de você no Júri. Eu me lembro de você antes disso. A pergunta é simples: Déa, o que você achou do período, da amizade, do grupo que estava com você no Júri? Não sou só eu, de mim você já falou. Eu tenho um orgulho daquele grupo imenso. Estou falando da Telma Diuana e do José Augusto de Araújo Neto e de você. São três pessoas, cada qual com um estilo próprio.

DAA: Ertulei, eu trabalhei com você com muita satisfação! Logo que você entrou, eu fiz questão de que fosse a minha sala, na mesma sala. E eu quase que fiz parte da vida dele particular, porque eu entrava. Se ele chegasse de qualquer jeito, eu dizia: “O que houve?”

Você está bem para fazer o Júri hoje? Vai poder fazer? Se não vai, então vamos..." Até o modo de ele se vestir... (risos)

M. Klang: Você já sabia o que estava acontecendo?

DAA: É... Nós nos demos muito bem, sabe?! Aliás, o Ministério Público, que hoje é um só, é um lugar onde eu fui muito feliz, porque, olha, eu tenho uma amigas como Vera de Souza Leite, Maria do Carmo, Lurdinha, Maria Cristina que foi minha colega de concurso... Eu me entrosei de tal forma que eu esqueci o que passei quando vim para cá. Então, hoje... E aquele Tribunal do Júri, além de ser onde eu gostava de estar, eu gostava do Júri, eu tive grandes amigos.



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.



Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
Nº 1.025.694 / RIO DE JANEIRO**

04/02/2019

SEGUNDA TURMA

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S): ERIC ALESSANDRO VALEIKO

ADV.(A/S): RICARDO CARVALHO BRAGA DOS SANTOS

ADV.(A/S): ANDREA GONÇALVES FERRY

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): SERGIO LUIZ DE AMORIM

ADV.(A/S): PIETRO LUIGI PIETROBON DE MORAES VARGAS

INTDO.(A/S): RODRIGO RODRIGUES MOTA

ADV.(A/S): ROSANA APARECIDA DE OLIVEIRA MIRANDA NOGUEIRA

ADV.(A/S): CARLOS EDUARDO MOTA FERRAZ

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Penal e processual penal. 3. Agravante condenado a 8 anos, juntamente com outros 2 corréus, todos policiais, como incurso no crime de sequestro (art. 159 do CP). 4. Alegação de cerceamento de defesa na não observação pelo juízo de primeiro grau da aplicação dos arts. 402 e 184 do CPP, levando a ofensa ao art. 5º, LV e LVII do texto constitucional. 5. Ofensa indireta e reflexa aos princípios constitucionais. 6. Superação, inviabilidade, necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório. 7. Óbice da Súmula 279/STF. 8. Tema 660 da sistemática de repercussão geral. 9. Precedentes. 10. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, Sessão Virtual de 14 de dezembro a 1º de fevereiro de 2019.

MINISTRO GILMAR MENDES

Relator

04/02/2019

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.025.694 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S): ERIC ALESSANDRO VALEIKO

ADV.(A/S): RICARDO CARVALHO BRAGA DOS SANTOS

ADV.(A/S): ANDREA GONÇALVES FERRY

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): SERGIO LUIZ DE AMORIM

ADV.(A/S): PIETRO LUIGI PIETROBON DE MORAES VARGAS

INTDO.(A/S): RODRIGO RODRIGUES MOTA

ADV.(A/S): ROSANA APARECIDA DE OLIVEIRA MIRANDA NOGUEIRA

ADV.(A/S) ADV.(A/S): CARLOS EDUARDO MOTA FERRAZ

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de agravo regimental (eDOC 18) perante a decisão por mim proferida (eDOC 15) em que, em relação ao ora agravante (*Eric Alessandro Valeiko*), apliquei a Súmula 279/STF, e declarei a sua prejudicialidade no ponto em que o STJ proveu parcialmente o recurso especial lá julgado.

Para uma melhor compreensão do caso, registro que constavam quatro recursos extraordinários no presente ARE.

Colho do relatório da monocrática ora agravada:

Trata-se de 3 *agravos* interpostos contra decisões que não admitiram os recursos extraordinários impetrados pelos recorrentes *Rodrigo Rodrigues Mota* (eDOC 5, p. 66-76); *Sérgio Luiz de Amorim* (eDOC 5, p. 66-76); e por *Eric Alessandro Valeiko* (eDOC 5, p. 97-110) em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (eDOC 4, p. 287- 288), e 1 *agravo* contra decisão que não admitiu o recurso extraordinário interposto por *Rodrigo Rodrigues Mota* (eDOC 9, p. 118-125), em face do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (eDOC 9 p. 53-57).

Em relação aos 3 primeiros recursos, os recorrentes insurgem-se contra acórdão do TJRJ assim ementado:

EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO – POLICIAIS CIVIS – CONDUÇÃO ABUSIVA DAS VÍTIMAS À POLINTER A PRETEXTO DE AVERIGUAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL OU FLAGRANTE DELITO – UTILIZAÇÃO DO CARRO DE UMA DAS VÍTIMAS COMO CATIVEIRO – RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS COMPROVADA – EXIGÊNCIA DE R\$ 5.000,00 COMO CONDIÇÃO PARA LIBERTÁ-LAS – PRISÃO DOS POLICIAIS QUE VIGIAVAM AS VÍTIMAS NO CATIVEIRO, AGUARDANDO O PAGAMENTO POR PARTE DE PARENTES OU ESPOSAS DA INDEVIDA VANTAGEM ECONÔMICA – DELITO CONFIGURADO – INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA NO INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA INÓCUA – INTELIGÊNCIA DO §1º, ART. 400 DO CPP – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO – AUTORIA BEM DEFINIDA – CORRETO JUÍZO DE CENSURA – RESPOSTA PENAL BENEVOLENTE – REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO EM VISTA DA HEDIONDEZ DO CRIME.

Emergindo firme do material probatório reunido no processo em que os acusados Sérgio, Éric e Rodrigo, todos policiais civis, conduziram arbitrariamente as vítimas à POLINTER a pretexto de averiguação de antecedentes criminais, restringindo a liberdade de ambas no interior do próprio carro de uma delas, usado como cativoiro, estacionado em rua ao lado da Delegacia, ficando com eles a chave do carro e os celulares, passando a exigir como preço do resgate o pagamento da quantia de R\$ 5.000,00, o que não chegou a ser feito, porque equipes da COINPOL, chefiada pela Delegada Zoraia, deslocaram-se ao local e efetuaram as prisões dos policiais que vigiavam os sequestrados, logrando, inclusive, libertá-los do cativoiro, resta configurado

o crime de extorsão mediante sequestro pelo qual acabaram condenados, cuja pena deverá ser cumprida no regime prisional inicial fechado, por se tratar de crime hediondo. Dosimetria penal medida com timidez, que se mantém porque não houve impugnação ministerial, alterando-se somente o regime prisional para o inicial fechado, por se tratar de crime hediondo. Provimento do recurso ministerial. Rejeição da preliminar defensiva e improvimento dos recursos defensivos.

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REDISCUSSÃO DE MATÉRIA DECIDIDA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

Se o embargante não demonstrou a ocorrência de qualquer das hipóteses enumeradas no artigo 619 do CPP, afigura-se inviável o manejo dos declaratórios, mormente quando evidente a intenção do embargante em rediscutir matéria amplamente enfrentada e decidida no julgamento da apelação. Embargos conhecidos e rejeitados. (eDOC 4, p. 287- 288). (eDOC 15, p. 1-3)

Consta dos autos que os recorrentes, policiais civis, foram denunciados e condenados como incurso no art. 159 do Código Penal, às penas de 8 anos de reclusão, cada um, no regime inicial semiaberto. (eDOC 4, p. 57-79)

O TJRJ, quando do julgamento das apelações interpostas pelas defesas e pelo *Parquet*, proveu o recurso do MP para, alterando o regime inicial de cumprimento da pena, fixá-lo no fechado, conforme ementa transcrita.

O recurso extraordinário, apresentado pelo agravante perante o TJRJ, foi interposto com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal. Alegou violação ao art. 5º, XXXIX, XL, XLVI, LV, e LVII. (eDOC 5, p. 97-110)

Sustentou-se a necessidade de reforma do acórdão recorrido quanto ao regime de cumprimento da pena imposto pelo TJRJ, por ter sido contrariado o princípio da anterioridade, aplicando preceito legal declarado inconstitucional por esta Suprema Corte, qual seja, o §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, quando do julgamento do *HC* 82.959/SP. (eDOC 4, p.103)

Alegou-se a ocorrência de cerceamento de defesa pelo indeferimento de diligência solicitada, qual seja, o exame do local da ocorrência do suposto crime, por possuir “profunda correlação com a tipificação dos fatos”. (eDOC 5, p. 105)

Requeru-se a anulação do feito por cerceamento de defesa, por violação ao princípio da inocência, e a manutenção do regime prisional estabelecido pela sentença de 1º grau. (eDOC 5, p. 109-110)

Na decisão agravada, apliquei a Súmula 279/STF em relação à alegação de ofensa à presunção de inocência. (eDOC 15, p. 4-6)

E, por fim, julguei prejudicado o extraordinário quanto ao pedido de manutenção do regime inicial de cumprimento da pena, pois concedido pelo STJ quando do julgamento do especial lá interposto. (eDOC 15, p. 10)

No presente regimental, sustenta-se ter havido cerceamento de defesa por parte do juízo singular, o que acarretaria em anulação do feito. (eDOC 18, p. 2)

Alega-se que a questão “não esbarraria no óbice sumulado através do verbete nº 279 do Supremo Tribunal Federal, haja vista que não há se falar em revolvimento de matéria de fato, mas sim na proteção à garantia constitucional do acusado pertinente à ampla defesa”. (eDOC 18, p. 2-3)

Pois não teria ocorrido “uma análise quanto a conveniência e necessidade da prova pretendida, mas sim um desprovinimento do pedido com argumentação, que sem qualquer dúvida, arrosta a garantia basilar da ampla defesa, tendo em conta a adequação jurídica do pedido, seja pelos fundamentos ou pela oportunidade processual, assim como pela pertinência do requerimento de diligências formulado”. (eDOC 18, p. 3)

Registra que: “O resultado da diligência policial, confeccionada por profissionais sem o necessário conhecimento técnico, foi inconclusivo, com a indicação de que melhor seria sua realização por peritos criminais. A dúvida inicial permanece intocada, não sendo até o momento esclarecida”.

E que, “é exatamente acerca deste tema que a diligência defensiva foi pugnada, sendo posteriormente indeferida pelo Juízo de piso sob o argumento de que o requerimento seria inepto e procrastinatório”. (eDOC 18, p. 5)

Aduz-se que o ponto da irresignação defensiva é “a inobservância aos artigos 402 e 184, ambos do CPP, importam em violação ao artigo 5º, incisos LV e LVII da CF88, arrostando a garantia constitucional da ampla defesa, em seu aspecto mais profundo, uma vez que os termos do V. Acórdão vergastado adentram na questão suscitada pelo agravante”. (eDOC 18, p. 6)

Requer o provimento do agravo regimental para que se determine a anulação do feito originário desde a fase de diligências. (eDOC 18, p. 7)

É o relatório.

04/02/2019

SEGUNDA TURMA

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.025.694 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Como relatado, trata-se de agravo regimental (eDOC 18) perante a decisão por mim proferida (eDOC 15) em que, em relação ao ora agravante (*Eric Alessandro Valeiko*), apliquei a Súmula 279/STF, e declarei a sua prejudicialidade no ponto em que o STJ proveu parcialmente o recurso especial lá julgado.

Verifico que as alegações da parte são impertinentes e decorrem de mero inconformismo com a decisão adotada por este Tribunal, uma vez que o agravante não trouxe argumentos suficientes a infirmá-la, visando apenas à rediscussão da matéria já decidida de acordo com a jurisprudência desta Corte.

Assim, observa-se que o agravante intenta a anulação da condenação pelo art. 159 do Código Penal (sequestro), alegando cerceamento de defesa, em razão do indeferimento pelo juízo de primeiro grau de diligência requerida pela defesa.

Como aduziu no presente agravo regimental, o ponto da irresignação defensiva é “a inobservância aos artigos 402 e 184, ambos do CPP, importam em violação ao artigo 5º, incisos LV e LVII da CF88, arrostando a garantia constitucional da ampla defesa, em seu aspecto mais profundo, uma vez que os termos do V. Acórdão vergastado adentram na questão suscitada pelo agravante”. (eDOC 18, p. 6)

Dessa assertiva da defesa depreende-se que não há o que se reparar na decisão monocrática.

Transcrevo trecho da decisão agravada:

Quanto aos demais, o Tribunal de origem, ao examinar a legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Código Penal Brasileiro) e o conjunto probatório constante dos autos, consignou que restaram incontroversas a autoria e a materialidade por parte dos recorrentes quanto ao cometimento do crime de extorsão mediante sequestro contra as vítimas Ronaldy Cadusch e Heraldo Vaz do Nascimento (art. 159 do CP).

Ao contrário do pleiteado pela defesa, para alterar o acórdão proferido pelo Tribunal local, há a necessidade de se analisar a forma com a qual foram aplicadas as normas infraconstitucionais (arts. 402 e 184 do CPP), apontadas pelo próprio agravante, para desse ponto verificar se houve ofensa ao artigo constitucional tido por violado (5º, incisos LV e LVII), e não há outra forma de se fazer isso do que não pelo revolvimento no conjunto fático-probatório constante dos autos, circunstância que encontra óbice na Súmula 279/STF.

Cito jurisprudência:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO, À AMPLA DEFESA E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL (TEMA 660). INDEFERIMENTO DE PROVAS NO ÂMBITO DO PROCESSO JUDICIAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL (TEMA 424). REAPRECIÇÃO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A obrigação do recorrente em apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral, que demonstre sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional e legal (art. 102, §3º, da CF/88, c/c art. 1.035, §2º, do CPC/2015), não se confunde com meras invocações desacompanhadas de sólidos fundamentos no sentido de que o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário econômico, político, social ou jurídico, ou que não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide, muito menos ainda divagações de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras de igual patamar argumentativo.

2. Inviável o exame das alegações de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada ou aos princípios do acesso à justiça, da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal quando imprescindível o exame de normas infraconstitucionais. Ofensa meramente indireta ou reflexa às normas constitucionais.

3. Esta CORTE, ao analisar o ARE 639.228 RG (Rel. Min. Presidente CEZAR PELUSO, DJe 31/8/2011 – Tema 424) rejeitou a existência de repercussão geral, por se tratar de matéria infraconstitucional, quando a alegação de cerceamento de defesa for decorrente do indeferimento de provas no âmbito do processo judicial.

4. A necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório impede o acolhimento do recurso extraordinário, uma vez que incide o óbice da Súmula 279 desta CORTE. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE-AgR 875.510/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 1.8.2018 – grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVA. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. TEMAS 424 E 655. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. 279/STF E OFENSA REFLEXA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

I – O Supremo Tribunal Federal rejeitou a repercussão geral na hipótese de alegação de cerceamento de defesa pelo indeferimento de produção de provas no âmbito do processo judicial, bem como em relação aos critérios de fixação do *quantum* a título de indenização nos ARE-RG 639.228 (tema 424) e ARE-RG 743.771 (tema 655).

II – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentam a decisão *a quo*, bem como reexaminar o conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF ou porque a afronta à Constituição, se ocorrente, seria apenas indireta.

III – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (art. 1.021, §4º do CPC). (ARE – AgR– Segundo 982.755/BA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 24.8.2017 – grifei.)

Como consignado:

A Súmula 279 é peremptória: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Não se vislumbraria a existência da questão federal motivadora do recurso extraordinário. O juiz dá a valoração mais conveniente aos elementos probatórios, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Não se confunda com o critério legal da valorização da prova (RTJ 37/480, 56/65) (AGUIAR, Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., vol. VI/40, Ed. RT; NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, 1943, p. 383). V. Súmula STJ-7. (*Direito Sumular*. São Paulo: Malheiros, 2012, 14ª Edição, p. 137- 138).

Além disso, apliquei o tema 660 da sistemática de repercussão geral quanto à alegação de cerceamento de defesa, cujo paradigma é o ARE-RG 748.371, de minha relatoria, DJe 1º.8.2013.

Do exposto, *nego provimento ao regimental*.

É como voto.

SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.025.694

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S): ERIC ALESSANDRO VALEIKO

ADV.(A/S): RICARDO CARVALHO BRAGA DOS SANTOS (143420/RJ)

ADV.(A/S): ANDREA GONÇALVES FERRY (099451/RJ)

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S): SERGIO LUIZ DE AMORIM
ADV.(A/S): PIETRO LUIGI PIETROBON DE MORAES VARGAS (145051/RJ)
INTDO.(A/S): RODRIGO RODRIGUES MOTA
ADV.(A/S): ROSANA APARECIDA DE OLIVEIRA MIRANDA NOGUEIRA (82449/RJ)
ADV.(A/S): CARLOS EDUARDO MOTA FERRAZ (175848/RJ)

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 14.12.2018 a 1.2.2019.

Composição: Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Edson Fachin.

Marcelo Pimentel
Secretário

HABEAS CORPUS Nº 124.687 / MATO GROSSO DO SUL

29/05/2018

PRIMEIRA TURMA

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

PACTE.(S): ARTHUR FELIPE SILVA SIAN

IMPTE.(S): ARTHUR FELIPE SILVA SIAN

COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO EARESP Nº 246.779 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. DESCLASSIFICAÇÃO. NULIDADE DA PRONÚNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que “o pleito de desclassificação de crime não tem lugar na estreita via do *habeas corpus* por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório da causa, e não mera reavaliação” (RHC nº 120.417, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

2. A orientação do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a “decisão de pronúncia qualifica-se como ato jurisdicional que se limita a empreender mero juízo de admissibilidade da acusação. Não se verifica excesso de linguagem na sentença de pronúncia que se restringe a respaldar a decisão em indícios de autoria e elementos concretos de existência do crime” (HC nº 124.232, Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin).

3. Ausência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a concessão da ordem. A prova da embriaguez pode ser feita por outros meios idôneos de prova (como o depoimento de testemunhas e laudos periciais). Hipótese em que as instâncias de origem, soberanas na análise da prova, consignaram que o paciente, após a ingestão de bebida alcoólica e na condução de veículo automotor, invadiu a faixa contrária da via pública e atingiu a vítima.

4. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Alexandre de Moraes, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em denegar a ordem, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio, Relator, e Luiz Fux.

Brasília, 29 de maio de 2018.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

REDATOR P/ O ACÓRDÃO

29/05/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 124.687 / MATO GROSSO DO SUL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

PACTE.(S): ARTHUR FELIPE SILVA SIAN

IMPTE.(S): ARTHUR FELIPE SILVA SIAN

COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO EARESP Nº 246.779 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza:

O Juízo da Primeira Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas/MS, no processo nº 0002393-10.2009.8.12.0021, pronunciou o paciente ante a suposta prática do delito previsto no artigo 121, cabeça, combinado com o 18, inciso I (homicídio simples mediante dolo eventual), do Código Penal, assentando que, em 14 de fevereiro de 2009, na direção de veículo automotor e sob a influência de álcool, teria avançado sobre a pista contrária e provocado colisão com motocicleta, cujo condutor veio a óbito. Considerado laudo pericial, elaborado pela Polícia Rodoviária Federal, e prontuário do SAMU, frisou haver indícios de autoria e prova da materialidade. Reportando-se à existência, no processo, de elementos de convicção a revelarem que o paciente exalava hálito etílico, apontou configurado o risco de produzir o

resultado morte. Concluiu pela adequação do dolo eventual, a justificar o julgamento pelo Tribunal do Júri.

Pretendendo a absolvição sumária e, sucessivamente, a desclassificação para homicídio culposo, a defesa interpôs recurso em sentido estrito. A Primeira Câmara Criminal desproveu-o. Embargos declaratórios não foram acolhidos.

Ante a inadmissão de recurso especial, chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o agravo de nº 246.779. O Relator desproveu-o, tendo como insuficiente a fundamentação. Embargos declaratórios não obtiveram êxito. Protocolado agravo interno, a Sexta Turma negou-lhe provimento, afirmando inviável, em recurso especial, o revolvimento do conjunto probatório. Embargos de divergência foram inadmitidos por meio de decisão individual do Relator.

O paciente-impetrante sustenta equívoco no enquadramento da conduta como dolo eventual, dizendo apropriada a desclassificação para o crime previsto no artigo 302, cabeça (homicídio culposo na direção de veículo automotor), do Código de Trânsito. Aduz que a conclusão do dolo eventual ocorreu somente com base em menção do hálito etílico, não tendo sido submetido a exame de alcoolemia a demonstrar a embriaguez. Conforme argumenta, ausente comprovação da quantidade de álcool no sangue, reveladora da embriaguez, mostra-se inviável presumi-la. Articula com excesso de linguagem da sentença de pronúncia, apontando que o Juízo reportou-se a depoimentos de testemunhas e a boletim de ocorrência para assentar a embriaguez. Frisa inviável, considerada a alusão a esta última, presumir-se o dolo eventual. Evoca o decidido nos *habeas corpus* nº 107.801, redator do acórdão Ministro Luiz Fux, e nº 76.778, relatado por Vossa Excelência. Aduz não ser o caso de revolvimento do conjunto probatório, mas de valoração jurídica do contexto.

Buscou, no campo precário e efêmero, o sobrestamento do processo na origem até o exame final deste *habeas*. No mérito, requer a desclassificação da conduta para a forma culposa do homicídio.

Em aditamento à inicial – petição/STF nº 966/2015 –, informou ter sido o julgamento, perante o Tribunal do Júri, designado para 28 de janeiro de 2015, razão pela qual reiterou o pedido de concessão de medida acauteladora.

Em 20 de janeiro de 2015, o Ministro Ricardo Lewandowski, no exercício da Presidência, deixou de implementar liminar, entendendo inadequada a aplicação do artigo 13, inciso VIII, do Regimento Interno do Supremo. Consignou não configurar

a realização da sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri situação de constrangimento ilegal a justificar a atuação deste Tribunal no regime de plantão judiciário.

Instado a manifestar-se, em 29 de abril de 2016, acerca do interesse no prosseguimento deste *habeas*, o paciente-impetrante quedou-se inerte.

A Procuradoria-Geral da República opina pela inadmissão da impetração, tendo-a como prejudicada, ante o julgamento pelo Tribunal do Júri. Aduz ausente ilegalidade a ser reparada. Ressalta os contornos do delito, aludindo à embriaguez e à condução de veículo automotor na contramão de direção, apontando-as suficientes à demonstração de dolo eventual.

Consulta ao sítio do Tribunal de Justiça, em 24 de abril de 2018, revelou que o paciente foi condenado a 6 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto. A apelação, formalizada em 7 de março de 2017, foi desprovida. Inadmitiu-se recurso especial. Protocolou-se agravo, de nº 1.139.620, pendente de apreciação no Superior Tribunal de Justiça.

Lancei visto no processo em 12 de maio de 2018, liberando-o para ser examinado na Turma a partir do 29 seguinte, isso objetivando a ciência do paciente-impetrante. É o relatório.

29/05/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 124.687 / MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

SENTENÇA DE PRONÚNCIA – IMPUGNAÇÃO – JÚRI – NEUTRALIDADE. A realização do Júri não prejudica o exame de questionamento alusivo à sentença de pronúncia.

ACIDENTE DE TRÂNSITO – RESULTADO MORTE. O Código Brasileiro de Trânsito prevê como homicídio culposo o evento morte resultante da condução de veículo automotor, não cabendo, ante o critério da especialidade, enquadrar a conduta no artigo 121 do Código Penal.

Observem que houve a imediata impugnação da sentença de pronúncia. O fato de haver ocorrido o julgamento perante o Tribunal do Júri não prejudica o exame desta impetração. Rejeito a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da República.

A controvérsia encontra solução, considerado o princípio da especialidade. Prevê o Código de Trânsito Brasileiro, no artigo 302, o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor. Então, tem-se que a prática delituosa resolve-se ante o disposto no aludido artigo, não se amoldando à conduta do agente ao Código Penal.

Defiro a ordem para declarar insubsistente o pronunciamento condenatório, desclassificando a infração imputada para a versada no artigo 302 do Código Brasileiro de Trânsito.

Vencido no tocante à desclassificação, passo à apreciação do que articulado quanto ao enquadramento da sentença de pronúncia no figurino legal. Sob o ângulo dos termos da pronúncia, verifica-se o comedimento na linguagem. O ato não revela prejulgamento da causa, uma vez que o Juízo limitou-se à análise dos elementos colhidos na fase instrutória, aludindo ao depoimento de testemunhas, sem veicular manifestação de certeza sobre a imputação.

29/05/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 124.687 / MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente, aqui é uma hipótese de crime de trânsito. O trânsito provoca mais de 50 mil óbitos por ano no Brasil, é um verdadeiro genocídio. O caso aqui é de um motorista embriagado que invadiu a faixa contrária e matou a vítima, foi levado a Júri.

Acho que a única forma de se coibir esta quantidade maciça de morte, geralmente de jovens, por direção embriagada é tratar isso com a seriedade penal que merece.

Portanto, não é possível *glamourizar* a bebida no trânsito, sobretudo quando resulta em morte de outras pessoas. É preciso que quem dirija tenha essa percepção.

De modo que eu tenho defendido, e a Primeira Turma tem defendido, a posição de que, nesses casos, é legítimo o tratamento como crime doloso e julgamento pelo Tribunal do Júri.

Essa é a posição a que estou me alinhando, pedindo todas as vênias ao Ministro Marco Aurélio. De modo que denego a ordem.

29/05/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 124.687 / MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, eu tenho também aqui, muito embora esses dados estatísticos sejam extremamente alarmantes, prestigiado o princípio de que o Direito Penal é a *ultima ratio*, e nós devemos exatamente obedecer à regra de que a lei especial derroga a lei geral, porque senão nós estaríamos criando uma figura penal por meio da jurisprudência, e a regra é a de que o princípio da reserva legal exige a legalidade estrita, ou seja, deferência ao Parlamento.

Esses dados estatísticos aqui apontados são dados reais. E compete então ao legislador modificar o regime jurídico dos acidentes ocorridos sob influência do álcool, porque, inclusive, o Código de Trânsito agrava a pena nesses casos. Mas há uma grande diferença entre uma pessoa utilizar o seu veículo como instrumento para matar alguém daquele que utiliza de forma imprudente e de maneira grave. Hoje em dia, esses testes do bafômetro têm impedido uma série de cometimentos ilícitos; a imprensa noticia que essa foi uma boa prática.

Presidente, para manter-me coerente com o que eu já aqui afirmei em outros votos, eu votei neste sentido de ser o momento, eventualmente, de o legislador retirar essa figura penal do Código de Trânsito, e deixá-la ao alvedrio da magistratura.

Mas, havendo lei especial em relação à lei geral, eu me curvo ao princípio da legalidade e à deferência ao legislador. Entendo que seja caso de se impor a desclassificação à que se refere o Relator.

29/05/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 124.687 / MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) – Aqui, como nas observações anteriores, apesar da gravidade dos cinquenta mil casos de morte por ano, importante salientar que nem cinco por cento – o que já é gravíssimo – decorrem de atropelamento ou colisões em virtude do estado alcoólico do motorista, porque senão fica parecendo que são cinquenta mil casos onde há essa divergência entre dolo eventual e culpa consciente; três quartos das mortes no trânsito se dão em grandes cidades por atropelamento, falta de sinalização, o que também é gravíssimo.

Aqui é um caso específico em que houve, a meu ver, uma evolução jurisprudencial não na criação de um novo tipo penal, mas na análise do que é dolo eventual ou culpa consciente.

Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio e ao Ministro Fux, não me parece que, após propagandas maciças de proibição de direção daquele que bebe, com sanções administrativas cada vez maiores, sanções penais, porque é um tipo penal, então aquele que se embriaga e conduz, seja motocicleta, seja o seu veículo, aquele que assim o faz, já está praticando um crime doloso previsto pelo Código de Trânsito, além de infração administrativa. É o dolo direto, neste tipo especial previsto, como disse o Ministro Fux, no Código de Trânsito Brasileiro; agora, o dolo não é direto, mas é um dolo eventual em transitar na contramão.

Então, parece-me que esse é um caso específico que diferencia a culpa consciente do dolo eventual. Ele assumiu risco ou, no mínimo, não se preocupou com risco de eventualmente causar, sejam lesões, seja a morte, como assim o fez.

Então, pedindo todas as vênias ao Ministro Marco Aurélio, ao Ministro Luiz Fux, eu voto pelo indeferimento da ordem.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

HABEAS CORPUS Nº 124.687

PROCED.: MATO GROSSO DO SUL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

PACTE.(S): ARTHUR FELIPE SILVA SIAN

IMPTE.(S): ARTHUR FELIPE SILVA SIAN

COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO EARESP Nº 246.779 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por maioria, denegou a ordem, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio, Relator, e Luiz Fux. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 29.5.2018.

Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma

• • •

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO Nº 24.156 / DISTRITO FEDERAL

24/10/2017

SEGUNDA TURMA

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS

AGDO.(A/S): EDMILSON GOMES RODRIGUES

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): SECRETÁRIO DE ESTADO DA CASA CIVIL DO GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

EMENTA

RECLAMAÇÃO – AJUIZAMENTO, PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL JUNTO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS – IMPUGNAÇÃO A ATO DA SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL DO GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* – RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA – PRECEDENTES – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO – PARECER DA PGR POR SEU NÃO PROVIMENTO – *RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Edson Fachin, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 24 de outubro de 2017.

CELSO DE MELLO

Relator

24/10/2017
SEGUNDA TURMA

AG. REG. NA RECLAMAÇÃO Nº 24.156 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS

AGDO.(A/S): EDMILSON GOMES RODRIGUES

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): SECRETÁRIO DE ESTADO DA CASA CIVIL DO GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO, ao opinar pelo não provimento do presente recurso de agravo, assim resumiu e apreciou a presente causa:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA QUE SE FUNDAMENTA NA ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS.

O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas *não está autorizado* a exercer as funções institucionais do Ministério Público da União e dos Estados *porque não detém* atribuição jurisdicional.

Parecer pelo não provimento.

(...)

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás em virtude de decisão que negou seguimento à reclamação ajuizada contra ato do Secretário de Estado da Casa Civil, que concedeu

indevidamente aposentadoria especial a servidor público que exercia atividade administrativa em unidade de ensino básico escolar, em alegada afronta ao julgamento desse Supremo Tribunal Federal na ADI 3.722/DF.

2. *O Ministro Relator reconheceu que, apesar do elevado grau de autonomia funcional*, os membros do Ministério Público especial junto aos Tribunais de Contas não detêm autonomia jurídica, não lhes assistindo, desse modo, legitimidade ativa para fazer instaurar este processo reclamatório (fls. 45-57).

3. *Em suas razões* (fls. 60-69), no entanto, o recorrente alega que o Relator, ao deixar de conceder prazo para que ele corrigisse o defeito ou explicasse a inexistência de impedimento legal ao processamento da lide, contrariou o art. 321 do Novo Código de Processo Civil.

4. *Sustenta*, ainda, que a irregularidade suscitada na reclamação foi apontada em processo de registro de aposentadoria no Tribunal de Contas estadual, atividade típica de controle externo exercida pela Corte de Contas com o auxílio do Ministério Público especial, na função de fiscal da lei.

5. *Ressalta que a Constituição Federal*, “ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução dessa atividade, conforme a teoria dos poderes implícitos”.

6. *Argumenta que o Novo Código de Processo Civil não especificou os órgãos do Ministério Público no Brasil que são legitimados para a propositura de reclamação*, permitindo tacitamente que os membros de todas as instituições ministeriais laborem em prol da preservação da autoridade do Supremo Tribunal Federal.

7. *Por fim*, aponta jurisprudência que admite “a capacidade ou personalidade judiciária de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do mandado de segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas”.

8. *Contraminuta apresentada* (fls. 93-97).

9. *Inicialmente*, não há pertinência entre a hipótese tratada nestes autos e o dispositivo apontado como violado pelo recorrente.

10. *O art. 321 do Código de Processo Civil se refere aos requisitos da petição inicial e não sobre as condições da ação*, como é o caso da legitimidade ativa, cuja ausência foi o fundamento para o não conhecimento desta reclamação.

11. *Ademais*, a propositura da reclamação pressupõe interesse direto do requerente no ato que impugna, revelado pela existência

de relação jurídica por ele mantida e afetada pela desobediência à tese vinculante formada pelo Supremo Tribunal Federal, o que não se retrata na espécie.

12. *Nesse contexto*, tem-se que a peça foi subscrita por pessoa física que, além de não estar representada por advogado, não demonstra interesse de agir.

13. *Mesmo que se entenda que o autor atua em nome do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas de Goiás*, a legitimidade para agir não está configurada.

14. *O exercício das funções de fiscal da lei que é próprio desse Ministério Público especial* cinge-se à estrutura estatal que lhe é designada constitucionalmente. Isso quer dizer que ele não está autorizado a exercer as funções institucionais do Ministério Público da União e dos Estados, exatamente porque não detém atribuição jurisdicional.

15. *Nesse sentido*, inclusive, essa Suprema Corte já assentou que não subsistem razões para o entendimento de que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas configure “um organismo revestido de perfil institucional próprio, dotado de plena autonomia jurídica e investido das mesmas garantias de ordem objetiva que foram outorgadas pela ordem constitucional ao Ministério Público da União e dos Estados-membros”.

Sendo assim, o Ministério Público Federal manifesta-se pelo não provimento do agravo regimental. (Grifei.)

Sendo esse o contexto, submeto à apreciação desta colenda Turma o presente recurso de agravo.

É o relatório.

24/10/2017
SEGUNDA TURMA

AG. REG. NA RECLAMAÇÃO Nº 24.156 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao versar o *thema decidendum*, firmou-se no sentido de não reconhecer aos membros do Ministério Público Especial junto aos Tribunais de Contas legitimidade ativa *ad causam* para o ajuizamento, nesta Corte Suprema, de reclamação, eis que ambas as Turmas deste Tribunal têm assinalado que a atuação dos

agentes do *Parquet* Especial, não obstante o alto relevo de suas atribuições, limita-se, unicamente, ao âmbito dos próprios Tribunais de Contas perante os quais oficiam (Rcl 24.159-AgR/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Rcl 24.163-AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Rcl 24.454-AgR/GO, Rel. Min. EDSON FACHIN, v.g.):

DIREITO CONSTITUCIONAL E FINANCEIRO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS. INEXISTÊNCIA. ATUAÇÃO LIMITADA AO ÂMBITO DO CONTROLE EXTERNO A CARGO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.

1. *Nos termos* do art. 128 da CRFB/1988, o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas *não compõe* a estrutura do Ministério Público comum da União e dos Estados, *sendo apenas atribuídas* aos membros daquele *as mesmas* prerrogativas funcionais deste (art. 130). *Precedentes*.

2. *As atribuições* do Ministério Público comum, *entre as quais se inclui* sua legitimidade processual extraordinária e autônoma, *não se estendem ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas*, cuja atuação *está limitada* ao controle externo *a que se refere* o art. 71 da CRFB/1988.

3. Agravo regimental *a que se nega* provimento.

(Rcl 24.161-AgR/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – grifei.)

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. IMPUGNAÇÃO DE ATO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. PROCURADOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *A jurisprudência do STF tem entendimento firmado* segundo o qual *a atuação* do Procurador do Ministério Público Especial *é restrita* ao âmbito do Tribunal de Contas do qual faz parte, *razão pela qual se reconhece a ilegitimidade ativa* para a propositura de reclamação cujo objeto *é ato de Secretário de Estado que concede* aposentadoria a servidor público.

2. Agravo regimental *a que se nega* provimento. (Rcl 24.160-AgR/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN – grifei.)

Agravo regimental na reclamação. Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. Ilegitimidade ativa. Impossibilidade de saneamento por emenda à inicial. Utilização da reclamação para análise per saltum da matéria. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

.....

2. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas *não dispõe* de fisionomia institucional própria, *não integrando* o conceito de Ministério Público enquanto ente despersonalizado de função essencial à Justiça (CF/88, art. 127), cuja abrangência é disciplina no art. 128 da Constituição Federal.

3. O *Parquet* especial *não detém* legitimidade para propor reclamação, uma vez que não se encontra no rol de legitimados do *caput* do art. 988 do CPC/2015.

4. A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da CF/88 é de ordem subjetiva e, portanto, refere-se a direitos, vedações e forma de investidura no cargo dos membros do Ministério Público junto às Cortes de Contas, não constituindo regra de ampliação da atribuição institucional do *Parquet* especial.

5. Os integrantes do *Parquet* especial possuem atuação funcional exclusiva perante as Cortes de Contas, *não detendo* legitimidade *ad causam* para executar as decisões formadas no âmbito administrativo por meio de ação desenvolvida pelos meios ordinários ou pela via reumatória. Precedentes.

6. Agravo regimental *não* provido.

(Rcl 24.162-AgrR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei.)

Correto, desse modo, o parecer da douda Procuradoria-Geral da República, que se manifesta *no sentido da ausência de qualidade para agir* do Ministério Público Especial junto aos Tribunais de Contas, perante esta Suprema Corte, em sede *de reclamação*, que foi por ele ajuizada com o objetivo de impugnar ato emanado da Secretaria de Estado da Casa Civil do Governo do Estado de Goiás.

Sendo assim, pelas razões expostas, e *acolhendo*, ainda, o *parecer* da douda Procuradoria-Geral da República, *nego provimento* ao presente recurso de agravo, *mantendo*, por seus próprios fundamentos, a *decisão* ora agravada.

É o meu voto.

SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

AG. REG. NA RECLAMAÇÃO Nº 24.156

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS

AGDO.(A/S): EDMILSON GOMES RODRIGUES

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): SECRETÁRIO DE ESTADO DA CASA CIVIL DO GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Edson Fachin. 2ª Turma, 24.10.2017.

Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros.

Ravena Siqueira

Secretária

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.727.501 / RIO DE JANEIRO
(2018/0046510-5)**

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO: RYAN STEVEN LOCHTE

ADVOGADOS: TIAGO MARTINS LINS E SILVA - RJ102065

RALPH HAGE NICOLAU RITTER VIANNA - RJ123354

PEDRO YUNES MARONES DE GUSMAO - RJ150652

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL EM *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO. PROCEDIMENTO CRIMINAL. JUIZADO DO TORCEDOR E GRANDES EVENTOS DO RIO DE JANEIRO. ARTIGO 340 DO CÓDIGO PENAL. COMUNICAÇÃO FALSA DO CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. PROVOCAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL. TIPICIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO, COM A CONSEQUENTE DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. O trancamento de procedimento criminal, em sede de *habeas corpus*, é pretensão das mais excepcionais, somente se justificando se demonstrada, inequivocamente, a ausência de autoria ou materialidade, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas ou a ocorrência de causa extintiva da punibilidade. Precedentes.

2. O delito inserto no artigo 340 do Código Penal se configura com a provocação da autoridade competente pela persecução penal a realizar alguma diligência destinada a apurar a prática de crime ou contravenção, comunicando por qualquer meio a ocorrência de infração penal que sabe não ter ocorrido, tratando-se de crime de forma livre.

3. No caso, resta incontroverso nos autos que a instauração do inquérito policial ocorreu exclusivamente em razão da ação do recorrido, atleta estrangeiro participante das Olimpíadas de 2016 no Rio de Janeiro, que provocou a atuação da Delegacia Especial de Atendimento ao Turista - DEAT ao comunicar a ocorrência do falso delito de roubo qualificado através da imprensa.

4. Ainda que se requisite a comunicação direta à autoridade da falsa ocorrência do delito, na espécie, houve a reiteração da falsa comunicação delitiva em depoimento prestado pelo recorrido diretamente aos policiais, demonstrando-se a princípio o enquadramento típico da conduta, que teve como consequência a indevida continuidade da persecução penal.

5. Observada, *prima facie*, a tipicidade da conduta imputada ao recorrido e a consequente justa causa para a deflagração da ação penal, apenas após a devida instrução criminal, com ampla produção de provas e observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, que se poderá concluir por sua condenação ou absolvição.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial ministerial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencido o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 26 de junho de 2018 (Data do julgamento)

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.727.501 / RJ (2018/0046510-5)

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO: RYAN STEVEN LOCHTE

ADVOGADOS: TIAGO LINS E SILVA - RJ102065

RALPH HAGE NICOLAU RITTER VIANNA - RJ123354

PEDRO YUNES MARONES DE GUSMAO - RJ150652

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de recurso especial, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO com amparo na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Extraí-se dos autos que o ora recorrido, RYAN STEVEN LOCHTE, atleta norte-americano participante das Olimpíadas de 2016 no Rio de Janeiro, concedeu uma entrevista a uma rede estrangeira de televisão (NBC News) na qual afirmou que ele e outros três atletas haviam sido vítimas do crime de roubo perpetrado por homens armados, o que gerou enorme repercussão não só no âmbito nacional, mas também internacional, tendo a autoridade policial da Delegacia Especial de Atendimento ao Turista (DEAT) determinado a instauração de inquérito policial para apuração dos fatos.

Nesse sentido, o inquérito policial foi instaurado de ofício a fim de apurar crime de roubo majorado previsto no art. 157, §2º, I e II, do Código Penal, que teria ocorrido na madrugada do dia 14/08/2016, entre 04h00min e 07h00min, em local indeterminado no trajeto entre o Club France/Sociedade Hípica Brasileira, na Lagoa, e a Vila Olímpica dos Atletas, na Barra da Tijuca, no município do Rio de Janeiro.

Na sequência, como as vítimas e/ou seus representantes legais não compareceram em sede policial para registrar a ocorrência, a autoridade policial fez contato com a representação consular norte-americana e com o comitê olímpico norte-americano (USOC) para que os atletas pudessem ser ouvidos.

Segundo consta do acórdão recorrido, Ryan Steven Lochte e James Ernest Feigen foram ouvidos pelos investigadores e pelo Delegado Adjunto da DEAT em 15/08/2016, no Hotel Grand Mercure, ocasião em que confirmaram os fatos divulgados na imprensa relacionados ao suposto delito de roubo dos quais seriam vítimas.

Posteriormente, tendo em vista a necessidade de nova ouvida dos mencionados atletas e a existência de contradição entre os seus depoimentos, que poderia revelar a prática do delito previsto no artigo 340 do Código Penal, foi deferida a busca e apreensão dos seus passaportes, nos termos abaixo:

Com lastro no narrado pelo Ministério Público, denoto presentes os requisitos do art. 240 do Código de Processo Penal, pois as diligências requeridas são necessárias para a investigação em curso. Extraio dos autos a possibilidade de deferimento imediato, porque, no decorrer das investigações realizadas pela polícia civil, foram identificadas contradições nos depoimentos prestados pelas supostas vítimas, onde, em um dos depoimentos, a vítima Ryan Steve Lochte afirma terem os atletas, até então nominados como vítimas, sido abordados por apenas um elemento armado que exigiu a entrega de todo o dinheiro que tivesse em sua posse, ou seja, U\$ 400,00 (quatrocentos dólares), enquanto que, em outro

depoimento, a suposta vítima James Ernst Feigen afirma que foram abordados por alguns elementos não sabendo precisar quantos praticaram o crime, afirmando somente que um deles estava na posse de arma de fogo.

Outra contradição que se vislumbra está no horário de saída do evento na Lagoa e a chegada das supostas vítimas na Vila Olímpica. Os atletas alegam terem deixado a festa de que participavam por volta de 04h (o que não se confirma pelas imagens do local, cujo horário apontado é diverso) e afirmaram que o delito ocorreu quando estavam no bairro da Barra da Tijuca, nas proximidades da Vila Olímpica, tendo, após o fato, se dirigido ao alojamento. Contudo, o registro de entrada das supostas vítimas se dá às 6h56min, conforme registro da câmera de segurança do local, que identificou a chegada destes e conforme se depreende da visualização das imagens das câmeras de segurança da Vila Olímpica, percebe-se que as supostas vítimas chegaram com as suas integridades físicas e psicológicas inabaladas, fazendo, inclusive, brincadeiras uns com os outros, denotando que não houve qualquer abalo psíquico inerente à suposta violência alegada.

(...)

Isto posto, na forma do art. 240 do CPP, defiro a busca e apreensão requerida para que sejam apreendidos os passaportes de Ryan Steve Lochte e James Ernst Feigen (...) (fl. 102).

Ainda de acordo com o aresto ora impugnado, não tendo sido cumprido o mandado de busca e apreensão dos passaportes do recorrido e de James Ernst Feigen, foi deferida a condução coercitiva de Joseph Gunnar Bentz e John Peet Conger, que teriam presenciado os fatos, a fim de prestarem depoimentos junto à Delegacia Especializada, ocasião em que apresentaram versão distinta do ocorrido na madrugada do dia 14/08/2016.

Segundo informado na origem, o coindiciado James Ernst Feigen aceitou em parte a proposta de transação penal ofertada pelo Ministério Público, com o pagamento de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), o que foi homologado pelo Juízo do Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos, restando consignados, no ato, a sua retratação e o pedido de desculpas à nação e às autoridades.

Concluídas as diligências investigatórias, em 23/08/2016, o registro de ocorrência foi aditado para alterar a capitulação da ocorrência de roubo para comunicação falsa de crime, prevista no artigo 340 do Código Penal.

Irresignada, a defesa impetrou prévio *habeas corpus* na origem, tendo sido a ordem denegada, por maioria, pela 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais da Comarca da Capital - Rio de Janeiro.

Diante desse desate, houve nova impetração de *habeas corpus*, objetivando o trancamento dos autos do procedimento criminal nº 0010307-13.2016.8.19.0207.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, também por votação majoritária, concedeu a ordem para trancar referido procedimento criminal, por atipicidade da conduta, tendo em vista que o inquérito policial teria sido iniciado de ofício pela autoridade policial, após matéria jornalística indicando que atletas olímpicos teriam sido vítimas do crime de roubo, mesmo tendo havido ulterior confirmação dos atletas da ocorrência do falso delito mediante declarações à autoridade policial.

A ementa do aresto foi sintetizada nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. ART. 340 DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO OBJETIVANDO O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA, SUSTENTANDO, PARA TANTO, QUE O INQUÉRITO POLICIAL FOI INICIADO DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE POLICIAL, APÓS MATÉRIA JORNALÍSTICA INDICANDO QUE ATLETAS OLÍMPICOS TERIAM SIDO VÍTIMAS DE CRIME DE ROUBO.

1. Encontra-se pacificado pela jurisprudência das Cortes Superiores o entendimento segundo o qual a utilização de *Habeas Corpus* para trancamento da ação penal somente se admite em hipóteses excepcionais, tais como a ausência de justa causa, a manifesta atipicidade da conduta e a presença de causa extintiva da punibilidade.

2. Hipótese dos autos que, no entanto, autoriza, de forma excepcional, o trancamento da ação penal.

3. Crime do art. 340 do Código Penal que resta configurando quando o agente provoca a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou contravenção que sabe não se ter verificado, pressupondo, por conseguinte, voluntariedade.

4. Inquérito policial que foi iniciado de ofício pela autoridade policial após tomar conhecimento pela mídia de que o paciente e outros atletas teriam sido vítimas de crime de roubo, de modo que não foi a comunicação do paciente que ensejou a apuração do suposto crime, mas sim a própria autoridade policial após tomar ciência da matéria jornalística.

5. Declarações posteriores da vítima que também não se prestam a configurar o crime do art. 340 do Código Penal, pois que prestadas no bojo de inquérito policial já em curso, sendo certo que o paciente sequer compareceu espontaneamente à delegacia, tendo sido ouvido no Hotel em que estava hospedado.

6. Paciente que teria urinado em público, danificado placa publicitária de um posto de gasolina e noticiado na mídia a ocorrência de um crime de roubo que não ocorreu.

7. Em que pese a gravidade das condutas do paciente – incompatíveis com a de um atleta olímpico –, que poderiam, inclusive, fazer incidir a norma do art. 163 do Código Penal e caracterizar a contravenção prevista no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41, não se vislumbra a ocorrência em tese do crime do art. 340 do Código Penal.

8. Em sendo assim, tem-se como inafastável o trancamento da ação penal por manifesta atipicidade da conduta, na forma do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

CONHECIMENTO E CONCESSÃO DA ORDEM.

A título de ilustração, cumpre transcrever trecho da fundamentação do voto condutor do aresto:

Na hipótese *sub judice*, busca-se o trancamento da ação penal por atipicidade das condutas imputadas ao paciente.

Tenho que assistir razão à Defesa.

Com efeito, comete o crime do art. 340 do Código Penal quem provoca a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou contravenção que sabe não se ter verificado.

Assim, o crime de comunicação falsa de crime ou contravenção pressupõe voluntariedade em comunicar o ato à autoridade policial, gerando, por conseguinte, providências para averiguar a sua ocorrência.

No caso, o inquérito policial foi iniciado de ofício pela autoridade policial após tomar conhecimento pela mídia de que o paciente e outros atletas teriam sido vítimas de crime de roubo.

Nesse passo, não foi a comunicação da ocorrência paciente que iniciou a investigação do suposto crime, mas sim a própria autoridade policial após tomar ciência da matéria jornalística.

Por outro lado, não é possível concluir que as afirmações posteriores do paciente configurem o crime do art. 340 do Código Penal, pois tais declarações foram prestadas no bojo de inquérito policial já em curso, instaurado, como dito, de ofício pela autoridade policial.

Ademais, o paciente sequer compareceu espontaneamente à delegacia, tendo sido ouvido no Hotel em que estava hospedado, constando do Relatório Final de Inquérito que “como as vítimas e/ou seus representantes legais não compareceram em sede policial para comunicar o fato e registrar a ocorrência, a autoridade policial

fez contato com a representação consular norte-americana e com o comitê olímpico norte-americano (OSOC) para que os atletas (vítimas) pudessem ser ouvidos”.

Não se olvida da gravidade moral das condutas perpetradas pelo paciente, que teria urinado em público, danificado placa publicitária de um posto de gasolina e noticiado na mídia a ocorrência de grave fato – roubo circunstanciado pelo emprego de arma e concurso de agentes –, condutas estas incompatíveis com o comportamento que se espera de um atleta olímpico que participa, em outro país, dos jogos olímpicos, símbolo de integração e confraternização entre os povos civilizados.

Tais fatos poderiam inclusive ensejar ação penal privada pelo crime de dano, tal como previsto no art. 163 do Código Penal, e, ainda, configurar a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41, mas jamais o delito do art. 340 do Código Penal, por absoluta ausência de tipicidade.

Em sendo assim, outra alternativa não resta senão a de se determinar o trancamento da ação penal por manifesta atipicidade da conduta, na forma do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

Nas razões do recurso especial, alega o *Parquet* violação dos artigos 340 do Código Penal e 395, III, do Código de Processo Penal.

Sustenta, em suma, que “a comunicação falsa de crime ou contravenção penal pode se dar de qualquer maneira, nos termos da jurisprudência desse E. Superior Tribunal de Justiça, através do comparecimento do agente na Delegacia de Polícia, através de entrevista ou de qualquer outro modo que faça a notícia de infração penal de ação penal pública chegar ao conhecimento da Autoridade Policial, que poderá (na verdade, deverá) agir de ofício (conforme determina o artigo 5º, I, do Código de Processo Penal).”

Aduz, nessa linha, que, “para fins de tipificação da infração penal prevista no artigo 340 do CP, basta que o agente faça, por qualquer meio idôneo, a comunicação do crime ou da contravenção penal que sabe não se ter verificado.”

Colaciona a doutrina de Cézar Roberto Bitencourt segundo a qual “o tipo penal do artigo 340 do CP pune a conduta de quem PROVOCA (motiva, dá causa) a ação da Autoridade Policial, comunicando a ocorrência de infração penal que sabe não se ter verificado”. Salienta que a comunicação da autoridade policial pode se dar de várias formas, “desde que idôneas a provocar a ação investigativa da autoridade pública.”

Ressalta que, no caso em análise, “a instauração do inquérito policial pela Autoridade Policial da DEAT se deu única e exclusivamente em razão da ação do recorrido RYAN LOCHTE, que narrou com detalhes a prática de um crime (roubo qualificado) que sabia não ter ocorrido para uma emissora de televisão.”

Além disso, assevera que: “tomando conhecimento da prática de um crime de ação penal pública, a Autoridade Policial instaurou, em obediência a imperativo legal, o respectivo procedimento investigatório, isso tão somente em razão da ação do recorrido, que comunicou e fez chegar à autoridade estatal a notícia de que um gravíssimo crime teria ocorrido.”

Enfoca os princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade, argumentando que “a impessoalidade dos bens ou interesses atingidos pelo crime de ação penal pública é o fator que impõe ao Ministério Público o dever de provocar, por meio da denúncia ou aditamento, o pronunciamento jurisdicional sobre a pretensão de punir e também à Autoridade Policial agir de ofício para investigar a prática de infrações penais.”

Conclui que não prospera a assertiva de que o crime previsto no artigo 340 do Código Penal só se perfeioa quando há a comunicação pessoal e direta à autoridade policial pelo agente sobre a ocorrência de infração penal que sabe não se ter verificado.

Cita precedente deste Superior Tribunal de Justiça que teria acolhido a tese ministerial, ao consignar que “não importa a quem tenha sido feita a comunicação falsa de crime para que se configure o crime do CP, art. 340. O que conta é se dessa comunicação falsa houve alguma providência para apurar”. (CC nº 4.552/SP, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 21/10/1993, DJ 29/11/1993, p.25843)

Ao final, destaca que “o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (STF - HC nº 901.320/MG, Primeira Turma, Rei. Min. Marco Aurélio, DJU de 25/5/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (STF - HC nº 87.324/SP, Primeira Turma, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, DJU de 18/5/2007), o que não se verifica no caso em análise.”

Requer o provimento do recurso para que, reconhecida a tipicidade do fato, seja determinado o prosseguimento do procedimento criminal nº 0010307-13.2016.8.19.0207.

Apresentadas as contrarrazões e admitido o recurso especial, os autos subiram a este Superior Tribunal de Justiça e foram distribuídos à minha relatoria. Na sequência, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Exmo. Subprocurador-Geral da República Osnir Belice, pelo provimento do recurso, em parecer assim sintetizado:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 340 DO CP. TIPICIDADE. OLIMPÍADAS RIO/2016. ATLETA QUE DÁ CAUSA À AÇÃO DE AUTORIDADE, COMUNICANDO A OCORRÊNCIA DE ROUBO QUE SABIA NÃO TER SE VERIFICADO. TIPICIDADE. REVALORAÇÃO DA PROVA. SÚMULA 7. INAPLICABILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

– “O pedido formulado neste recurso especial depende apenas de reavaliação de fatos incontroversos apresentados tanto pela sentença quanto pelo acórdão recorrido. Desse modo, não há que se falar em violação ao óbice contido no enunciado nº 7

da Súmula desta Corte, que veda o reexame de fatos e provas, uma vez que a apreciação do pedido formulado não depende de modificação das balizas fáticas estabelecidas pelas instâncias antecedentes”. (REsp nº 1478523/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 19/02/2018)

– O trancamento de ação penal pela via do *habeas corpus* somente deve ocorrer quando evidenciada, de plano, ausência de justa causa, inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou quando presente alguma causa excludente da punibilidade, situações inexistentes na hipótese.

– Hipótese em que um atleta participante das Olimpíadas de 2016 no Rio de Janeiro provocou a atuação de autoridade, comunicando-lhe crime que sabia não ter se verificado, mediante, inicialmente, a concessão de uma entrevista a uma rede estrangeira de televisão e, posteriormente, a confirmação da narrativa pessoalmente perante a autoridade policial.

– A configuração do delito de falsa comunicação de crime prescinde de maiores formalidades, bastando que o agente, por qualquer meio idôneo, dê causa à ação de autoridade com vistas a apurar infração penal que sabe não ter ocorrido.

– Parecer pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.727.501 / RJ (2018/0046510-5)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL EM *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO. PROCEDIMENTO CRIMINAL. JUIZADO DO TORCEDOR E GRANDES EVENTOS DO RIO DE JANEIRO. ARTIGO 340 DO CÓDIGO PENAL. COMUNICAÇÃO FALSA DO CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. PROVOCAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL. TIPICIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO, COM A CONSEQUENTE DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. O trancamento de procedimento criminal, em sede de *habeas corpus*, é pretensão das mais excepcionais, somente se justificando se demonstrada, inequivocamente, a ausência de autoria ou materialidade, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas ou a ocorrência de causa extintiva da punibilidade. Precedentes.

2. O delito inserto no artigo 340 do Código Penal se configura com a provocação da autoridade competente pela persecução penal a realizar alguma diligência destinada a apurar a prática de crime ou contravenção, comunicando por qualquer meio a ocorrência de infração penal que sabe não ter ocorrido, tratando-se de crime de forma livre.

3. No caso, resta incontroverso nos autos que a instauração do inquérito policial ocorreu exclusivamente em razão da ação do recorrido, atleta estrangeiro participante das Olimpíadas de 2016 no Rio de Janeiro, que provocou a atuação da Delegacia Especial de Atendimento ao Turista - DEAT ao comunicar a ocorrência do falso delito de roubo qualificado através da imprensa.

4. Ainda que se requisite a comunicação direta à autoridade da falsa ocorrência do delito, na espécie, houve a reiteração da falsa comunicação delitiva em depoimento prestado pelo recorrido diretamente aos policiais, demonstrando-se a princípio o enquadramento típico da conduta, que teve como consequência a indevida continuidade da persecução penal.

5. Observada, *prima facie*, a tipicidade da conduta imputada ao recorrido e a consequente justa causa para a deflagração da ação penal, apenas após a devida instrução criminal, com ampla produção de provas e observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, que se poderá concluir por sua condenação ou absolvição.

6. Recurso especial provido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Preliminarmente, devo consignar que, consoante jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, a Turma Recursal dos Juizados Especiais não se enquadra no conceito de tribunal previsto no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, sendo “inadmissível o recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais” (Súmula 203/STJ).

Na hipótese, contudo, o acórdão ora impugnado é da lavra do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que concedeu a ordem de *habeas corpus* para determinar o trancamento de procedimento criminal submetido à competência do Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos do Rio de Janeiro. Em sendo assim, deve ser reconhecido o cabimento do presente recurso especial.

Da mesma forma, a legitimidade recursal do *Parquet* mostra-se evidente. Com efeito, consoante entendimento há muito firmado neste Sodalício, “o Ministério Público, como titular da ação penal, tem legitimidade para interpor recurso especial

de acórdão concessivo de *habeas corpus* que implique trancamento de ação penal”. (REsp nº 1001961/AM, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009)

No mais, verifica-se que a questão objeto do presente recurso especial é eminentemente de direito, relacionada não ao reexame de provas, mas sim à valoração jurídica dos fatos tais como postos pela Corte local, a quem cabe a análise do acervo fático e probatório dos autos, não havendo falar em incidência, no caso, da Súmula 7 desta Corte Superior de Justiça.

Cinge-se a controvérsia à tipicidade da conduta consistente na comunicação falsa do crime de roubo qualificado (artigo 340 do Código Penal), por meio da imprensa, confirmada posteriormente através de declarações prestadas à autoridade policial, tendo a instauração do inquérito se dado de ofício.

Cumpre, por primeiro, salientar que o trancamento de procedimento criminal, em sede de *habeas corpus*, é pretensão das mais excepcionais, somente se justificando se demonstrada, inequivocamente, a ausência de autoria ou materialidade, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas ou a ocorrência de causa extintiva da punibilidade.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados desta Corte Superior de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIMES AMBIENTAIS. ARTS. 56 E 60 DA LEI Nº 9.605/1998. UM AUTO DE INFRAÇÃO. DOIS CRIMES. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. TRANSAÇÃO PENAL. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COISA JULGADA. EMPRESA CORRÊ. CRIME COMUM. NÃO OCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. *O trancamento do processo em habeas corpus somente é cabível quando ficarem demonstradas, de plano, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria ou a existência de causa extintiva da punibilidade, o que não é a hipótese dos autos.*

2. O arquivamento implícito não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, nada obsta que o *Parquet* proceda ao aditamento da exordial acusatória, no momento em que se verificar a presença de indícios suficientes de autoria de outro corrêu. (Precedentes do STF)

3. À luz da teoria geral do processo, não há coisa julgada se não se reúnem, cumulativamente, os três requisitos indicados para a caracterização de tal fenômeno processual, o qual se qualifica como condição de validade da relação processual: identidade de pedido (*eadem res*), identidade de causa de pedir (*eadem causa petenti*) e identidade de pessoas (*eadem personae*).

4. É possível que um auto de infração apure diversos crimes. Assim, identificados dois crimes, um de competência do Juízo Criminal Comum e outro do Juizado Especial Criminal, não há falar em coisa julgada material para o delito previsto no art. 56 da Lei nº 9.605/1998 se o termo circunstanciado, no qual se operou a transação penal, não se refere aos recorrentes e tampouco ao delito constante na denúncia.

5. Rever a conclusão do Tribunal de origem, de que não houve consunção e sim concurso de crimes, implicaria análise vertical da prova e dos fatos, o que é vedado na cognição limitada do remédio constitucional.

6. Recurso não provido. Cassada a liminar anteriormente deferida. (RHC nº 80.144/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017)

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 12 DA LEI Nº 10.826/03. TRANCAMENTO DO PROCESSO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89, §2º, DA LEI Nº 9.099/1995. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE OU PECUNIÁRIA. PERDA DA FIANÇA. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se infere na hipótese dos autos. Precedentes.*

2. Se as instâncias ordinárias, com base em elementos de informação produzidos nos autos e de forma motivada, reconheceram a existência de provas de autoria e da materialidade delitivas, que justificam a persecução penal, maiores incursões acerca do tema, demandariam revolvimento detido do contexto fático-comprobatório dos autos, inadmissível na via eleita.

3. A Terceira Seção deste Tribunal, no julgamento do REsp nº 1.498.034/RS, da relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, pelo rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, consolidou entendimento de que não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, §2º, da Lei nº 9.099/1995, obrigações equivalentes, do ponto de vista

prático, a sanções penais (tais como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do sursis processual, se apresentam tão somente como condições para sua incidência. Precedentes.

4. “A perda do valor da fiança constitui legítima condição do sursis processual, nos termos do artigo 89, §2º, da Lei nº 9.099/1995”. (AgRg no RHC nº 69.873/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 2/8/2016, DJe 10/8/2016) 5. As condições impostas pelo Magistrado de 1º grau – prestação de serviços à comunidade ou prestação pecuniária e perda da fiança – estão em perfeita consonância com os princípios da proporcionalidade e da adequação, que regem o instituto da suspensão condicional do processo.

6. Recurso desprovido.

(RHC nº 64.083/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FALSIDADE IDEOLÓGICA (ARTIGO 299 DO CÓDIGO PENAL). TRANCAMENTO DA AÇÃO. ACEITAÇÃO DO BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PREJUDICIALIDADE DO *MANDAMUS*. INEXISTÊNCIA. ATIPICIDADE FORMAL NÃO VERIFICADA, DE PLANO. CONTRATO DE DOAÇÃO DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE. INFORMAÇÕES FALSAS QUANTO À INEXISTÊNCIA DE OUTROS FILHOS. TIPICIDADE. POTENCIALIDADE LESIVA. PREJUÍZO. PRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DOLO. REVOLVIMENTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A aceitação, pelos pacientes, do benefício da suspensão condicional do processo nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/1995 não prejudica o exame de mérito do presente *writ*, pois, acaso descumpridas as condições impostas, a ação penal poderá retomar o seu curso normal.

3. *O trancamento de inquérito ou de ação penal só se justifica em face de prova cabal que torne evidente faltar-lhe justa causa, quer pela total ausência de provas sobre a autoria e materialidade quer pela*

atipicidade da conduta ou pela ocorrência de uma causa de extinção da punibilidade. Precedentes do STF e desta Corte.

4. O crime de falsidade ideológica não, obrigatoriamente, deve ser apto a alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, pois, composto de outras figuras nucleares que, uma vez praticadas, já ensejam a tipificação do ato, pois a conjunção “ou”, constante do citado dispositivo legal, traz, justamente, a ideia de alternância/de exclusão entre os elementos subjetivos do tipo ali previstos, estando perfectibilizado o delito quando, da conduta, haja aptidão para prejudicar direito de outrem ou para a criação de obrigação ou a alteração de fato juridicamente relevante.

5. A celebração de contrato de doação mediante a inserção de dados falsos possui potencialidade lesiva, pois, a despeito da obrigatoriedade de colação dos bens doados em vida pelo doador quando da morte deste e por ocasião do processo de inventário, não menos verdade, que estando tais bens dentro da reserva disponível da herança, estes se consolidarão na propriedade do donatário que os recebeu indevidamente, devendo providenciar a colação e devolução apenas daqueles bens que porventura tenham invadido a legítima dos herdeiros necessários, situação apta a causar prejuízos aos demais herdeiros.

6. O crime de falsidade ideológica se aperfeiçoa caso o conteúdo inidôneo inserido no documento tenha o condão de produzir seus efeitos jurídicos, com valor probatório, sem necessidade de posterior chancela, para sua concreta validação, situação presente no caso dos autos.

7. O delito insculpido no artigo 299 do Estatuto Penalista é crime formal, exigindo-se, para sua consumação, a mera potencialidade lesiva, sendo prescindível a efetiva lesão patrimonial.

8. Não é possível, na via do *writ*, discutir-se se existiu dolo na conduta dos pacientes, por exigir, tal providência, aprofundado reexame das provas até então colhidas, providência inadmissível na via estreita do *mandamus*.

9. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC nº 355.140/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 26/08/2016)

Conforme relatado, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concedeu a ordem de *habeas corpus* para determinar o trancamento do procedimento criminal nº 0010307-13.2016.8.19.0207, submetido à competência do Juizado do Torcedor e Grandes Eventos do Rio de Janeiro, por atipicidade da conduta.

Concluiu a Corte de origem, em suma, que “não foi a comunicação da ocorrência paciente que iniciou a investigação do suposto crime, mas sim a própria autoridade policial após tomar ciência da matéria jornalística” e que “não é possível concluir que as afirmações posteriores do paciente configurem o crime do art. 340 do Código Penal, pois tais declarações foram prestadas no bojo de inquérito policial já em curso, instaurado, como dito, de ofício pela autoridade policial.”

Estabelece o artigo 340 do Código Penal, ao tipificar a conduta de comunicação falsa de crime ou de contravenção, que:

Comunicação falsa de crime ou de contravenção

Art. 340. Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Tutela-se, em sentido amplo, a administração da justiça, atingida em sua credibilidade e probidade, de modo a prevenir a indevida e dispendiosa movimentação dos órgãos responsáveis pela persecução criminal, desvirtuados de seus fins. A esse respeito, leciona Cezar Roberto Bitencourt que:

Bem jurídico protegido é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa perante a coletividade; tutela-se o interesse público no sentido de que a justiça não seja desviada em razão de denúncias falsas e aberrantes, procurando evitar o desvio de rota do Poder Público, com gastos desnecessários, insegurança social e perturbação de pessoas inocentes.

Protege-se, em verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários.

(*Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.1515)

O núcleo do tipo é composto pelo verbo “provocar”, que significa promover, causar ou motivar a ação da autoridade competente pela persecução penal (policial, judiciária ou o Ministério Público) a realizar alguma diligência destinada a apurar a prática de crime ou contravenção, comunicando a ocorrência de infração penal que sabe não ter ocorrido.

Consoante o escólio de Guilherme de Souza Nucci, “provocar significa dar causa, gerar ou proporcionar, que deve ser interpretado em conjunto com comunicar (fazer saber ou transmitir), resultando na conduta mista de dar origem à ação da autoridade por conta da transmissão de uma informação inverídica” (*Código Penal comentado*. 18ª ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.1569/1570).

Prossegue o renomado penalista esclarecendo que, para a concretização do delito em tela, basta a ação da autoridade em busca da descoberta ou investigação de uma infração penal, fazendo com que aja sem qualquer motivo, de modo a comprometer a administração da justiça:

Ação de autoridade: diferentemente do disposto no artigo antecedente, neste tipo penal fala-se de ação de autoridade, e não em investigação policial ou processo judicial. Podem o delegado (registrando um boletim de ocorrência), o promotor e o juiz (requisitando a instauração de inquérito policial) tomar atitudes em busca da descoberta ou investigação de uma infração penal, ainda que não oficializem seus atos, através da instauração do inquérito ou do oferecimento ou recebimento da denúncia. É suficiente para a concretização do delito de comunicação falsa de crime ou de contravenção fazer com que a autoridade aja sem qualquer motivo, perdendo tempo e comprometendo a administração da justiça, uma vez que deixa de atuar em casos verdadeiramente importantes. Há um prejuízo presumido a toda a sociedade. (Ob. cit., p.1570)

Ainda segundo abalizada doutrina, trata-se de delito de forma livre, razão pela qual a comunicação do crime prescinde de formalidades e pode ser cometida por qualquer meio, seja verbal, escrito ou inclusive de forma anônima.

A esse respeito, leciona Luiz Regis Prado que *“tal comunicação pode ser feita de várias maneiras – podendo o agente valer-se de meios escritos, orais, inclusive do anonimato ou de nome fictício –, desde que idôneas a provocar a ação investigatória da autoridade pública (delito de forma livre)”*. (Comentários ao Código Penal. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.963.)

Do mesmo sentir é a doutrina de Rogério Greco:

Não há necessidade de que tenha sido formalizado inquérito policial ou mesmo que tenha sido oferecida denúncia em juízo, pois que o tipo penal faz referência tão somente à *ação*, ou seja, qualquer comportamento praticado pela autoridade destinado a apurar a ocorrência do crime ou da contravenção penal, falsamente comunicado(a).

O agente comunica, portanto, à autoridade a ocorrência de um crime ou de uma contravenção penal que não ocorreu, fazendo com que o Estado pratique, em vão, qualquer ação no sentido de elucidar os fatos. Essa comunicação pode ser verbal, escrita ou até mesmo produzida anonimamente. (Código Penal comentado. 12ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2018, p.1229.)

Em acréscimo, também registra Paulo José da Costa Jr. que *“a comunicação ou denúncia não deve ser entendida em sentido técnico. Tem o significado de qualquer tipo de informação à autoridade (notitia criminis), apresentada espontaneamente pelo agente.”* (Código Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2007, p.1055.)

Não se exige, tampouco, que a comunicação seja direta à autoridade, como bem destacado por Vicente de Paula Rodrigues Magglio:

A comunicação falsa de crime ou de contravenção é crime de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio de execução) e, ainda, direta ou indiretamente: (1) *de forma direta* - o agente, diretamente, comunica a falsa ocorrência de crime ou contravenção penal a qualquer uma das autoridades competentes, de forma oral ou por escrito; (2) *de forma indireta* - o agente faz chegar a falsa ocorrência de crime ou de contravenção penal ao conhecimento da autoridade competente, por meio de carta, terceira pessoa, telefonema anônimo (ou com nome suposto), pelo acionamento da polícia militar etc. (Curso de Direito Penal: Parte Especial (arts. 289 e 361. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p.341.)

Nessa linha de raciocínio, aliás, este Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Conflito de Competência nº 4.552/SP, da relatoria do Ministro Edson Vidigal, acolheu a tese segundo a qual *“não importa a quem tenha sido feita a comunicação falsa de crime para que se configure o crime do CP, art. 340. O que conta é se dessa comunicação falsa houve alguma providência para apurar.”* (CC nº 4.552/SP, Rel. Ministro EDSOVIDIGAL, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 21/10/1993, DJ 29/11/1993, p.25843.)

Na espécie, da leitura do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, competente pela análise do conteúdo fático e probatório deste feito, resta incontestado que, embora tenha se dado de ofício, inclusive por imperativo legal (artigo 5º do Código de Processo Penal), a instauração do inquérito policial pela DEAT ocorreu exclusivamente em razão da ação do recorrido, que provocou a atuação da autoridade policial ao comunicar a ocorrência do falso delito de roubo qualificado através da imprensa.

Fundamental ressaltar que, tendo a oportunidade de se retratar das declarações dadas à rede estrangeira de televisão, ao prestar esclarecimentos pessoalmente à autoridade policial o recorrido, houve por bem reiterar a falsa comunicação criminosa, o que ensejou o prosseguimento das investigações.

Como bem asseverado pelo voto-vencido proferido na origem, *“considerando que a ação penal atinente à suposta conduta delituosa que teria vitimado o paciente – roubo majorado – é pública incondicionada, uma vez noticiada a sua*

prática, (...) obrou com acerto e zelo a autoridade policial que, segundo se colhe dos autos, procurou o paciente e este confirmou a versão dada à imprensa, a qual se revelou falsa no curso da apuração.”

Desse modo, verifica-se a configuração em tese do delito tipificado no artigo 340 do Código Penal, que, consoante a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt, se consuma “com a ação da autoridade, motivada pela comunicação de crime ou contravenção, isto é, consuma-se quando e onde a autoridade promove qualquer diligência para apurar a falsa infração penal.” (Ob. cit., p.1516)

Com efeito, ainda que se entenda que seria necessária a comunicação direta à autoridade da falsa ocorrência do delito, com a reiteração da falsa comunicação delitiva em depoimento prestado pessoalmente aos policiais, no dia seguinte ao ocorrido, demonstrou-se a princípio o enquadramento típico da conduta, que teve como consequência a indevida continuidade da persecução penal.

Observa-se, assim, *prima facie*, a tipicidade da conduta imputada ao recorrido e a consequente justa causa para a deflagração da ação penal. E, nesse sentido, apenas após a devida instrução criminal, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, que se poderá concluir pela sua condenação ou absolvição.

De mais a mais, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é uniforme em afirmar a inadequação da via eleita do *habeas corpus* (bem como do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ) para se aferir a presença do elemento subjetivo do tipo, mormente no limiar da persecução penal, tratando-se de etapa a ser elucidada durante a instrução, com ampla produção de provas.

Sobre o tema, cumpre trazer à baila os seguintes precedentes deste Sodalício:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. FRUSTAR OU FRAUDAR O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO (ART. 99, LEI Nº 8.666/1993). FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299, CP). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INEXISTÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. EXAME INVIÁVEL NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade ou a ausência de prova da materialidade ou de indícios mínimos de autoria, o que não ocorre na espécie.

III - Segundo jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior, a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos e suficientes de autoria. A certeza será comprovada ou afastada durante a instrução probatória, prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia o princípio do *in dubio pro societate*.

IV - O acolhimento da tese defensiva – ausência de indícios mínimos de autoria e inexistência do dolo específico – demandaria, necessariamente, amplo reexame da matéria fático-probatória, procedimento a toda evidência incompatível com a via do *habeas corpus* e do respectivo recurso ordinário.

V - Na hipótese, não se vislumbra a alegada inépcia da denúncia, porquanto a exordial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, permitindo a compreensão dos fatos e possibilitando o amplo exercício do direito de defesa.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC nº 88.699/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 04/04/2018)

PROCESSUAL PENAL. DEPUTADO ESTADUAL. UTILIZAÇÃO DE PASSAGENS AÉREAS PARA FINS PARTICULARES. PECULATO. DENÚNCIA. DESCRIÇÃO FÁTICA SUFICIENTE E CLARA. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DA MATERIALIDADE. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. FALTA DE DOLO E ATIPICIDADE. TRANCAMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA.

1. Devidamente descritos os fatos delituosos (indícios de autoria e materialidade), não há falar em inépcia da denúncia. Plausibilidade da acusação, em face do liame entre a pretensa atuação do paciente e os fatos.

2. Em tal caso, está plenamente assegurado o amplo exercício do direito de defesa, em face do cumprimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

3. O *habeas corpus* não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta justa causa (ausência de dolo e atipicidade), não relevada, *primus oculi*. Intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do writ.

4. Ordem denegada.

(HC nº 419.630/RO, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 27/03/2018)

PROCESSO PENAL E PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. FURTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE DOLO. EXCLUDENTE DE ILICITUDE POR LEGÍTIMA DEFESA DA POSSE. TESES DE MÉRITO DA ACUSAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que o trancamento da ação penal é medida de exceção, possível somente quando inequívoca a inépcia da denúncia e a ausência de justa causa, o que não se verifica na hipótese.

2. O Tribunal de origem considerou existente suporte probatório mínimo para a persecução criminal e infirmar a conclusão da instância ordinária configura revolvimento probatório, vedado na via do *habeas corpus*.

3. *As teses de ausência de dolo e excludente de ilicitude por legítima defesa da posse se relacionam diretamente com o mérito da acusação, exigindo prévia instrução probatória para a efetiva comprovação do alegado. Precedente.*

4. Recurso em *habeas corpus* improvido.

(RHC nº 66.576/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 15/08/2016)

Dessarte, presentes os requisitos básicos para a persecução penal (indícios de autoria e materialidade) e não se podendo concluir, *ictu oculi*, pela ausência de justa causa à increpação, a tese do trancamento não prospera.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ministerial para denegar a ordem impetrada na origem, determinando-se o consequente prosseguimento da persecução penal pela prática do delito de comunicação falsa de crime.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.727.501 / RJ (2018/0046510-5)

VOTO-VENCIDO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Senhor Presidente, vou pedir vênias para divergir e o faço por uma razão muito simples, que constitui, a meu ver, o cerne da questão, que é a violação ao princípio da legalidade ou reserva legal.

De início, saliento que não vejo no invocado precedente da Terceira Seção, que já data de 25 anos em um conflito de competência, identidade da *quaestio iuris*. Não está disponibilizado o inteiro teor do acórdão, mas se vê pela ementa

que o caso ali julgado cuidava da definição de competência em razão do local onde teria sido instaurado o inquérito policial.

Então, afastado o vínculo a um precedente da Seção, estamos, portanto, livres para julgar, pela primeira vez, um caso desta natureza. Parece-me que aqui se trata, como bem ressaltado pela nobre defesa, de observância a um princípio basilar do Direito Penal – talvez o mais importante, pois constitui a gênese do próprio Direito Penal, na sua formulação moderna, a partir da lição de Feuerbach – que é o princípio da reserva legal, positivado tanto na Constituição, no inciso XXXIX do art. 5º, quanto no primeiro artigo do Código Penal, a demonstrar não ser possível ultrapassar, ainda que por esforço interpretativo, o que diz a Lei e a Carta Maior.

A Lei Penal é muito clara, a meu ver, na descrição do tipo penal relativo ao crime de comunicação falsa de crime. Ela fala de comunicação à autoridade policial e quando usa o pronome indireto “lhe”, deixa transparecer que não é uma simples comunicação, uma declaração, mas uma comunicação dirigida à autoridade policial, que pode ser feita por diversos meios, inclusive por denúncia anônima, desde que, depois, se apure ter partido do próprio agente do crime.

O exemplo citado da tribuna, que também consta do memorial apresentado – e o eminente membro do Ministério Público também apresentou memoriais, que igualmente li –, é eloquente. O exemplo é o de uma narrativa de um crime, num círculo de amigos ou numa reunião ou numa conversa telefônica, que, ouvida por uma autoridade policial, dá ensejo à instauração de inquérito, *sponte sua*, sem a provocação direta do agente do crime.

Vejo, assim, uma primeira dificuldade para a caracterização do delito em apreço, que é a ausência *a parte objecti* do crime, *i.e.*, a falta do elemento objetivo do crime referido no verbo nuclear desse tipo penal, que é falsamente *comunicar a alguém* o crime.

Também vejo carência de tipicidade *a parte subjecti* na configuração desse crime, porque nada sugere que tenha sido a intenção do atleta dar causa à instauração de inquérito policial. Ele comunicou o crime claramente com o intuito de dissimular uma ação ilícita que ele havia praticado, mas, em nenhum momento, os autos indicam que sua intenção, ao comunicar, em entrevista, a prática de um crime de que teria sido vítima, seria a instauração de inquérito ou investigação policial. Não percebo estar o agente subjetivamente vinculado à narrativa do tipo, que é comunicar, dando causa à instauração de inquérito.

O voto da eminente Ministra Maria Thereza acentua o fato de ele haver prestado depoimento, creio que no dia seguinte, com a intercessão do Consulado. Ao fazer essa declaração, confirmando a história inicialmente narrada, ele, se não deu causa no início, neste momento, estaria incurso nas penas desse crime, no entender da Relatora.

Aqui, também, mais uma vez, vejo como questão de tipicidade, porque o inquérito já estava instaurado. Então, não importa o que ele disse depois ao ser

ouvido pela autoridade policial. O que disse pode ter decorrido de estratégia defensiva, de exercício do direito ao silêncio, de não se autoincriminar, mas o fato é que já estava instaurado o inquérito. Então, não foi em razão do segundo depoimento que houve a configuração do crime.

Lendo a decisão do Tribunal de Justiça, entendi muito pertinente o voto do Relator, quando enfatizou que “não se olvida da gravidade moral das condutas perpetradas pelo paciente, que teria urinado em público, danificado placa publicitária de um posto de gasolina, noticiado na mídia a ocorrência de grave fato, roubo circunstanciado pelo emprego de arma em concurso de agentes, condutas essas incompatíveis com o comportamento que se espera de um atleta olímpico, que participa em outro país dos Jogos Olímpicos, símbolo de integração e confraternização entre os povos civilizados. Tais fatos poderiam, inclusive, ensejar ação penal privada pelo crime de dano, tal como previsto no art. 163, e ainda configurar a contravenção penal do art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688, Lei das Contravenções Penais, mas jamais o delito do art. 340 do Código Penal, por absoluta ausência de tipicidade.”

Em suma, o comportamento foi imoral, foi ilícito, foi talvez um ilícito penal, mas não vejo como possamos, com a devida vênia, dar uma interpretação larga ao tipo penal em questão, por ter havido uma atitude eticamente reprovável e que gerou consequências muito mais danosas ao próprio agente, porque, enfim, a sua carreira, como atleta, ali se encerrou, caiu no opróbrio popular, reprovado inclusive no seu próprio país, onde depois ele confirmou os fatos.

Com esses fundamentos, eu peço vênia para negar provimento ao recurso do Ministério Público, confirmando a decisão do Tribunal local.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.727.501 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2018/0046510-5

Números	Origem:	00019626320168199000	00099945220168190207
00103071320168190207	00288247120178190000	00426734720168190000	
103071320168190207	19626320168199000	201725402029	288247120178190000
426734720168190000	99945220168190207		

**PAUTA: 26/06/2018
JULGADO: 26/06/2018**

Relatora

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO: RYAN STEVEN LOCHTE

ADVOGADOS: TIAGO MARTINS LINS E SILVA / RJ102065

RALPH HAGE NICOLAU RITTER VIANNA - RJ123354

PEDRO YUNES MARONES DE GUSMAO - RJ150652

CORRÉU: JAMES FEIGN

**ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes Contra a Administração da Justiça -
Comunicação falsa de crime ou de contravenção**

SUSTENTAÇÃO ORAL

**Exmo. Sr. Dr. RODRIGO DE ALMEIDA MAIA, pela parte RECORRENTE: MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Dr. TIAGO MARTINS LINS E SILVA, pela parte RECORRIDA: RYAN STEVEN LOCHTE

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial ministerial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencido o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.643.051 / MATO GROSSO DO SUL (2016/0325967-4)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RECORRIDO: A. L. S. DOS S.

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO *IN RE IPSA*. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBITRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça – sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, §8º) – tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei nº 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares nºs 542, 588, 589 e 600.

2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal.

4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a

Lei nº 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa.

5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o *quantum* ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio.

6. No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza –, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada.

7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa.

8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos.

9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa – sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o *onus probandi* é integralmente do órgão de acusação –, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.

10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica.

TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, retomado o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Felix Fischer, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso especial para restabelecer a indenização mínima fixada pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica, e os votos dos Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior, no mesmo sentido, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial para restabelecer a indenização mínima fixada pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica, estabelecendo a seguinte tese: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2018

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECURSO ESPECIAL Nº 1.643.051/MS (2016/0325967-4)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RECORRIDO: A. L. S. DOS S.

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ: O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele

estado, que, ao dar provimento aos embargos infringentes e de nulidade opostos pelo recorrido, reformou a conclusão alcançada no julgamento da Apelação Criminal nº 0021828-20.2015.8.12.0001, para afastar, da sentença condenatória, *a fixação de indenização mínima à vítima, pelos danos morais por ela suportados*, em decorrência da prática do crime previsto no art. 147, c/c o art. 61, II, f, ambos do Código Penal.

Alega, em suma, que o acórdão violou o disposto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, uma vez que, a) apesar de o referido dispositivo legal não fazer nenhuma exigência nesse sentido, houve expresso pleito de reparação na denúncia; b) o valor mínimo, fixado na sentença, pode ser a título de reparação de danos materiais ou morais; c) devidamente oportunizado ao recorrido manifestar-se acerca do pleito indenizatório; d) considerado o contexto da violência praticada (no âmbito das relações domésticas e familiares), o dano é presumido (*in re ipsa*), ou seja, independe de prova específica.

Requer, por isso, o restabelecimento da indenização fixada na sentença.

A defesa apresentou contrarrazões às fls. 508-518, pugnando pela manutenção do acórdão recorrido.

O Ministério Público Federal, por sua vez, manifestou-se pelo conhecimento e pelo provimento do recurso especial (fls. 534-538).

Haja vista *a multiplicidade de feitos que aportam nesta Corte Superior com semelhante controvérsia – necessidade ou não de produção de provas* para a fixação, na sentença condenatória, de *indenização por danos morais* à mulher vítima de crime no âmbito doméstico e familiar –, a Terceira Seção do STJ, em sessão colegiada realizada em 11/10/2017, submeteu o julgamento deste recurso especial ao rito dos *recursos repetitivos* (fls. 542-547).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.643.051/MS (2016/0325967-4)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO *IN RE IPSA*. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça – sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que “O Estado assegurará a assistência à família

na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, §8º) – tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei nº 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares nºs 542, 588, 589 e 600.

2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal.

4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei nº 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa.

5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o *quantum* ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio.

6. No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza –, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada.

7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da

diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa.

8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos.

9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa – sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o *onus probandi* é integralmente do órgão de acusação –, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.

10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica.

TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL

O recurso especial preenche os requisitos de admissibilidade, porquanto, além de tempestivamente interposto, diz respeito à matéria jurídica devidamente prequestionada e definitivamente enfrentada no acórdão impugnado, em que houve amplo debate do tema pelo Tribunal de origem. Destaco, ainda, que não há óbices regimentais ou sumulares que impeçam a análise do recurso.

II. CONTEXTUALIZAÇÃO

A. L. S. dos S., ora recorrido, foi denunciado pela prática dos crimes previstos no art. 147, c/c o art. 61, II, f, ambos do Código Penal, e no art. 14 da Lei nº 10.826/2003,

porque, em 30 de maio de 2015, além de ameaçar E. S. dos S., *sua irmã*, de causar-lhe mal injusto e grave, apontando, na ocasião, uma arma de fogo calibre 38 em sua direção, retornou ao local, momentos depois, e tentou adentrar na residência da vítima, desferindo vários chutes em seu portão.

O réu foi autuado em flagrante (fls. 5-19). A vítima solicitou medidas protetivas de urgência ao Juízo (fls. 20-21) e ainda representou contra seu algoz (fls. 22-23). Ao oferecer denúncia, o órgão acusatório fez os seguintes requerimentos (fl. 2, destaquei):

Requer o Ministério Público, após a autuação e recebimento da presente exordial, a citação do denunciado para apresentar resposta preliminar, nos termos dos artigos 396 e 396-A do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/2008, prosseguindo-se a ação penal, superada a fase do art. 397 da citada lei, até final decisão e condenação, inclusive, sendo o caso, *fixando-se valor mínimo para reparação de danos, conforme previsão estabelecida pelo artigo 387, IV, do CPP, também com redação da Lei nº 11.719/2008.*

Regularmente citado (fl.78), o recorrido apresentou sua defesa preliminar, pugnando pura e simplesmente por absolvição sumária, em observância ao princípio da insignificância (fls. 85-88).

Em audiência, *a ofendida requereu seu ingresso na lide como assistente de acusação, o que foi deferido pelo Juízo na mesma assentada* (fl.138). À oportunidade, foram colhidas as declarações da vítima e o depoimento de testemunhas. O réu foi interrogado logo em seguida.

Encerrada a instrução e ofertadas as alegações finais pelas partes (fls. 177-181, 183-187 e 195-209), o Juízo singular, pondo termo à lide no primeiro grau, condenou o réu a *2 meses e 10 dias de detenção, em regime aberto, pela ameaça, a 2 anos e 6 meses de reclusão, também em regime aberto, mais multa, pelo porte ilegal de arma de fogo, e ao pagamento de indenização mínima à vítima, no valor de R\$3.000,00, para reparação dos danos morais* por ela suportados. Empregou, para tanto, os seguintes fundamentos (fls. 214-215; destaquei):

Quanto à reparação mínima de danos que deve ser concedida, nota-se que o art. 387, IV, do CPP, de cunho imperativo, veio para prestigiar a vítima e conceder-lhe maior celeridade na obtenção da antecipação da indenização, pois, nos termos do art. 91, I, do Código Penal, trata-se de efeito automático da sentença condenatória definitiva.

Anota-se que o art. 387, IV, do CPP não faz qualquer distinção quanto ao tipo de dano a ser indenizado, ou seja, material ou moral.

Ainda, entendo que, *em se tratando de violência doméstica e familiar contra a mulher, estamos diante do dano moral in re ipsa, portanto que dispensa prova para sua configuração. O dano moral, assim, decorre da prática delituosa contra a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à honra, à imagem da mulher* (art. 5º CF). Não há necessidade de a vítima comprovar que a conduta do agressor se deu de forma injusta e de má fé; ou comprovar que de fato ela sofreu abalo psíquico, emocional, moral para conseguir a reparação.

Observa-se que há entendimento do STJ no sentido de que prescindem de prova do dano moral os casos de cadastro de inadimplentes; atraso de voo; diploma sem reconhecimento e outros (Ag 1.379.761; REsp 299.532; REsp. 631.204). Da mesma forma, entendo que *no caso de violência doméstica a mulher também está dispensada de apresentar prova de que sofreu dano moral por ter sido vítima de calúnia, difamação, ameaça, lesão e outros delitos. O próprio fato já configura dano.*

Ressalta-se, por fim, que não existe qualquer prejuízo para o réu na fixação do valor mínimo para reparação dos danos, que pode ser complementado em ação própria no cível, uma vez que *as garantias constitucionais, como o contraditório e ampla defesa, foram atendidas durante a instrução criminal e, repita-se, trata-se de um dos efeitos da condenação.*

POSTO ISSO, JULGO PROCEDENTE A DENÚNCIA PARA CONDENAR A. L. S. DOS S. como incurso nas penas do art. 147 do Código Penal e art. 14 da Lei nº 10826/2003, conforme apurado na instrução.

Nos termos do art. 387, IV, do CPP c/c art. 91, I, do CP, fixa-se o valor mínimo para reparação de danos morais sofridos pela vítima em R\$ 3.000,00 corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV, a partir da data do arbitramento (Súmula 362, STJ), com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data dos fatos (Súmula 54 STJ), ficando a critério da vítima a execução no juízo cível competente.

Irresignado com o *decisum*, o réu apelou ao Tribunal *a quo* pugnando: a) por sua absolvição; b) pela inaplicabilidade da agravante prevista no art. 61, II, f, do Código Penal; c) pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou, ao menos, d) pelo afastamento da indenização ou e) pela modificação de seus termos e consectários.

O Tribunal sul-mato-grossense negou provimento à apelação, mantendo na íntegra a sentença (fls. 364-373). Todavia, o resultado alcançado pela maioria do órgão colegiado foi parcialmente modificado em embargos infringentes, também por maioria, pontualmente para afastar a indenização mínima fixada.

Consoante os fundamentos do voto prevalente, considerou-se que (fls. 435-437):

O valor fixado a título de indenização por danos (morais e patrimoniais) fixados na sentença e mantidos no julgamento perante o colegiado, com espeque no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve, de acordo com o voto minoritário, ser decotado.

É incontestado o abalo sofrido por vítimas de infrações criminais, principalmente naquelas em que a pessoa é o bem jurídico tutelado, tornando tormentosa a fixação de indenização nesta hipótese.

Há de se notar ainda, no que tange aos danos morais, verifica-se que não são abarcados pelo disposto no inciso IV do artigo em comento, sendo aplicáveis aos prejuízos efetivamente sofridos, ou seja, aos danos materiais. Aliás, para sanar definitivamente a questão, “é preciso chamar atenção para uma parte específica da redação do art. 387, IV, do CPP: ‘considerando os prejuízos sofridos’. A expressão ‘prejuízo’ sugere dano material, s.m.j., pois no dano moral há o sofrimento, a dor ou o abalo psicológico profundo. Aliás, o exercício dessa competência cível pelo Juízo criminal é realizado excepcionalmente. E como toda exceção, deve ser interpretada restritivamente, *cum grano salis*”¹.

Outrossim, esclarecedora ainda a lição de Eugênio Pacelli e Douglas Ficher ao ensinar que “parece-nos que a Lei não se reportou aos danos de natureza moral, limitando-se àqueles valores relativos aos danos materiais, de fácil comprovação (do prejuízo) no processo. O arbitramento do dano moral implicaria: (a) a afirmação de tratar-se de verba indenizatória, isto é, de natureza civil; e (b) a necessidade de realização de todo o devido processo penal para sua imposição, o que não parece ser o caso da citada Lei nº 11.719/08”², entendimento ao qual perfilho-me.

Por fim, malgrado o pedido genérico na peça acusatória, sequer houve instrução específica a fim de apurar e mensurar o dano gerado.

[...]

Nesse ínterim, deve prevalecer o voto minoritário para afastar a indenização fixada.

Cinge-se, pois, a *quaestio iuris* à verificação, ante os contornos fáticos incontestados demarcados no acórdão ora objurgado, (a) da necessidade ou não de indicação de um montante mínimo pelo postulante e (b) da necessidade ou não da produção de prova, durante a instrução criminal, para a fixação, em sentença condenatória, da indenização por danos morais sofridos pela vítima de violência doméstica.

III. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA RUMO À MAIOR PROTEÇÃO DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e fortalecimento da vítima, particularmente a mulher, no processo criminal.

Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei nº 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 387 - O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

[...]

Ainda que uma ou outra voz doutrinária considere de menor amplitude tal previsão normativa, que alcançaria apenas os danos materiais (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 822; POLLASTRI Lima, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1.182), melhor compreensão, a meu aviso, teve a doutrina liderada, *inter alia*, por autores como BADARÓ, Gustavo (*Processo Penal* – 4ª ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 538) e RANGEL, Paulo. (*Direito Processual Penal*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 601), até porque se alinha à já pacífica jurisprudência desta Corte Superior, de que *a indenização da qual trata o citado dispositivo legal contempla as duas espécies de dano: o material e o moral*.

Nesse sentido, ilustrativamente:

[...] A reparação civil dos danos sofridos pela vítima do fato criminoso, prevista no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve ser deferida sempre que requerida e *inclui também os danos de natureza moral*. [...] (AgRg no REsp nº 1.636.878/MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 28/8/2017, destaquei.)

Mais robusta ainda há de ser tal compreensão, a meu sentir, quando se cuida de danos experimentados pela mulher vítima de violência doméstica – quase sempre, mas nem sempre, como na espécie em exame, perpetrada pelo (ex) marido ou (ex) companheiro –, situação em que é *natural* (pela diferente constituição física) e *cultural* (pela formação sexista e patriarcal da sociedade brasileira) a vulnerabilidade da mulher.

Malgrado não caiba, neste âmbito, questionar as raízes da experimentação e da sensibilização fundadas na perspectiva de cada um, urge, todavia, sem mais, manter os olhos voltados ao já não mais inadiável *processo de verdadeira humanização das vítimas de uma violência* que, de maneira infeliz, decorre, predominantemente, da sua simples inserção no gênero feminino.

As dores sofridas historicamente pela mulher vítima de violência doméstica são incalculáveis e certamente são apropriadas em grau e amplitude diferentes. Sem embargo, é impositivo, posto que insuficiente, reconhecer a existência dessas dores, suas causas e consequências. É preciso compreender que defender a liberdade humana, sobretudo em um Estado Democrático de Direito, também consiste em refutar, com veemência, a violência contra as mulheres, defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou minimizem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

No plano normativo, são inegáveis os avanços ocorridos desde a Constituição da República de 1988, que estabeleceu clara determinação de maior proteção no âmbito das relações domésticas, prevendo que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, §8º).

Por outro viés, o Brasil – e seus agentes públicos, por óbvio – não pode se eximir dos compromissos assumidos por haver aderido a tratados internacionais que envolvem direitos humanos e, em especial, direitos das mulheres, notadamente a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará), de modo a robustecer a compreensão acerca da relevância do tema no próprio ambiente jurídico e a direcionar suas ações para a necessária mudança social e o aperfeiçoamento de mecanismos nacionais de prevenção e repressão à violência contra as mulheres.

Recorde-se importante marco na trajetória nacional em prol da maior tutela dos direitos das mulheres, a saber, a responsabilização, há menos de 20 anos, do Estado brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por *negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres*, de que resultou a assunção do compromisso do Estado brasileiro em cumprir com as recomendações estabelecidas por aquela comissão, *entre as quais a adoção de políticas públicas voltadas à prevenção, à punição e à erradicação da violência contra a mulher*.

Sob esse compromisso fez-se aprovar a Lei nº 11.340, em 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que modificou a redação da alínea *f* do inciso II do art. 61 do Código Penal, e, mais recentemente, a Lei nº 13.104/2015, a qual alterou o art. 121 do Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, a par da consequente inclusão no art. 1º da Lei nº 8.072/1990 desse delito no rol dos crimes hediondos.

Também não se olvide a criação das Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher (DEAMs) por todas as unidades federativas e da instituição dos Juizados de Violência Doméstica ou Varas especializadas em processar, julgar e executar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como das Coordenadorias de Violência contra a Mulher, importante iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para o aprimoramento da estrutura do Judiciário e a melhoria da prestação jurisdicional para o combate e a prevenção da violência contra as mulheres. Mencionem-se, também, as Casas-Abrigo, a Casa da Mulher Brasileira, os Centros de Referência de Atendimento à Mulher, a especialização de órgãos da Defensoria Pública voltados à assistência jurídica e gratuita à população feminina hipossuficiente financeiramente e a constituição de serviços de saúde especializados, com equipes multidisciplinares, no atendimento dos casos de violência contra a mulher.

Parece razoável, nessa análise, constatar que o *padrão sistemático de omissão e negligência em relação à violência doméstica e familiar contra as mulheres brasileiras vem sendo pouco a pouco derrubado*.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário, em observância à Constituição Federal, vem atuando de forma pungente *no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher*.

Tome-se como claro sinal dessa mudança de abordagem judiciária sobre o tema a decisão, em 9/2/2012, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424 – para atribuir interpretação conforme a Constituição aos arts. 12, I; 16 e 41, todos da Lei nº 11.340/2006, o STF acolheu tese oposta à jurisprudência até então consolidada naquele Tribunal, ao assentar que os crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar são de iniciativa pública incondicionada.

Compreendeu o Supremo Tribunal Federal necessária a mais desinibida intervenção estatal, de maneira a maximizar os princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), ante os alarmantes dados estatísticos, os quais indicam que, na maioria dos casos, a vítima acaba por não representar contra o agressor ou por afastar a representação anteriormente formalizada, enquanto o agente, por sua vez, passa a reiterar seu comportamento ou a agir de forma mais agressiva, aprofundando, assim, o problema e acirrando sua invisibilidade social.

A decisão da Corte Suprema, ainda, melhor explicitou o dever estatal de assegurar a assistência à família e de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, desvinculadas dos critérios e das vontades de quem, fragilizada, sofre a violência, dada a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais e os graves impactos emocionais impostos à vítima, que a impedem de romper com o estado de submissão (ADI nº 4.424/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 9/2/2012, divulgado em 31/7/2014, DJe 1º/4/2014).

Este Superior Tribunal de Justiça, sensível a essa importante evolução jurisprudencial, editou a Súmula nº 542, publicada no DJe 26/8/2015, estabelecendo

que “a ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”. Além disso, a Terceira Seção do STJ, para lançar uma pá de cal sobre qualquer divergência ainda persistente no tratamento do tema, consolidou, em 10/5/2017, a tese de que “a ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública incondicionada” (Pet nº 11.805/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 3ª S., DJe 16/5/2017).

Nessa estrada, outros significativos passos foram dados por esta Corte: a aprovação das Súmulas nºs 588 e 589, em 13/9/2017, pelo colegiado desta Terceira Seção, para sedimentar, respectivamente, os entendimentos de que “a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos” e de que “é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas”.

Por último, e não menos importante, a aprovação do verbete sumular nº 600, em 22/11/2017, a fim de apontar a unificação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que, “para configuração da violência doméstica e familiar prevista no art. 5º da Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, não se exige coabitação entre autor e vítima”.

IV. IMPOSIÇÃO, EM SENTENÇA CONDENATÓRIA, DA REPARAÇÃO MÍNIMA PELOS DANOS SUPOSTOS PELA VÍTIMA

IV. 1. PEDIDO EXPRESSO – NECESSIDADE

Feita essa digressão, importante para demonstrar o caminhar das cortes superiores na direção de uma crescente e mais efetiva proteção à mulher vítima de violência doméstica, cumpre assinalar que *ambas as Turmas desta Corte Superior já firmaram o seu entendimento de que a imposição, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica requer a dedução de um pedido específico, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa.*

Menciono, como exemplos, os seguintes julgados:

[...] 2. Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, *deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes.* [...] (REsp nº 1.193.083/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 27/8/2013, grifei.)

[...] 1. A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal com redação dada pela Lei nº 11.719/2008, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, *requer pedido expresso e formal,*

de modo a oportunizar o devido contraditório. (AgRg no REsp nº 1.387.172/TO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 16/3/2015, grifei.)

[...] 1. *A aplicação do instituto disposto no art. 387, IV, do CPP, referente à reparação de natureza cível, por ocasião da prolação da sentença condenatória, requer a dedução de um pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa.* (AgRg no REsp nº 1.502.962/GO, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 13/12/2016, grifei.)

[...] 2. Esta Corte entende que a pretensão indenizatória, prevista no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal *não dispensa o expresso pedido formulado pela vítima*, até mesmo em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório, possibilitando ao réu defender-se oportunamente. [...] (AgRg no REsp nº 1.260.643/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe 25/2/2015, grifei.)

[...] Esta Corte Superior tem admitido que o Juiz, com base no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, estabeleça a reparação por danos morais, *quando requerido*, existindo elementos suficientes para o seu arbitramento. [...] (AgRg no REsp nº 1.669.723/MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 1º/9/2017, grifei.)

IV. 2. DISPENSABILIDADE DA INDICAÇÃO DO VALOR

Todavia, resta ainda a esta Corte uniformizar o entendimento sobre ser necessário ao postulante da reparação de danos apontar o valor líquido e certo pretendido ou, se ao contrário, pode o valor ser fixado pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio.

Pelos ensinamentos da doutrina:

[...]

Não é necessário [...] que o Ministério Público – ou o ofendido, na ação penal de iniciativa privada – estabeleça na inicial a quantificação do valor mínimo que pretende ver fixado. Basta que o acusador formule pedido expresso de que haja a fixação de valor mínimo a título de reparação do dano causado pelo crime. (REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 312, grifei.)

[...] A situação fática em que o ato danoso ocorreu integra a causa de pedir, cuja comprovação é ônus do autor da demanda. *Esse fato, uma vez comprovado, será objeto de análise judicial quanto à sua natural lesividade psicológica, segundo a experiência da vida, ou seja,*

daquilo que normalmente ocorre em face do homem médio na vida social. (THEODORO JR., Humberto. *Dano moral*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2009, p. 122, destaquei.)

A Quinta Turma possui julgados no sentido de que *“a reparação do dano sofrido, prevista no inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, exige pedido expresse e indicação do valor pretendido”* (AgRg no AREsp nº 1.062.989/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 18/8/2017.)

A Sexta Turma desta Corte, por sua vez, considera que *“o juízo penal deve apenas arbitrar um valor mínimo, o que pode ser feito, com certa segurança, mediante a prudente ponderação das circunstâncias do caso concreto – gravidade do ilícito, intensidade do sofrimento, condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, grau de culpa etc. – e a utilização dos parâmetros monetários estabelecidos pela jurisprudência para casos similares. Sendo insuficiente o valor arbitrado, poderá o ofendido, de qualquer modo, propor liquidação perante o juízo cível para a apuração do dano efetivo (art. 63, parágrafo único, do CPP).”* (AgRg no REsp nº 1.626.962/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 16/12/2016.)

Nesse ponto, entendo, pois, que o pedido expresse por parte do Ministério Público ou da ofendida, na exordial acusatória, é, de fato, suficiente, ainda que desprovido de indicação do seu *quantum*, de sorte a permitir ao juízo sentenciante *fixar o valor mínimo a título de reparação pelos danos morais, sem prejuízo, evidentemente, de que a pessoa interessada promova, no juízo cível, pedido complementar*, onde, então, será necessário produzir prova para a demonstração do valor dos danos sofridos.

IV. 3. DISPENSABILIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVA

Além disso, ainda carece de uniformização – e aqui reputo ser o *ponto nevrálgico da questão* posta sob exame – definir se é necessária ou dispensável a prova do dano moral sofrido pela vítima de violência doméstica.

A esse propósito, creio deva o intérprete e aplicador da lei tomar, como premissa inicial desse labor, o que dispõe o art. 1º da Lei Maria da Penha, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

O referido marco legislativo teve como gênese recomendação – expressa em reclamação submetida à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pela vítima de violência doméstica que emprestou seu nome à lei – para que, “sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, *a reparação simbólica e material pelas violações sofridas por Penha por parte do Estado brasileiro por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo*”.

E, como visto linhas atrás, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário têm, ao longo dos últimos anos, avançado significativamente no enfrentamento do tema, na compreensão de que *a Lei Maria da Penha teve por escopo minimizar os efeitos das sucessivas exposições da situação de violência doméstica vivenciada pela mulher, até então novamente vitimizada durante o processo de responsabilização do seu agressor*.

Em verdade, ainda precisa o Judiciário avançar na otimização dos princípios e das regras desse novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei nº 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica e melhor estruturando as Varas de Violência Doméstica (ou Juizados de Defesa da Mulher), a fim de que possam concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, *reduzindo sensivelmente a revitimização* e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos.

No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza –, *a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal* já mencionada, *passou a permitir que o juízo único* – o criminal – *possa decidir* sobre uma importância que, relacionada à dor, ao sofrimento e à humilhação da vítima, incalculáveis sob o ponto de vista matemático e contábil, deriva da própria prática criminosa experimentada, esta, sim, carente de comprovação mediante o devido processo legal.

A humilhação, a dor moral, a mácula aos conceitos de dignidade, de valor perante a sociedade, são, de fato, de difícil ou impossível mensuração; todavia, decorrem, inequivocamente, da situação de quem é vítima de uma agressão, verbal, física ou psicológica, na condição de mulher. Como alerta Ela Wiecko Volkmer de Castilho, aliás:

[...] a violência física quase sempre está acompanhada de maltrato psicológico e, em muitos casos, de abuso sexual. Contudo, sem embargo de quão severas sejam as consequências físicas da violência, a maioria das mulheres considera que os efeitos psicológicos são mais prolongados e devastadores [...].

Trazendo mais especificamente para a realidade brasileira, Rios do Amaral (2011, p. 4) observa que *“a maioria esmagadora dos registros policiais sinaliza que a violência psicológica é, sim, o bem mais atingido das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.”* (Violência psicológica. BARBOSA, Thereza Karina de Figueiredo Gaudêncio (Org.). *A mulher e a justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos*. Brasília: AMAGIS-DF, 2016, p. 36.)

À evidência, os episódios que envolvem violência doméstica contra a mulher causam sofrimento psíquico, com intensidade que, por vezes, chega a provocar distúrbios de natureza física e até mesmo o suicídio da vítima.

A despeito, assim, da natural subjetividade sobre o que efetivamente deva ser considerado bem jurídico a vindicar a especial tutela do Direito Penal, “é preciso compreender a violência de gênero, doméstica ou não, sob o viés dos direitos humanos.” (CAMARGO DE CASTRO, Ana Lara. *Violência de gênero e reparação por dano moral na sentença penal*. Boletim IBCCRIM. Ano 24 – nº 280. São Paulo, mar/2016, p. 13.)

Entendo, pois, não haver razoabilidade na exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminoso empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo ao valor da mulher como pessoa e à sua própria dignidade.

O que se há de exigir como prova, mediante o respeito às regras do devido processo penal – notadamente as que derivam dos princípios do contraditório e da ampla defesa –, *é a própria imputação criminoso* – sob a regra, decorrente da presunção de inocência, de que o *onus probandi* é integralmente do órgão de acusação –, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela resultantes são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.

A própria condenação pelo ilícito penal já denota o tratamento humilhante, vexatório e transgressor à liberdade suportado pela vítima.

E, em que pese ainda se encontrarem julgados divergentes sobre o tema, é importante mencionar que, *uma semana antes da afetação deste recurso especial pela Terceira Seção*, acordou esse órgão colegiado, em sessão realizada em 26/9/2017, que, “em se tratando de violência doméstica e familiar à mulher, *estamos diante do dano moral in re ipsa, o qual dispensa prova para sua configuração*.” (RESp 1.651.518/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 13/06/2017) (AgRg no REsp nº 1.675.877/MS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 6/10/2017.)

Trata-se, é verdade, de *precedente recente da Quinta Turma, que converge com o posicionamento consolidado da Sexta Turma*, mas ainda insuficiente para considerar pacificada a divergência, à vista da inexistência de um procedimento fixado em lei quanto à reparação de natureza cível por ocasião da prolação da sentença condenatória e do tema ainda ser objeto de reflexões, de modo que apresenta oscilação até mesmo no âmbito desta Corte Superior.

Por isso me pareceu ser o caso – sobretudo, como já salientado, dada a relevância da matéria e dos inúmeros processos que, infelizmente, aportam diariamente nos tribunais de todo o país, inclusive no STJ – de uma sinalização desta Corte, em quórum mais qualificado, para orientação futura dos jurisdicionados e dos demais órgãos que integram o sistema de justiça criminal em todo o território nacional.

É que, ao meu juízo, *se os danos a reparar forem de ordem material*, “haverá necessidade de a vítima trazer para os autos *elementos* de prova que permitam ao magistrado encontrar o *quantum* exigido pelo legislador, salvo se houver nos

autos laudo pericial determinando o valor do prejuízo material pertinente.” (MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal*: à luz da doutrina e da jurisprudência comparada. 3ª ed., Barueri: Manoele, 2013, p. 889.)

No entanto, versando o pleito a respeito de *dano moral*, entendo que a melhor compreensão gira em torno da *prescindibilidade de dilação probatória* para o quilate mínimo da indenização a ser paga pelo réu, em caso de sua condenação, *sobretudo para os crimes cometidos contra a mulher no âmbito da violência doméstica e familiar*.

Assim, “a *aferição do dano moral*, em regra, não causará nenhum desvirtuamento ou retardamento da atividade instrutória a ser realizada na esfera criminal, a qual *deverá recair*, como ordinariamente ocorre, *sobre o fato delituoso narrado na peça acusatória; desse fato ilícito* – se comprovado – é que o juiz extrairá, com esteio nas regras da experiência comum, a existência do dano à esfera íntima do indivíduo.” (Trecho do voto proferido no REsp nº 1.651.518/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 13/6/2017, destaquei.)

Sob esse viés, trago à memória, ademais, que o *verbete sumular nº 491 do STF*, de certa maneira, indica a viabilidade do reconhecimento da *objetividade da reparação da dor psicológica, da alma, da honra objetiva ou subjetiva*, ao admitir que “*É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado*”.

De toda sorte, em situações como a *retratada nos autos, a exigência de dilação probatória fere a própria essência do subsistema de proteção à mulher*. Mais: a interpretação *díspar do art. 387, IV, do CPP está, ao menos nos casos que envolvem violência praticada contra a mulher em ambiente doméstico e familiar, a inutilizar o escopo da Lei nº 11.340/2006*, expresso em seu art. 1º.

Anoto, por derradeiro, que esta própria Corte já considerou despicienda a produção de prova específica para a postulação de indenização por dano moral, considerando-se *in re ipsa* casos advindos de relações do cotidiano, como, entre outros, a *inscrição indevida em cadastro de devedores inadimplentes* (AgInt no AREsp nº 1.127.900/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., DJe 31/10/2017); a *interrupção do fornecimento de água*, pela concessionária do serviço público, *como forma de compelir o usuário a pagar débitos pretéritos* (AgRg no REsp nº 1.562.905/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª T., DJe 9/10/2017); o *protesto indevido de título de crédito* (AgRg no AREsp nº 764.776/PR, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 3ª T., DJe 6/10/2016); o *extravio de talonários de cheques* pela instituição financeira (AgRg no AREsp nº 482.722/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, 4ª T., DJe 19/12/2014); a *impossibilidade de registro de diploma de curso não reconhecido pelo MEC* (REsp nº 631.204/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª T., DJe 16/6/2009); o *atraso de voo e extravio de bagagem* (AgRg nº Ag nº 442.487/RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª T., DJ 26/11/2007, p. 164); e até a *multa de trânsito indevidamente cobrada* (REsp nº 608.918/RS, Rel. Ministro José Delgado, 1ª T., DJ 21/6/2004).

Ora, se a jurisprudência da Corte dispensa a produção de prova do dano moral para a indenização postulada em ações como as mencionadas, que não implicam necessariamente a humilhação e o desprezo do ser humano, ao menos no grau e na extensão de uma violência doméstica contra a mulher, seria inconciliável com a lógica, com o tratamento isonômico e com a razoabilidade jurídica exigir tal comprovação no âmbito da postulação de indenização por dano moral nesta última situação.

Diante desse quadro, entendo que a simples relevância de haver pedido expresso na denúncia, a fim de garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa, a meu ver, *é bastante para que o Juiz sentenciante, a partir dos elementos de prova que o levaram à condenação, fixe o valor mínimo a título de reparação dos danos morais causados pela infração perpetrada, não sendo exigível produção de prova específica para aferição da profundidade e/ou extensão do dano. O merecimento à indenização é ínsito à própria condição de vítima de violência doméstica e familiar. O dano, pois, é in re ipsa.*

Reforço tal convicção com os seguintes julgados:

[...] 1. Considerando que a norma não limitou nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, *o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima não poderá ser impedido de fazê-lo.* 2. Ao fixar o valor de indenização previsto no art. 387, IV, do CPP, o juiz deverá fundamentar minimamente a opção, indicando o *quantum* que se refere ao dano moral. 3. Recurso especial improvido. (REsp nº 1.585.684/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 24/8/2016, grifei.)

[...] 1. O cerne da controvérsia revela-se pela determinação da natureza jurídica do *quantum* referente à reparação dos danos sofridos pela vítima em decorrência de infração criminal (art. 387, IV, do CPP). 2. Um mesmo fato da vida que contrarie, simultaneamente, regras jurídicas de Direito Penal e de Direito Civil, dando ensejo, de igual maneira, ao fenômeno da múltipla incidência, com a emanção das consequências jurídicas impostas por cada ramo do direito para sancionar a ilicitude perpetrada. 3. O preceito normativo esculpido no art. 387, IV, do Código de Processo Penal não estabelece nenhuma restrição quanto à natureza dos danos suscetíveis de reparação mediante o valor indenizatório mínimo. Isso não impede, obviamente, que se imponha uma restrição ao âmbito de incidência normativa pela via hermenêutica, desde que existam razões plausíveis para tanto. 4. *A aferição do dano moral, na maior parte das situações, não ensejará nenhum alargamento da instrução criminal, porquanto tal modalidade de dano, de modo geral, dispensa a produção de prova específica acerca da sua existência, encontrando-se in re ipsa. Isto é, não há necessidade de produção de prova específica para apuração do grau de sofrimento, de dor e de constrangimento suportados pelo ofendido; o que se deve provar é uma situação de fato de que seja possível extrair, a partir de um juízo baseado na experiência comum, a ofensa à esfera anímica do indivíduo.*

[...] (AgRg no REsp nº 1.626.962/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 16/12/2016, destaquei.)

Não se olvide, mais uma vez, como ressalta Mossin, que “não obstante o valor determinado por sentença, nada impede que a vítima faça no juízo cível a liquidação da sentença condenatória penal transitada em julgado para a apuração do dano efetivamente sofrido. Enfim, o magistrado está somente obrigado a fixar o *valor mínimo* para efeito indenizatório, ficando a critério da vítima ou de seu representante legal se conformar com ele ou não com ele.” (*Idem ibidem*).

V. CASO CONCRETO

Pelo exame dos autos, observo que *houve requerimento expresso tanto do Ministério Público quanto da própria vítima, desde o início da lide*, para que fosse imposta ao réu uma *indenização mínima pelos danos morais* suportados com a prática criminosa, os quais derivaram da ameaça perpetrada em contexto de violência doméstica e familiar.

O Juiz, na sentença, considerou que “em se tratando de violência doméstica e familiar contra a mulher, estamos diante do dano moral *in re ipsa*, portanto que dispensa prova para sua configuração. O dano moral, assim, decorre da prática delituosa contra a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade, a honra, a imagem da mulher (art. 5º CF). Não há necessidade de a vítima comprovar que a conduta do agressor se deu de forma injusta e de má-fé; ou comprovar que do fato ela sofreu abalo psíquico, emocional moral para conseguir a reparação” (fls. 214-215).

O Tribunal reformou a sentença, nesse particular, por reputar necessárias a quantificação do valor postulado bem como a comprovação sobre o dano moral decorrente da violência doméstica, o que contraria a compreensão sustentada ao longo deste voto, na linha do que parte da jurisprudência da Corte entende.

Logo, considero que o acórdão recorrido, ao prover os embargos infringentes opostos pelo recorrido, contrariou o art. 387, IV, do Código de Processo Penal.

VI. DISPOSITIVO

À vista de todo o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, c, parte final, do RISTJ, *dou provimento ao recurso especial*, a fim de, reconhecida a contrariedade à lei federal indicada, restabelecer o valor mínimo arbitrado pelo Juízo de primeiro grau, a título de reparação dos danos morais sofridos pela vítima.

Por conseguinte, estabeleço para este recurso, julgado sob o rito dos recursos especiais repetitivos, a seguinte TESE:

Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não indicada a quantia, e independentemente de instrução probatória específica.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2016/0325967-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.643.051/MS

MATÉRIA CRIMINAL

**Números Origem: 00218282020158120001 0021828202015812000150001
21828202015812000150001**

**PAUTA: 13/12/2017
JULGADO: 13/12/2017**

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RECORRIDO: A. L. S. DOS S.

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra a liberdade pessoal – Ameaça

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator), dando provimento ao recurso especial para restabelecer a indenização mínima fixada pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica, estabelecendo a seguinte tese: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Felix Fischer.

Aguardam os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.643.051/MS (2016/0325967-4)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RECORRIDO: A. L. S. DOS S.

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, com fundamento no artigo 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, no qual sustenta a reforma do julgado, por defender a possibilidade, na sentença penal condenatória, da fixação de valor mínimo a título de indenização por danos morais ao ofendido, nos termos do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal.

Depreende-se dos autos ter sido o réu denunciado pela prática, em tese, de fatos amoldados aos tipos penais dos artigos 147, do Código Penal (ameaça), e 14, da Lei nº 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), c/c Lei nº 11.340/2006 (Lei de Violência Doméstica). Por ocasião da acusação, o Ministério Público formulou pedido expresso de condenação do réu ao pagamento de danos à vítima pelo ilícito perpetrado.

Proferida sentença condenatória (fls. 210/218), oportunidade em que foi também imposto ao réu o dever de reparação dos danos morais sofridos pela vítima no importe de R\$ 3.000,00, houve apelação por parte da defesa, tendo o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, por maioria, mantido a sentença, conforme ementa (fls. 364):

APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PROVA SUFICIENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – BAGATELA IMPRÓPRIA – INCABÍVEL – AGRAVANTE DO ART. 61, II, F, DO CÓDIGO PENAL – INCIDÊNCIA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE. LIBERDADE – IMPOSSIBILIDADE – INDENIZAÇÃO – DECORRÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – JUROS DE MORA – CÔMPUTO A PARTIR DO EVENTO DANOSO – NÃO PROVIMENTO.

Se a prova demonstra que o acusado praticou o crime de ameaça no âmbito doméstico torna-se incabível o pleito absolutório.

Não se aplica o princípio da insignificância quando a conduta foi deliberada e causou temor à vítima, mais ainda por sua manifesta inaplicabilidade em relação à natureza do bem tutelado.

Não há que falar em exclusão da agravante do art. 61, II, f, do Código Penal, se a mesma não representa circunstância elementar ou qualificadora do delito.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos aos crimes praticados em situação de violência doméstica, por não atendimento do requisito do art. 44, I, do Código Penal.

O art. 387, IV, do Código de Processo Penal, não faz qualquer distinção quanto à espécie de dano passível de indenização (material ou moral), de modo que inexistente impedimento ao julgador para a fixação do seu valor, que inclusive independe de pedido expresso, posto que decorrente da edição de sentença condenatória.

Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual. Aplicação da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação defensiva a que se nega provimento, ante a ausência de elementos aptos à modificação.

Irresignado, o réu interpôs Embargos Infringentes, visando à prevalência do voto vencido, referente ao afastamento da condenação ao pagamento de danos morais, tendo o Tribunal de origem dado provimento ao recurso, por maioria, nos seguintes termos (fl. 434):

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 387, IV, DO CPP – AFASTAMENTO – PROVIMENTO.

Decota-se a fixação de indenização (387, IV, CPP), tanto por ausência de previsão legal quanto aos danos morais, pois a lei se refere aos prejuízos, ou seja, danos materiais, como pela falta de indicação concreta do prejuízo e instrução específica a este respeito.

Ante a alteração do julgado via Embargos Infringentes, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado, aviou Recurso Especial, aduzindo, em resenha, ser legítimo, no âmbito dos crimes de violência doméstica, o arbitramento de valor mínimo de indenização, a título de danos morais, em sentença penal condenatória, com amparo no art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, desde que haja pedido expresso do Ministério Público ou da vítima, sendo desnecessária a produção de prova específica acerca da extensão do prejuízo extrapatrimonial.

Assevera que houve pedido expresso do órgão acusatório na denúncia, permitindo a instrução probatória e a devida defesa da parte acusada. Destaca que a jurisprudência desta Corte tem reiteradamente admitido a fixação de indenização a título de danos morais, tornando cabível o arbitramento na hipótese.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, para que haja a reforma do Acórdão, mantendo-se a indenização por danos morais fixada pela primeira instância.

A defesa, por sua vez, manifestou-se contrariamente ao pleito, argumentando acerca do não cabimento do recurso por afronta à súmula nº 83/STJ. No mérito, sustenta que não foi dada oportunidade de desconstituir o pedido, o que configuraria afronta ao contraditório, que o pedido inicial é genérico, sem olvidar que não houve instrução específica, sendo inviável a fixação de indenização. Aduz ser *“imprescindível pedido expresso e formal, além de instrução específica para apurar o suposto dano sofrido e sua extensão, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, consoante inteligência do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal”* (fl. 518 e-STJ).

O Ministério Público Federal, com vista dos atos, manifestou-se favoravelmente ao pleito (fls. 534/538).

Acolhida a proposta de afetação do recurso por esta Terceira Seção, para julgamento sob o rito dos repetitivos, novamente manifestou-se o Ministério Público Federal, ratificando integralmente o parecer de fls. 534/538.

O ilustre Ministro Relator, Rogério Schietti Cruz, por sua vez, votou pelo provimento do recurso, para restabelecer o valor mínimo fixado pelo Juízo de Primeiro Grau, com a propositura de Tese para o repetitivo, cuja ementa segue:

RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO *IN RE IPSA*. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBITRÍO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça – sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI) e em razão da determinação de que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, §8º) – tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei nº 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares nºs 542, 588, 589 e 600.

2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua

proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal.

4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei nº 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou queixa.

5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o *quantum* ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio.

6. No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza – a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada.

7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa.

8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos.

9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa – sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o onus probandi é integralmente do órgão de acusação – porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivadas são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.

10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica.

TESE EXTRAÍDA DO REsp.: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

É o Relatório.

Trata-se de processo crime em que o réu foi denunciado e condenado pelas instâncias ordinárias pela prática de *ameaça e porte de arma de fogo de uso permitido* (art. 147 do Código Penal, e art. 14, da Lei nº 10.826/2003), configuradoras de violência doméstica (Lei nº 11.340/2006), tendo a sentença fixado, inclusive, valor mínimo, a ser pago pelo condenado, a título de indenização pelos danos morais causados à vítima. Em grau recursal, o Tribunal de origem, a despeito de manter a condenação, repeliu os danos morais arbitrados pelo Juízo de Primeiro Grau.

Pois bem. Compulsando as brilhantes premissas que edificaram o voto do Ministro Relator, denota-se que se pretende, por meio da afetação do recurso, definir “(a) da necessidade ou não de indicação de um montante mínimo pelo postulante e (b) da necessidade ou não da produção de prova, durante a instrução criminal, para a fixação, em sentença condenatória, da indenização por danos morais sofridos pela vítima de violência doméstica”.

Após delimitar a controvérsia e fazer escorço acerca da evolução jurisprudencial rumo à maior proteção da vítima, especialmente nos casos de violência doméstica, define o Relator que a imposição de valor mínimo, em sentença penal condenatória que trate de violência doméstica, a título de indenização pelos danos morais suportados pela vítima, (a) exige pedido expresso, ainda que desprovido da indicação do montante pelo postulante, e (b) dispensa a necessidade de prova específica acerca da profundidade e extensão da mácula, em razão da natureza do dano (dano moral *in re ipsa*), bastando a demonstração da imputação criminosa.

Não obstante as razões do acórdão vitorioso do Tribunal de origem em sede de Embargos Infringentes, discordo de sua conclusão, acompanhando o eminente relator, por compactuar há longo tempo do entendimento exteriorizado em seu voto.

Com efeito, a previsão do inc. IV do art. 387 do Código de Processo Penal abrange tanto o dano material, como o dano moral e para a fixação deste último pelo sentenciante basta a existência de pedido por parte do Ministério Público, por ocasião da denúncia, ou da vítima, ainda que não delimitado o seu montante, desde que oportunizada defesa. E isto se dá porque o Juiz não está adstrito a eventual valor indicado pela parte, cabendo-lhe valorar de acordo com as circunstâncias concretas amealhadas, o que torna despiciente a mensuração pelo postulante. Exige-se, todavia, pedido expresso e motivado, como forma de permitir o contraditório, afastando o risco da surpresa ao réu e a ofensa ao princípio da inércia. Sobre o tema, leciona a doutrina:

O réu há de ter, para que possa defender-se, certa dose de previsibilidade. Por isso é que o pedido há de ser certo e determinado, apesar de o texto da lei aludir à conjugação. É por isso também que o juiz não pode pinçar, como *ratio decidendi*, *causa petendi* diferente daquela eleita pelo autor na formulação da peça inicial. (in: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*, 6ª ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2007, vol. 16, p. 298.)

(...) “não acreditamos que o magistrado possa reconhecer o pleito indenizatório sem que tenha havido requerimento neste sentido. Não funcionaria como um efeito automático da sentença condenatória, que até então apenas tornava certa a obrigação de indenizar. O magistrado não pode julgar extra petita, de sorte que só estabelecerá o valor da indenização se tal requerimento lhe for apresentado, em regra, com a apresentação da inicial acusatória.” (in: TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 182/183.)

(...) para que se admita que o juiz penal, na sentença, fixe o valor da indenização, é absolutamente essencial que isso tenha sido pedido, sob pena de se ter uma sentença incongruente. (in: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal – reflexões sobre a Lei nº 11.719/2008*. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, 56, jun./jul./2009, p. 71/81.)

A reforma do processo penal, ao prever a regra do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, autorizando o juiz a fixar valor mínimo da indenização dos danos decorrentes da infração penal, teve, entre outros objetivos, remodelar o papel da vítima no processo. O lesado passou a ter seus interesses (patrimoniais e extrapatrimoniais) tutelados, ainda que de modo parcial e acessório. Essa tendência de “reposicionamento” da vítima se reflete na preocupação do sistema penal também com a responsabilidade civil. Nesse sentido:

(...) a nova regra remodela o papel da vítima no processo penal brasileiro, o que também foi sentido no direito comparado nas últimas décadas. Com efeito, o lesado passa a ter seus interesses patrimoniais parcialmente tutelados, o que imporá certamente novas configurações das faculdades e poderes processuais do assistente de acusação. (in: CABRAL, Antonio do Passo. *O Valor Mínimo da Indenização Cível Fixado na Sentença Condenatória Penal: Notas sobre o Novo Art. 387, IV do CPP. Revista da EMERJ*, v. 13, nº 49, 2010, p. 307.)

E tal caminho vem sendo reiteradamente acolhido por esta Corte Superior, ao admitir, tanto a fixação de danos morais na sentença penal condenatória, como a dispensa da exigência de quantificação do montante pretendido por ocasião do pedido, até mesmo para se evitar o desvirtuamento da finalidade precípua da ação penal, que diz respeito à elucidação da infração penal propriamente dita.

Bem esclarece o posicionamento desta Corte o seguinte excerto do voto do Senhor Ministro Sebastião Reis Júnior, proferido no julgamento do Recurso Especial nº 1.651.518/MS:

Por fim, verifica-se que apesar de o Ministério Público não ter especificado na inicial que o dano seria o moral, diante da ocorrência do crime de ameaça e da forma em que foi narrada a conduta na inicial, presume-se, facilmente, que o dano seria o moral, não tendo que se falar em cerceamento de defesa por tal motivo.

Ademais, esta Corte Superior entende que para que seja possível fixar indenização a título de danos morais, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público. Não se exige, portanto, que no primeiro momento, a acusação especifique qual o dano que foi violado, mas que apenas pleiteie pela indenização.

De outro modo, quanto à prova, já assentado em inúmeros julgados desta Corte, trata-se de hipótese de dano moral *in re ipsa*, o que dispensa a coleta de elementos acerca do dano propriamente dito e sua extensão, bastando a demonstração do evento criminoso como deflagrador da hipótese reparatória por prejuízo extrapatrimonial. Isto se dá porque a humilhação, a dor moral, advém quase que necessariamente da situação de violência doméstica. Como muito bem ponderado pelo Senhor Relator “a própria condenação pelo ilícito penal já denota o tratamento humilhante, vexatório e transgressor à liberdade suportado pela vítima”.

Desse modo, uma vez configurado o ilícito, através do reconhecimento da prática da violência doméstica por sentença penal condenatória, dela decorrerá igualmente a possibilidade de arbitramento, pelo sentenciante, de indenização mínima por dano moral, desde que pugnada.

No mesmo sentido, colaciono os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE AMEAÇA. ART. 387, IV, DO CPP. REPARAÇÃO DE DANO MORAL. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO NA DENÚNCIA. EXISTÊNCIA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. RESTABELECIMENTO DO VALOR FIXADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. Esta Corte Superior entende que para que seja possível fixar indenização a título de danos morais, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público.

2. *In casu*, apesar de a acusação não especificar, na inicial, qual o dano que foi violado, diante da ocorrência do crime de ameaça e da forma em que foi narrada a conduta na inicial, presume-se que o dano seria o moral, não tendo que se falar em cerceamento de defesa por tal motivo.

3. Ademais, em se tratando de violência doméstica e familiar contra a mulher, estamos diante do dano moral *in re ipsa*, o qual dispensa prova para sua configuração.

4. Recurso especial provido para restabelecer a condenação por danos morais, nos termos da sentença condenatória. (REsp 1651518/MS, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 13/06/2017.)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA. LEI Nº 11.719/2008. EXISTÊNCIA DE PEDIDO FORMAL E EXPRESSO. DESNECESSIDADE DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de que basta que haja pedido expresso e formal na inicial acusatória para que seja determinada a reparação dos danos causados à vítima, de modo a viabilizar o devido contraditório, não se exigindo, para tanto, indicação de valores na denúncia, já que cabe ao magistrado fixar um valor mínimo.

2. O dano moral *ex delicto* ocorre *in re ipsa*, ou seja, exsurge da própria conduta típica que já foi devidamente apurada na instrução penal, não havendo necessidade de instrução específica para apuração de valores, mormente porque se trata de um valor mínimo de indenização, fixado nos termos do disposto no artigo 387, IV, do Código de Processo Penal.

3. Agravo regimental improvido. (AgInt no REsp 1694713/MS, Sexta Turma, Rel^a. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 16/10/2017.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 387, IV, DO CPP. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DANO MORAL *IN RE IPSA*. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *Em se tratando de violência doméstica e familiar contra a mulher, estamos diante do dano moral in re ipsa, o qual dispensa prova para sua configuração. (REsp 1.651.518/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 13/06/2017)*

2. *Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1675877/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 06/10/2017.)*

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. REPARAÇÃO DE DANO MORAL. ART. 387, IV, DO CPP. PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA. CABIMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESACORDO COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA. INEXISTÊNCIA.

1. O julgamento monocrático do recurso especial, com esteio em óbices processuais e na jurisprudência dominante desta Corte, tem respaldo nas disposições do CPC e do RISTJ.

2. Nos termos do entendimento desta Corte Superior a reparação civil dos danos sofridos pela vítima do fato criminoso, prevista no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, inclui também os danos de natureza moral e, para que haja a fixação na sentença do valor mínimo devido a título de indenização, é necessário pedido expresso, sob pena de afronta à ampla defesa (AgRg no REsp 1666724/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017).

3. Cabível, no caso, a fixação de valor mínimo de indenização à vítima porque o Ministério Público requereu expressamente a reparação civil no oferecimento da denúncia, nos moldes da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1668955/MS, Sexta Turma, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe 09/10/2017.)

Logo, na hipótese vertente, havendo pedido expresso de fixação de indenização por dano moral, bem assim incontroversa a prática de violência no âmbito doméstico e familiar, necessária a reforma do Acórdão do Tribunal de origem, com o fim de restabelecer o valor arbitrado pelo Juízo de Primeiro Grau, a título de danos morais, com fulcro no art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal.

Destarte, *anuindo à tese apresentada, que bem reflete a conclusão alcançada, acompanho o relator.*

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.643.051/MS (2016/0325967-4)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RECORRIDO: A. L. S. DOS S.

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA: Senhor Presidente, estou de acordo com o Relator.

Sem pedido do Ministério Público, não há que se falar em reconhecimento e/ou fixação de dano moral. Na hipótese, houve pedido expresso do *Parquet*.

Em relação ao aspecto da necessidade ou não de instrução específica para fixação de *quantum* indenizatório mínimo, a título de dano moral, reconheço que já decidi, no passado, por tal exigência, considerando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Todavia, após melhor refletir, alterei meu posicionamento inicial, considerando os princípios, o objeto e a finalidade das Leis nº 11.340/2006 e nº 11.719/2008, que merecem ser prestigiados pelo Estado-Juiz. Trata-se, na realidade de dano moral *in re ipsa*, que dispensa instrução específica.

Nesse sentido, passei a decidir:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL CAUSADO POR INFRAÇÃO PENAL. VIAS DE FATO E AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ART. 387, INCISO IV, DO CPP. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. O Juiz, com fundamento no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, pode estabelecer a reparação por danos morais, quando entender haver elementos suficientes para o seu arbitramento.

2. Considerando que a norma não limitou nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não

poderá ser impedido de fazê-lo. (REsp 1585684/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016.)

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1663470/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017.)

No mesmo diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ART. 387, IV, DO CPP. REPARAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. DANO *IN RE IPSA*. AGRAVO PROVIDO.

1. Admite-se a fixação de valor mínimo para reparação de danos morais, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, desde que haja pedido expresso do Ministério Público na denúncia.

2. A Sexta Turma desta Corte, em julgados recentes, tem adotado a orientação de que, em se tratando de violência doméstica e familiar contra a mulher, configurado o dano moral *in re ipsa*, que dispensa instrução específica.

3. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial.

(AgInt no REsp 1686318/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 01/12/2017.)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA. LEI Nº 11.719/2008. EXISTÊNCIA DE PEDIDO FORMAL E EXPRESSO. DESNECESSIDADE DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de que basta que haja pedido expresso e formal na inicial acusatória para que seja determinada a reparação dos danos causados à vítima, de modo a viabilizar o devido contraditório, não se exigindo, para tanto, indicação de valores na denúncia, já que cabe ao magistrado fixar um valor mínimo.

2. O dano moral *ex delicto* ocorre *in re ipsa*, ou seja, *exsurge da própria conduta típica que já foi devidamente apurada na instrução penal, não havendo necessidade de instrução específica para apuração de valores, mormente porque se trata de um valor mínimo de indenização, fixado nos termos do disposto no artigo 387, IV, do Código de Processo Penal.*

3. Agravo regimental improvido.

(AgInt no REsp 1694713/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017.)

Reconheço, pois, a reformulação do meu entendimento anterior (AgRg no REsp 1485087/GO, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015), a respeito do tema, para acompanhar o douto voto condutor deste julgamento, consoante o acórdão acima indicado. (AgRg no REsp 1663470/MS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017.)

Acompanho, portanto, o voto do eminente Ministro Relator.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2016/0325967-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.643.051/MS

MATÉRIA CRIMINAL

**Números Origem: 00218282020158120001 0021828202015812000150001
21828202015812000150001**

**PAUTA: 13/12/2017
JULGADO: 28/02/2018**

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RECORRIDO: A. L. S. DOS S.

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra a liberdade pessoal – Ameaça

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Felix Fischer, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso especial para restabelecer a indenização mínima fixada pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica, e os votos dos Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior, no mesmo sentido, a Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para restabelecer a indenização mínima fixada pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica, estabelecendo a seguinte tese: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresse da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

• • •

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.572 /
SÃO PAULO (2019/0041304-2)**

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS: JOSÉ ROBERTO MANESCO – SP061471

ELIZA MARTINEZ GIANNELLA – SP306246

CARLOS HENRIQUE BENIGNO PAZETTO – SP406606

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES.: ANA PAULA DOS SANTOS PRISCO

INTERES.: FINBANK FOMENTO MERCANTIL LTDA.

INTERES.: SERGIO RIBEIRO SILVA

INTERES.: MUNICÍPIO DE CARAPICUÍBA

INTERES.: STASYS ZEGLAITIS JÚNIOR

INTERES.: FINBANK CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

INTERES.: JOSÉ JARBAS PEREIRA

INTERES.: FINBANK FOMENTO MERCANTIL LTDA.

INTERES.: MARTA APARECIDA DE JESUS PEREIRA

INTERES.: ALECIO CASTELLUCCI FIGUEIREDO

INTERES.: TIAGO RODRIGO PEREIRA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS ARTS. 489, §1º, INCISO VI, E 1.022 DO CPC/2015 NÃO DEMONSTRADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. ASSISTÊNCIA. INTERVENÇÃO NEGADA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA A SER AFETADA PELO RESULTADO DA DEMANDA.

1. Não se configura a alegada ofensa aos artigos 489, §1º, inciso VI, e 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia.

2. Em Ação de Improbidade Administrativa cujo objeto é a apuração da responsabilidade de advogados que tenham supostamente causado prejuízo ao erário, o Tribunal de origem indeferiu o ingresso da OAB como assistente por entender: “Ressalta-se que a ação de origem não discute simples dispensa da licitação e validade dos artigos 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/93, que preveem como hipótese de inexigibilidade de licitação a contratação de serviços técnicos de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas. No caso em voga, o Ministério Público levanta a hipótese de ‘dissimulação empregada para burlar decisões judiciais que proibiram o grupo Finbank de contratar com o Poder Público, bem como a prestação de serviços meramente administrativos, que consistiam na orientação para preenchimento de planilhas, serviços esses executados por pessoas que nem mesmo eram advogadas, cuja atuação indolente causou um vultoso prejuízo ao erário.’ (fls. 149/150). Em relação ao corréu Stasys, o *Parquet* sustenta que sua atuação não se deu em defesa do Município de Carapicuíba, mas sim em razão de interesses pessoais, dando parecer positivo para as compensações de tributos, além do expressivo valor de quase R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) para pagamento da prestação de serviços. De se consignar, ainda, que a atuação não pode ser eximida de responsabilidades tão somente em razão de se tratar de advogado” (fl. 165, e-STJ).

3. A OAB, em suas razões, registra afronta ao art. 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906/1994, sob o fundamento de que o ingresso no feito tem o condão de reparar desrespeito às prerrogativas do Dr. Stasys, um dos réus da Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa ajuizada na origem, tendo em vista que o ato imputado ao causídico não configura improbidade administrativa. Explica que este elaborou apenas parecer opinativo quanto à possibilidade da contratação de serviços pela Administração Pública sem a necessidade de processo licitatório, não podendo ser punido por este fato.

4. A jurisprudência do STJ exige a demonstração do interesse jurídico na intervenção de terceiro, sendo que “as condutas de Advogados que, em razão do exercício de seu *munus* venham a ser incluídos em polo passivo de ações cíveis, não estão a significar, diretamente, que a OAB seja afetada, porque, admitida tal possibilidade, qualquer advogado que cause dano material ou moral a outrem, poderia suscitar intervenção sob argumento de defesa de prerrogativa, o que contraria a razoabilidade”. Precedentes: EREsp 1.351.256/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell

Marques, Corte Especial, DJe 19/12/2014; AgRg nos EREsp 1.019.178/DF, Rel^a. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJe 20/5/2013; RCD nos EREsp 448.442/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 22/6/2018; EDcl nos EREsp 650.246/PR, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 6/8/2012; AgInt no MS 15.828/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 19/12/2016.

5. Se a demanda não trata das prerrogativas dos advogados, nem das “disposições ou fins” do Estatuto da Advocacia (art. 49, *caput*, da Lei nº 8.906/1994), descabe a intervenção da OAB em Ação de Improbidade Administrativa, como em qualquer outra.

6. Observa-se do acórdão recorrido que, *in casu*, a simples emissão de parecer jurídico opinativo, analisado em si mesmo, não constitui a causa de pedir remota da Ação Civil Pública. O que dá embasamento à inclusão do Advogado no processo é a elaboração de parecer jurídico alegadamente fraudulento, o que teria contribuído para o desfecho apontado pelo Parquet: dano ao Erário. Uma das fundamentações legais está contida no art. 184 do CPC/2015, que confere responsabilidade ao advogado público que agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

7. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.”

Brasília, 14 de maio de 2019 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.572 / SP (2019/0041304-2)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS: JOSÉ ROBERTO MANESCO – SP061471

ELIZA MARTINEZ GIANNELLA – SP306246

CARLOS HENRIQUE BENIGNO PAZETTO – SP406606

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES.: ANA PAULA DOS SANTOS PRISCO

INTERES.: FINBANK FOMENTO MERCANTIL LTDA.

INTERES.: SERGIO RIBEIRO SILVA

INTERES.: MUNICÍPIO DE CARAPICUÍBA

INTERES.: STASYS ZEGLAITIS JÚNIOR

INTERES.: FINBANK CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

INTERES.: JOSÉ JARBAS PEREIRA

INTERES.: FINBANK FOMENTO MERCANTIL LTDA.

INTERES.: MARTA APARECIDA DE JESUS PEREIRA

INTERES.: ALECIO CASTELLUCCI FIGUEIREDO

INTERES.: TIAGO RODRIGO PEREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, “a”, da CF) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo cuja ementa é a seguinte (fls. 159-160, e-STJ):

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA – INTERVENÇÃO DA OAB.

Ação Civil Pública, objetivando condenação por improbidade administrativa, em razão de contratação direta de supostos serviços técnicos e especializados de consultoria e assessoria tributária, jurídica e administrativa, com emprego de fraude para burlar a Lei de Licitações.

Decisão agravada que indeferiu o ingresso da OAB, sob o entendimento de que a prática de ato ímprobo por advogado ou por escritório de advocacia, por si só, não confere o interesse necessário à causa.

Pretensão recursal de admissão da OAB na lide, na qualidade de assistente simples de correquerido advogado público, que emitiu parecer favorável, e reconhecimento de ilegitimidade passiva desse.

Legitimidade dos Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB limitada aos casos de infração às próprias disposições do Estatuto da Advocacia e da OAB – Ação que busca apuração da possibilidade

dos réus, incluso inscrito na OAB, terem praticado ato ímprobo – Situação que não confere legitimidade necessária à Ordem – Ausência de violação às prerrogativas dos Advogados – Precedente deste E. Tribunal – Membro da Advocacia Pública que deve ser civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude do exercício de suas funções, nos termos do artigo 184, do CPC.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fl. 186, e-STJ).

A recorrente, nas razões do Recurso Especial, sustenta que ocorreu violação, em preliminar, dos arts. 489, §1º, inciso VI, e 1.022, ambos do CPC/2015, sob o argumento: “O acórdão omitiu o fato de que o advogado foi representado devido a seu parecer JURÍDICO opinativo emitido em processo de licitação, o que, segundo o Ministério Público do Estado de São Paulo, teria contribuído para as supostas irregularidades constatadas” (fl. 220, e-STJ).

No mérito, defende que houve a vulneração do art. 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906/1994. Aduz, em suma, que pleiteia ingresso no feito para reparar desrespeito às prerrogativas do Dr. Stasys, um dos réus da Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa ajuizada na origem, tendo em vista que o ato imputado ao causídico não configura improbidade administrativa. Explica que este elaborou apenas parecer opinativo quanto à possibilidade da contratação de serviços pela Administração Pública sem a necessidade de processo licitatório, não podendo ser punido por este fato.

Contrarrazões apresentadas às fls. 234-241, e-STJ.

O Ministério Público Federal opinou nos seguintes termos, *in verbis* (fl. 298, e-STJ):

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PELO ENTE PÚBLICO SEM OBSERVÂNCIA DE PROCESSO LICITATÓRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INGRESSO DA OAB COMO ASSISTENTE AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO.

- Pelo parcial conhecimento do recurso, e, na parte conhecida, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.572 / SP (2019/0041304-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 11.4.2019.

Inicialmente, cumpre registrar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que não incorre em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não acolhendo a tese defendida pelo recorrente.

Da leitura atenta do voto condutor, vê-se que o Tribunal de origem manifestou-se de maneira clara e fundamentada acerca das questões relevantes para o deslinde da controvérsia, inclusive em relação às quais a recorrente alega omissão.

O delineamento fático que justifica a propositura da ação contra o Dr. Stasys foi abordado de forma completa pelo acórdão recorrido. Nesse sentido, destaco o seguinte trecho (fls. 165-166, e-STJ):

Ressalta-se que a ação de origem não discute simples dispensa da licitação e validade dos artigos 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/93, que preveem como hipótese de inexigibilidade de licitação a contratação de serviços técnicos de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

No caso em voga, o Ministério Público levanta a hipótese de “dissimulação empregada para burlar decisões judiciais que proibiram o grupo Finbank de contratar com o Poder Público. bem como a prestação de serviços meramente administrativos, que consistiam na orientação para preenchimento de planilhas, serviços esses executados por pessoas que nem mesmo eram advogadas, cuja atuação indolente causou um vultoso prejuízo ao erário.” (fls. 149/150).

Em relação ao corréu Stasys, o *Parquet* sustenta que sua atuação não se deu em defesa do Município de Carapicuíba, mas sim em razão de interesses pessoais, dando parecer positivo para as compensações de tributos, além do expressivo valor de quase R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) para pagamento da prestação de serviços.

De se consignar, ainda, que a atuação não pode ser eximida de responsabilidades tão somente em razão de se tratar de advogado.

O artigo 184, do CPC, bem determina que o membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções. Observe-se:

Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

À primeira vista, foram apurados elementos suficientes à sustentação por parte do Ministério Público de que o parecer

não está devidamente fundamentado, sendo excessivamente genérico, sem analisar a atividade exercida pelo escritório Castellucci Figueiredo e Advogados Associados que justificaria a especialização e consequente dispensa de licitação.

Assim, de rigor, a manutenção da decisão recorrida, que considerou tratar-se de momento processual prematuro, bem como na verossimilhança das alegações sustentadas pelo Ministério Público Estadual, ressaltando a indisponibilidade do interesse público.

Como já destacado, considerando que as questões tratadas restringem-se às condutas pessoais supostamente dolosas e ilegais perpetradas pelos réus, não possuindo o condão de afetar direito ou interesse da categoria de advogados considerada coletivamente, não há falar em interesse jurídico que justifique a intervenção da OAB no feito.

No mesmo sentido, de rigor, a manutenção do corrêu Stasys no feito, sendo devido o regular trâmite processual para, ao final, apurar-se eventual responsabilidade e condenações cabíveis.

Dessa forma, correta a rejeição dos Embargos de Declaração ante a inexistência de omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada e, por conseguinte, deve-se concluir pela ausência de ofensa aos artigos 489 e 1022 do CPC/2015.

A jurisprudência do STJ exige a demonstração do interesse jurídico na intervenção de terceiro, sendo que “as condutas de Advogados que, em razão do exercício de seu *munus* venham a ser incluídos em polo passivo de ações cíveis, não estão a significar, diretamente, que a OAB seja afetada, porque, admitida tal possibilidade, qualquer advogado que cause dano material ou moral a outrem poderia suscitar intervenção sob argumento de defesa de prerrogativa, o que contraria a razoabilidade”.

Assim, a simples emissão de parecer jurídico opinativo, analisado em si mesmo, não constitui causa de pedir remota da Ação Civil Pública. O que dá embasamento à inclusão do Dr. Stasys no processo é a elaboração de parecer jurídico possivelmente fraudulento, o que teria contribuído para o desfecho apontado pelo *Parquet*: dano ao erário.

Uma das fundamentações legais está contida no art. 184 do CPC/2015, que confere responsabilidade ao advogado público que agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PEDIDO DE INGRESSO NA CAUSA NA CONDIÇÃO DE ASSISTENTE. CONSELHO FEDERAL DA OAB. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO. CRÉDITOS DECORRENTES DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA

ALIMENTAR. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA. MATÉRIA JULGADA SOB REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS (RESP Nº 1.152.218/RS).

1. “A lei processual exige, para o ingresso de terceiro nos autos como assistente simples, a presença de interesse jurídico, ou seja, a demonstração da existência de relação jurídica integrada pelo assistente que será diretamente atingida pelo provimento jurisdicional, não bastando o mero interesse econômico, moral ou corporativo” (AgRg na PET nos EREsp 910.993/MG, Rel^a. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2012, REPDJe 19/02/2013, DJe 01/02/2013). No presente caso, não ficou demonstrado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB – o necessário interesse jurídico no resultado da demanda, o que inviabiliza o seu ingresso no feito como assistente simples.

2. No julgamento do REsp 1.152.218/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 7/5/2014, DJe 9/10/2014, a Corte Especial pacificou seu entendimento, submetendo-o à sistemática dos recursos repetitivos, no sentido de que os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência.

3. Embargos de divergência providos.

(EResp 1351256/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2014, DJe 19/12/2014)

PROCESSUAL CIVIL – INTERVENÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DA OAB – *AMICUS CURIAE* – CAUSA DE PEDIR NÃO MAIS SUBSISTE – AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO – REQUISITOS DA INTERVENÇÃO NÃO PREENCHIDOS.

1. Tornada sem efeito decisão anterior que havia motivado o Conselho Federal da OAB a pleitear o ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, revela-se descabida a pretendida intervenção.

2. Ação de natureza subjetiva, envolvendo valor de honorários, não justifica intervenção do Conselho Federal da OAB, porque a questão não é em tese, e sim, pertinente às partes, presentes os elementos necessários à compreensão da controvérsia.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 1019178/DF, Rel^a. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2012, DJe 20/05/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE INGRESSO NO FEITO NA CONDIÇÃO DE ASSISTENTE OU *AMICUS CURIAE*. CONSELHO FEDERAL DA OAB. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, para o ingresso de terceiro nos autos como assistente simples, faz-se necessária a presença de interesse jurídico, configurado na demonstração da existência de relação jurídica integrada pelo assistente que será diretamente atingida pelo provimento jurisdicional, não bastando o mero interesse econômico, moral ou corporativo. 2. No caso, não ficou demonstrado o necessário interesse jurídico no resultado da demanda, sendo certo que “o interesse corporativo ou institucional do Conselho de Classe em ação em que se discute tese que se quer ver preponderar não constitui interesse jurídico para fins de admissão de assistente simples com fundamento no artigo 50 do Código de Processo Civil” (AgRg nos EREsp 1.146.066/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, DJe 13/4/2012). 3. Sendo assim, não há como se viabilizar o ingresso do requerente como assistente simples, tampouco como *Amicus Curiae*, que sequer é admitido na via eleita. Precedentes: AgInt no REsp 1.614.654/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26/02/2018; AgInt no REsp 1.607.188/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 27/11/2017; AgInt na PET no REsp 1.590.570/PB, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/04/2017; EREsp 1.351.256/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 19/12/2014; EDcl nos EREsp 650.246/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 06/08/2012; AgRg no AgRg na PET nos EREsp 1.226.946/PR, Rel.^a Min.^a Eliena Calmon, Corte Especial, DJe 10/10/2013; AgRg no REsp 1167563/RS, Rel.^a Min.^a Nancy Andrigui, Terceira Turma, DJe 18/10/2013; REsp 1.172.634/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 29/3/2011.

4. Agravo interno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil não provido.

(RCD nos EREsp 448.442/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/06/2018, DJe 22/06/2018)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDOS NO ACÓRDÃO ORA EMBARGADO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. LEVANTAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUSPENSÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ACERCA DO DOMÍNIO EM ANDAMENTO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 168 DA SÚMULA DESTA CORTE. DECLARATÓRIOS

DO CONSELHO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NÃO CONHECIDOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO. INTERVENÇÃO COMO ASSISTENTE SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÕES NÃO VERIFICADAS NO ACÓRDÃO.

- Discutindo-se nos autos direito individual disponível pertencente, exclusivamente, aos advogados que trabalharam no feito expropriatório e que interpuseram os embargos de divergência, não se pode admitir a intervenção do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB como assistente, com base no art. 50 do Código de Processo Civil, porque ausente o indispensável "interesse jurídico". O mero interesse *lato sensu* de que a jurisprudência desta Corte se modifique não viabiliza a intervenção e a legitimidade recursal para opor declaratórios.

- A questão invocada relativa à coisa julgada – mérito recursal – não poderia mesmo ser enfrentada no acórdão ora embargado, tendo em vista que não foi preenchido o requisito necessário ao efetivo conhecimento dos embargos de divergência – dissídio jurisprudencial atual.

Embargos de declaração do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB – não conhecidos e embargos de declaração dos demais embargantes rejeitados.

(EDcl nos EREsp 650.246/PR, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 06/08/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA PETIÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. PLEITO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL DO DISTRITO FEDERAL DE INGRESSO NO FEITO NA QUALIDADE DE ASSISTENTE SIMPLES. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO.

PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A intervenção de terceiro, na modalidade de Assistente Simples, exige a demonstração do interesse jurídico, aferível pela potencialidade de o provimento jurisdicional causar prejuízo juridicamente relevante ao direito daquele que pretende intervir, não bastando o mero interesse econômico, moral ou corporativo. Precedentes do STF e do STJ.

2. Não obstante a Ordem dos Advogados do Brasil tenha atribuição de representar em juízo ou fora dele os interesses dos advogados inscritos em seus quadros, possuindo legitimidade para fins de propositura de ações coletivas, não é de se admitir o seu ingresso no presente feito, porquanto ausente qualquer interesse jurídico apto para tanto, vez que a decisão aqui adotada atinge única e exclusivamente os interesses do ora impetrante, ex-Procureador da Fazenda Nacional sancionado administrativamente com pena de demissão em razão da prática de infração disciplinar capitulada nos arts. 117, IX, e 132, IV, da Lei nº 8.112/1990 e que busca na presente demanda a anulação do Processo Administrativo Disciplinar e a consequente revisão da penalidade disciplinar, o que já foi inclusive rejeitado pela 1ª Seção desse e. STJ.

3. A prerrogativa prevista no art. 7º, II, da Lei nº 8.906/1994, que assegura aos advogados o direito à inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, desde que relativas ao exercício da advocacia, não se aplica às hipóteses em que servidores públicos utilizam-se de bens públicos (computadores instalados na repartição pública) para a prática de infrações disciplinares, de sorte que a perícia em tais instrumentos, em tais casos, independe de ordem judicial, conforme já decidiu esse Eg. STJ, pelo qual a análise em computador que compõe patrimônio público, determinada por servidor público responsável, não configura apreensão ilícita nem exige autorização judicial (MS 15.906/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 01/07/2015; MS 15.832/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 01/08/2012; MS 15.825/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2011, DJe 19/05/2011).

4. O eventual reconhecimento da validade, ou não, da produção da prova pericial em nada alcançará a classe dos advogados como um todo, a justificar o reconhecimento do interesse jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil em intervir no presente feito.

5. A decisão adotada no presente feito não tem o condão de desencadear eventual procedimento disciplinar contra o impetrante perante a Ordem dos Advogados do Brasil, haja vista que o seu objetivo se limita ao exame da legalidade do ato demissório e do procedimento disciplinar, procedimentos estes sim que podem vir a dar azo a procedimento disciplinar contra o impetrante junto ao órgão de classe dos advogados.

6. O apenamento do impetrante não exige a observância das disposições e garantias asseguradas pela Lei nº 8.906/1994, mas

tão somente aquelas previstas na Lei nº 8.112/1990, posto que a sua demissão deu-se em razão da prática de infração funcional a qual o impetrante, na qualidade de servidor público federal, encontrava-se obrigado.

7. Portanto, não há dúvidas de que o *decisum* proferido nos presentes autos sequer prejudica ou beneficia a classe dos advogados como um todo, tampouco a Instituição requerente, reduzindo suas prerrogativas, nem repercutirá em sua relação com os advogados inscritos na Ordem.

8. Agravo Interno não provido.

(AgInt no MS 15.828/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016)

Por tudo isso, nego provimento ao Recurso Especial.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0041304-2

REsp nº 1.804.572 / SP

Números Origem: 1729/2017 17292017 22501220920178260000 263/2013 2632013

PAUTA: 14/05/2019

JULGADO: 14/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sr^a. Dr^a. CARMEM ELISA HESSEL

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS: JOSÉ ROBERTO MANESCO – SP061471

ELIZA MARTINEZ GIANNELLA – SP306246

CARLOS HENRIQUE BENIGNO PAZETTO – SP406606

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES.: ANA PAULA DOS SANTOS PRISCO

INTERES.: FINBANK FOMENTO MERCANTIL LTDA.

INTERES.: SERGIO RIBEIRO SILVA

INTERES.: MUNICÍPIO DE CARAPICUÍBA

INTERES.: STASYS ZEGLAITIS JÚNIOR

INTERES.: FINBANK CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

INTERES.: JOSÉ JARBAS PEREIRA

INTERES.: FINBANK FOMENTO MERCANTIL LTDA.

INTERES.: MARTA APARECIDA DE JESUS PEREIRA

INTERES.: ALECIO CASTELLUCCI FIGUEIREDO

INTERES.: TIAGO RODRIGO PEREIRA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

– Atos Administrativos – Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.



Detalhe da imagem da capa

Noticiário



Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro empossa novos membros



Em sessão solene realizada no dia 4 de fevereiro, tomaram posse os oito novos membros do Conselho Superior do MPRJ, para o biênio 2019-2021. A eleição deu-se no dia 5 de novembro de 2018, quando foram eleitos os Procuradores de Justiça Walberto Fernandes de Lima, Marcelo Daltro Leite, Anna Maria Di Masi, Lilian Pinho, Dennis Aceti, Galdino Augusto Coelho Bordallo, Viviane Tavares Henriques e Vera Regina de Almeida. No mesmo pleito, também foram eleitos os suplentes Antonio Carlos da Graça de Mesquita, Luiz Fabião Guasque, Denise Freitas Muniz, Márcia Tamburini, Bruno Ferolla e Ana Lúcia da Silva Melo.

O Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, na condição de presidente do CSMP, abriu a sessão. Em seguida, o decano do CSMP, Marcelo Daltro Leite, leu o Termo de Compromisso e a secretária do CSMP, Sumaya Therezinha Helayel, cujo mandado se encerra, leu o Termo de Posse.

A Procuradora de Justiça Conceição Maria Tavares de Oliveira discursou em nome dos membros que encerram seus mandatos. Ela ressaltou sua gratidão aos integrantes do conselho e aos servidores, destacando, ainda, as melhorias administrativas e modernizações que aumentaram a produtividade e a eficiência da instituição. Em nome dos conselheiros empossados, por sua vez, discursou o Procurador de Justiça Walberto Fernandes de Lima, que destacou a evolução institucional, as responsabilidades do Ministério Público fluminense e os temas que deverão ser enfrentados no Conselho.

O Conselho Superior é responsável por fiscalizar a atuação do Ministério Público e zelar pelos princípios da Instituição. O órgão é composto pelo Procurador-Geral de Justiça, que o preside, pelo Corregedor-Geral do Ministério Público, ambos membros natos, e por oito Procuradores de Justiça, eleitos para mandato de dois anos, sendo quatro escolhidos pelo Colégio de Procuradores de Justiça e quatro pelos Promotores de Justiça.



Os novos membros tomaram assento nos lugares ocupados por Alexandre Araripe, Ricardo Ribeiro Martins, Sumaya Therezinha Helayel, Marcelo Daltro Leite, Flávia de Araujo Ferrer, Anna Maria Di Masi, Dennis Aceti Brasil Ferreira e Conceição Maria Tavares de Oliveira. Também integrou a mesa dos trabalhos a Corregedora-Geral do MPRJ, Luciana Sapha.



Eduardo Gussem é reconduzido ao cargo de Procurador-Geral de Justiça do MPRJ

Em solenidade realizada no dia 14 de janeiro, Eduardo Gussem foi reconduzido ao cargo de Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para o biênio 2019/2021. A nomeação do Procurador-Geral de Justiça foi assinada pelo governador do Estado, Wilson Witzel, em 2 de janeiro deste ano.

A recondução foi decorrente das eleições realizadas entre os membros do MPRJ, em 3 de dezembro de 2018, quando Eduardo Gussem obteve o correspondente a 93,28% do total de votos apurados. A expressiva votação reflete o apoio dos membros ao modelo de gestão implantado no MPRJ nos últimos anos e confere representatividade à continuidade desse projeto.

Natural de Barra do Piraí, no Sul Fluminense, Eduardo Gussem tem mais de 25 anos de atuação no *Parquet* carioca. Desde que ingressou na Instituição, em 1993, atuou por 15 anos em diversas Comarcas, no Tribunal do Júri e em Promotoria de Justiça de Execução Penal, acumulando experiência como Promotor de Justiça no interior e na Capital. Exerceu, por 11 anos, cargos na administração, sendo Coordenador de Movimentação de Primeiro Grau, Secretário-Geral do Ministério Público, Presidente da Associação dos Membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj), Subprocurador-Geral de Administração e Subprocurador-Geral de Planejamento. Aos 54 anos de idade, Gussem exerce desde janeiro de 2017 a função de Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

A solenidade de nomeação foi prestigiada por autoridades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, estadual e federal, os quais lotaram o auditório do 9º andar na sede do MPRJ. Em seu discurso de posse, Eduardo Gussem reafirmou o compromisso com a continuidade do trabalho de renovação e modernização do modelo de atuação institucional, com foco em prevenção, resolutividade e resultados. “O Ministério Público contemporâneo trabalha com a antecipação estratégica e a prevenção planejada de danos. Trata-se de uma instituição integrada e articulada interna e externamente, que busca na inovação tecnológica os modos para se proceder à análise de dados acerca da realidade estatal”, afirmou.



Em seguida, o governador do Estado do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, ressaltou que o executivo estadual espera uma relação harmoniosa entre instituições. “Tenho o compromisso de respeitar a harmonia e a independência entre os poderes. Sempre que necessário, procurarei o Ministério Público e o Judiciário para que possamos unir nossas forças e combater o crime organizado”, afirmou em seu pronunciamento.

Para o próximo biênio, Gussem pretende fortalecer a integração do MPRJ com as estruturas governamentais, ampliando a troca de informações, além de priorizar o investimento no centro de pesquisas, que será uma grande fonte de dados para a sociedade. Por fim, o Procurador-Geral de Justiça destacou a importância de o MPRJ dar efetividade ao controle externo da atividade policial, o que pretende fazer em conjunto com uma reformulação ampla das Centrais de Inquéritos.



Discurso do Procurador-Geral de Justiça na cerimônia de recondução:

Não é o ódio que conduz um soldado à luta no campo de batalha, mas o amor a todas as coisas que deixa em casa. Eu acredito nos homens e mulheres virtuosos, cuja coragem nasce do amor e não aceitam a desgraça em silêncio, mas lutam para construir pontes de esperança. Encontrei-os nesta Instituição em todos os cargos pelos quais passei durante os meus 25 anos de carreira; encontrei-os, sobretudo, em meu gabinete e por esses corredores durante os últimos dois anos. Porém, era necessário fazê-los saber que não estavam sozinhos.

Se pela amizade amamos e odiamos as mesmas coisas, posso dizer que, nos dois anos que se passaram, encontrei, nos servidores, promotores e procuradores de Justiça dessa casa, amigos verdadeiros e leais, pessoas comprometidas e engajadas na construção de uma sociedade mais justa, igualitária e livre de mazelas. E é na força de cada um desses homens e mulheres que compartilham comigo a revolta pela degradação de nosso Estado que encontro a esperança necessária para enfrentar mais dois anos à frente da chefia do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para cumprir a missão que tanto me inspira e motiva: defender tudo o que é bom, verdadeiro e justo.

Mas como discernir quais os melhores caminhos a tomar em meio ao alvorecer de uma nova era?

O mundo em que crescemos, a realidade que nossos pais e avós conheciam foram devastados pela poderosa e implacável onda de transformações tecnológicas

que vêm progressivamente reformulando os paradigmas sociais existentes. Não por acaso, a palavra da moda é “disrupção”. O *big data*, a internet das coisas, a inteligência artificial e o *blockchain* materializam um presente mais surpreendente do que as mais visionárias narrativas de ficção científica.

Estariam as Instituições públicas imunes a esse processo?

Estariamos nós, operadores do direito, protegidos da disrupção?

Em nossas últimas eleições nacionais e estaduais, presenciamos a impensável quebra do monopólio da informação da imprensa. As redes sociais tornaram-se a principal arena de debates, lançando aos políticos, aos gestores públicos e ao mundo jurídico uma série de novos desafios.

A possibilidade de manifestação direta dos cidadãos fez emergir o descontentamento com a velha política personalista das negociatas e trocas de favores espúrios, dos monopólios políticos e das oligarquias que se perpetuaram por anos e anos no poder, verdadeiro estelionato eleitoral. Cansados de se sentirem reféns de gestores irresponsáveis, envolvidos com milícias e com o crime organizado, os cidadãos decidiram depositar suas esperanças em candidatos principiantes na política. Nesse contexto, o peso da responsabilidade sobre os recém-eleitos é ainda maior.

É importante frisar que o Estado não pode renunciar sua função de indutor de políticas públicas. A omissão estatal propicia um poder paralelo e anárquico, que leva a uma situação de desmandos e desgovernos; é o que ocorre hoje em dia com as milícias. Com a conivência e leniência de autoridades públicas, essas organizações paramilitares se apropriaram do Rio de Janeiro; representam uma nova e perversa forma de plantar o terror e o medo na sociedade e, quando confrontadas pelo aparato estatal, reagem com severos ataques a bens públicos e ameaças a autoridades, sempre incutindo o temor generalizado. Não tenho dúvidas em afirmar que o caso Marielle



Franco e Anderson Gomes está relacionado a essas organizações criminosas. Espero que o lamentável episódio ocorrido ontem com a Deputada Estadual Martha Rocha não seja mais um capítulo dessa triste e grave história.

No pleito para o comando do Ministério Público fluminense no atual biênio, reafirmamos nosso compromisso com a continuidade do trabalho de renovação do modelo de atuação institucional com enfoque na resolutividade e no comprometimento com a entrega de resultados. Defendemos a integração interna e a articulação institucional, com a priorização da fiscalização e da proposição de políticas públicas preventivas, além de ressaltarmos a urgente necessidade de utilizarmos inovações tecnológicas, a fim de efetivamente realizar os princípios da integridade, da transparência e da participação cidadã.

Vivenciamos, então, a incomum situação da candidatura única, acompanhada por um expressivo comparecimento dos membros às urnas, com quase 94% de aprovação, experiência que nos sinalizou estarmos na direção certa, unidos, coesos, compartilhando dos mesmos propósitos e ideais.

Nesse contexto, Senhor Governador, em nome da legitimidade a mim outorgada por todos os promotores e procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, não posso deixar de ressaltar que, em uma eleição com lista tríplice, a escolha do candidato mais votado representa um verdadeiro dogma institucional no MPRJ e revela a crença na harmonia e na independência dos poderes e das funções estatais como componentes irrenunciáveis de uma gestão pública democrática e livre de interferências externas.

A Carta Magna atribuiu ao *Parquet* a missão de fiscal da lei e de defensor da ordem jurídica e do regime democrático. Seus integrantes ocupam o honroso posto de servidores públicos e detêm amplos poderes de investigação. Por isso mesmo, não podemos, jamais, esquecer das ações e das omissões que nos conduziram à situação tão caótica em que nos encontramos. Fazemos, então, uma vez mais, nosso *mea culpa* à população fluminense e reassumimos o compromisso de continuarmos engajados em levar essa autocrítica a todos os limites que se façam necessários.

Saibam todos vocês que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro atuará sempre com a necessária firmeza, determinação e eficiência. Que cada cidadão tenha consigo essa certeza, lembrando-se de que não são poucos os agentes públicos que já ocuparam assentos nesta mesa, mas que, ao cometerem ilícitos, foram denunciados, julgados, sentenciados e, até mesmo, encarcerados.

Não podemos esquecer que a corrupção, as milícias e o crime organizado matam direta e indiretamente, a curto e a longo prazo. Qualquer desvio de verbas, superfaturamento, concessões indevidas de benefícios ou isenções fiscais afeta toda a sociedade e decorre em: menos leitos hospitalares, menos vagas em escolas, mais desmatamento de áreas de preservação, pior fiscalização de encostas, mais latrocínios e mais violência doméstica. As consequências da criminalidade vão se acumulando em uma espiral ascendente sem fim. E nenhuma condenação por improbidade administrativa, ainda que implique devolução dos valores desviados, é capaz de reaver verdadeiramente

os prejuízos causados: o tempo das crianças sem escola, a biodiversidade perdida, os idosos abandonados, os doentes desamparados e as famílias destruídas.

O Ministério Público contemporâneo trabalha com a antecipação estratégica e a prevenção planejada de danos. Trata-se de uma instituição integrada e articulada interna e externamente, que busca, na inovação tecnológica, os modos para se proceder à análise de dados acerca da realidade estatal. Somente dessa forma, será possível reverter nossa situação atual e buscar a tão almejada melhora do ambiente de negócios de nosso Estado. Atrair investimentos, elevar o nível de desenvolvimento econômico-social e, conseqüentemente, o grau de prosperidade e de qualidade de vida da população são reflexos naturais da efetiva realização de nossa missão institucional.

Para tanto, é necessário darmos total transparência aos negócios públicos, constituirmos mecanismos de resolatividade e de prevenção de conflitos, desenvolvermos e aperfeiçoarmos sistemas extrajudiciais visando à redução dos elevados índices de judicialização. Precisamos, ainda, ampliar os mecanismos de participação cidadã, realizar a radical abertura dos dados governamentais e virtualizar as rotinas e os processos de produção. É necessário, também, aproximar as instituições, criar protocolos integrados para o trato de questões comuns, otimizar o compartilhamento de dados e constituir rotinas de trabalho, de avaliação e de acompanhamento de políticas públicas. Urge que o setor público se enxergue!

Foi com esses objetivos em mente que criamos o projeto “Ministério Público em Mapas”, que conjuga uma série de ferramentas de tecnologia da informação, como plataformas de georreferenciamento, cruzamento de análises estatísticas, painéis de indicadores socioeconômicos e robôs para mineração de dados; todas visando a dar ao cidadão a possibilidade de visualizar os equipamentos públicos e o verdadeiro destino dos seus impostos. O Ministério Público caminha para ser uma grande fonte de dados e informações qualificadas.

Senhor Governador, ciente das dificuldades existentes para o equacionamento do orçamento, não posso deixar de louvar o compromisso público assumido por Vossa Excelência de respeitar a autonomia financeira outorgada pela Constituição Federal aos órgãos estatais independentes. Tenha plena convicção de que nossa contrapartida à integridade do regime de duodécimos, indispensável ao financiamento das atividades ministeriais, continuará, como nos últimos anos, a se expressar na abertura dos dados, na ênfase em mecanismos de governança, na busca por gestões públicas de excelência; iniciativas que visam à economia, à transparência e, sobretudo, à eficiência na utilização dos recursos públicos.

Desejo-lhe, por fim, o mais elevado êxito na aplicação de seus planos de governo, pois o seu sucesso representa o nosso bem comum. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro está aberto ao diálogo e à integração para enfrentarmos os desafios dos próximos anos.

Senhores servidores, promotores e procuradores de Justiça do *Parquet* fluminense, no dia de hoje, 14 de janeiro de 2019, um novo ciclo se inicia, portanto, conclamo todos a lutarem por nossa Instituição, a unirem-se pela sua modernização,

porque ela está na linha de frente da defesa dos ideais republicanos. Como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público é o guardião de nossas casas, nossas famílias, nossas liberdades e nossos valores mais elevados. Somos guardiões de tudo aquilo que merece ser reverenciado, honrado e, sobretudo, amado.

Que a verdade, a coragem e a justiça sejam as marcas do biênio que se inicia e que cada um de nós seja digno da missão sublime de guardião dos direitos da sociedade fluminense.

Muito obrigado.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ABONO DE PERMANÊNCIA

77, 85, 91;

AÇÃO INDIVIDUAL

119, 125-126, 130-132;

AÇÃO MERAMENTE INDIVIDUAL

119, 129-130, 132, 135;

AÇÕES COLETIVAS

119-121, 125, 133, 136, 141, 143, 195, 357, 507;

ADOLESCENTE

101, 141, 197-199, 201-203, 205-209, 211-213, 217-220, 271-273, 308, 310;

ANTIPOSITIVISTAS

149, 158, 161;

ARBITRAGEM

149-157;

CLEMÊNCIA

49-65, 68-72;

CLEMÊNCIA JUSTIFICADA

49, 60;

COMPAIXÃO

49, 61- 65, 71;

CONSENSO PROCESSUAL PENAL

9, 223;

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

77, 85;

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

93-94, 106-108, 110, 115, 262;

CRIANÇA

57, 101, 141, 187, 197-209, 211-221, 308, 310, 387, 520;

CRIPTOMOEDA

93, 98;

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

9, 197-200, 202-210, 214, 216-218, 220;

DIREITO À PREVIDÊNCIA

77, 81;

DIREITO ADQUIRIDO

77, 85, 91, 419;

DIVERSIFICAÇÃO PROCESSUAL PENAL

223-224;

EFEITO SUSPENSIVO

19, 21, 29-31, 37-38, 40, 42, 45;

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

49-50, 52, 54-56, 64, 71-72, 101, 158, 191, 195, 273, 473;

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

19, 34, 37-46;

JUÍZO ARBITRAL

149, 150-151, 155-157;

JUSPOSITIVISMO

149-150, 153, 158-162, 164;

MALWARE

93- 96, 111;

PODER FAMILIAR

9, 197-210, 212-220;

PRINCÍPIOS

9, 33-34, 42, 49, 55, 56, 64, 66-68, 78, 102, 106-107, 109, 131-132, 143, 149-150, 152-153, 155, 158, 160, 164-169, 176, 180-181, 185, 189, 191, 194, 197-198, 200, 210, 212, 215-218, 224, 261-262, 322-323, 331, 340-345, 362-363, 400, 413, 419, 440, 446, 448, 451, 456, 463, 466-467, 474, 476, 478-479, 486, 493, 514, 519;

PROCESSO-MODELO

119, 121-122;

PROCESSO-PILOTO

119, 121-122;

QUESTÕES REPETITIVAS

119-122;

RANSOMWARE

93-96, 99, 105, 109, 111-113, 115-116;

REFORMA DA PREVIDÊNCIA

77;

REGIME PREVIDENCIÁRIO

85;

REPERCUSSÃO COLETIVA

132, 145, 356;

REPERCUSSÃO INDIVIDUAL

119, 145;

REVISÃO CRIMINAL

9, 19-31, 35-38, 41-46, 52;

SEGURANÇA JURÍDICA

55, 58, 64, 77, 87, 89, 120, 123, 150, 159, 213;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

9, 19-21, 29, 31, 33-34, 36, 39-42, 64, 66-67, 71, 82, 114, 139-140, 185, 236, 281, 413-414, 417, 419, 423-424, 431, 433-434, 451, 474;

TEORIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

149-150, 153, 164, 165;

TERRITORIALIDADE

93, 109-110, 286, 291, 294, 307, 310, 313, 316;

TRIBUNAL DO JÚRI

9, 42-43, 49-51, 54, 56-59, 61, 63, 65-66, 71, 393, 396-397, 407-408, 425-427, 515;

TUTELA COLETIVA

9, 119-124, 126-127, 132, 134-135, 137-143, 283, 288-289, 294, 319, 349, 351, 357, 368, 372.

Assinatura da Versão Digital

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:

revista.assina@mprj.mp.br

Envio de trabalhos para publicação

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares. Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

revista publica@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

revista@mprj.mp.br