

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



**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



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
Jeziel Gusmão
Felipe Mello
Lia Pacheco de Oliveira
Tiffany Fiks
Pesquisa

Davi Kaptzki
Editor-Chefe
Projeto Gráfico
Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa
Daniel Camelo
Diagramação

Aginaldo Alves
Cláudia Campochão
Controle Administrativo
Silvio Emanuel Fernandes
Estagiário
Cristina Siqueira
Lorena Tavares
Caroline Linhares
Revisão Ortográfica

*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, n.1 (jan./jun. 1995)- . - Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995 - v. ; 23 cm

Trimestral

1995-2014 (1 - 54)
2015 (55, 56, 57)

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

Marfan Martins Vieira
Procurador-Geral de Justiça

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

Alexandre Araripe Marinho
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos
Institucionais e Judiciais

José Eduardo Ciotola Gussem
Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

Ertulei Laureano Matos
Subprocurador-Geral de Justiça
de Direitos Humanos e Terceiro Setor

Ana Carolina Barroso do Amaral Cavalcante
Secretária-Geral do Ministério Público

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral do Ministério Público

Dennis Aceti Brasil Ferreira
Subcorregedor-Geral

Márcia Álvares Pires Rodrigues
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Marfan Martins Vieira
Presidente

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral

Membros natos

Carlos Antonio da Silva Navega
Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Dalva Pieri Nunes
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho
Fernando Chaves da Costa
Ertulei Laureano Matos
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Márcio Klang
Sérgio Bastos Vianna de Souza

Membros eleitos

Márcia Alvares Pires Rodrigues
Walberto Fernandes de Lima
Kátia Aguiar Marques Selles Porto
Lilian Moreira Pinho
Joel Tovil
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Maria Luiza de Lamare São Paulo
Dirce Ribeiro de Abreu
José Roberto Paredes
Luiz Fabião Guasque

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

Marfan Martins Vieira
Presidente

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Alexandre Viana Schott
Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Marlon Oberst Cordovil
Sumaya Therezinha Helayel

Pelos Promotores de Justiça

Cláudio Henrique da Cruz Viana
Conceição Maria Tavares de Oliveira
Ricardo Ribeiro Martins
Flávia Araújo Ferrer de Andrade

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

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

• • •

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

Arthur Pontes Teixeira
Diretor-Presidente

• • •

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

Karine Susan Oliveira Gomes de Cuesta
Diretora-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
Presidente

EDITORIAL

Um dos maiores mistérios do mundo contemporâneo está na tensão entre as tentativas de fortalecimento das fronteiras nacionais e o crescimento quase incontrolável do fluxo mundial de informações, criando um contexto em que fatos internacionais repercutem na realidade interna do país e ensejam novas reflexões sobre o modo como a sociedade se vê e organiza. Consequentemente, novos debates e perspectivas doutrinárias chegam aos tribunais, influenciando suas decisões.

Em sintonia com as principais tendências internacionais, os doutrinadores brasileiros buscam criar um diálogo entre o Direito interno e aquele praticado em outros países, fazendo de sua produção científica um parâmetro seguro para juízes, promotores, advogados e demais operadores do Direito. Dentro dessa realidade, a Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro traz para si a responsabilidade de publicar os trabalhos que tratam dos mais importantes temas da atualidade, apresentando-se como um espaço de debates.

Nesta edição, na seção *Doutrina*, é apresentado um estudo acerca do modo adequado de compreender o uso dos precedentes no contexto do novo Código de Processo Civil brasileiro; uma análise da calendarização processual, sob a inspiração de seu uso em países anglo-saxões; comentários ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil e uma avaliação acerca dos poderes do juiz na ação civil pública ambiental. Destaca-se ainda uma crítica à jurisprudência do STF, tratando da competência originária de tribunal para a apreciação de ação penal. No âmbito político-jurídico, são analisados o relatório geral do Brasil, no que concerne ao controle judicial de políticas públicas, e, em seguida, a Lei Anticorrupção, por meio de um paralelo entre os sistemas brasileiro e norte-americano de combate à corrupção. São propostas, igualmente, reflexões sobre o juízo competente para autorizar o trabalho de crianças e adolescentes e a participação em espetáculos públicos, além de ser reproduzida uma resenha da obra *El Análisis Económico del Derecho*, de Richard Posner, que se baseia na análise da teoria econômica por meio de questões legais concretas e variadas. Por fim, é apresentada uma reflexão institucional sobre o princípio da independência funcional e sua relação com o planejamento estratégico do Ministério Público.

Para a seção *Observatório Jurídico* foi selecionado artigo sobre a necessidade de uma reforma política no Estado brasileiro. Para a seção *Peças Processuais*, priorizou-se a variedade dos temas, com quatro pareceres atinentes à permuta entre membros de Ministério Públicos de Estados diversos, à entrega de medicamentos não padronizados, à adoção de criança abandonada desde tenra idade e à obtenção de informações e documentos relativos à estrutura de cargos e política remuneratória no âmbito do Tribunal de Contas do Estado.

Para a seção *Jurisprudência*, o critério de seleção das decisões continuou sendo seu grau de representatividade quanto às tendências jurisprudenciais dos dois principais tribunais nacionais (STF e STJ), tanto na área cível quanto na criminal. São seis acórdãos que contribuem uma vez mais para criar um retrato da justiça brasileira hodierna. Tratam de extinção prematura de ação penal via *habeas corpus*; de solicitação de restabelecimento da pena-base, em face à proibição de *reformatio in pejus*, de dispositivo de Constituição Estadual que beneficiaria o nepotismo; de violação do artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em um caso de paternidade homoafetiva demonstrada com o adotante; de direito a alimentos em caso de rompimento de união entre pessoa do mesmo sexo, e de *habeas corpus* interposto contra decisão de desembargador que indeferiu liminar em agravo de instrumento.

A Revista é encerrada com a seção *Jurisprudência Internacional*, na qual se reproduz a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Ximenes Lopes, em que um portador de deficiência mental faleceu após três dias de internação na Casa de Repouso Guararapes, no Município de Sobral, Estado do Ceará.

A abrangente seleção dos trabalhos publicados neste periódico priorizou a constituição de um verdadeiro retrato do Direito brasileiro contemporâneo. Com esta edição de nº 57, a Revista do MPRJ dá continuidade à sua tradição vanguardista, com mais uma honrosa contribuição institucional para a evolução do pensamento jurídico nacional.

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

Precedentes no CPC-2015: por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do seu Uso no Brasil <i>Dierle Nunes</i>	
<i>Alexandre Melo Franco Bahia</i>	17
Princípio da Independência Funcional e Planejamento Estratégico do Ministério Público <i>Eduardo Cambi</i>	53
Calendarização Processual <i>Eduardo José da Fonseca Costa</i>	91
Trabalho de Crianças e Adolescentes e Participação em Espetáculos Públicos: Reflexões sobre o Juízo Competente para Autorizá-los <i>Emerson Garcia</i>	107
Recensão à Obra <i>El Análisis Económico del Derecho</i> , de Richard Posner – Capítulos I e II <i>Eugênio Rosa de Araújo</i>	151
Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil <i>Fredie Didier Jr.</i>	167
Arquivamento de Inquérito em Caso de Competência Originária de Tribunal para a Ação Penal. Jurisprudência Equivocada do STF <i>José Barcelos de Souza</i>	173
Poderes do Juiz na Ação Civil Pública Ambiental <i>Luís Alberto Thompson Flores Lenz</i>	181
A Lei Anticorrupção é “Só para Inglês Ver? Uma Breve Análise Comparativa entre os Sistemas Brasileiro e Norte-americano de Combate à Corrupção <i>Paulo Wunder de Alencar</i>	193
Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Geral do Brasil <i>Susana Henriques da Costa</i>	207

Observatório Jurídico

Reforma Política para o Bem do País <i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	247

Peças Processuais

Pareceres

Parecer. Consultoria Jurídica da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Permuta entre membros de Ministérios Públicos de Estados diversos. <i>Emerson Garcia</i>	253

Parecer ministerial. Promotoria de Justiça junto à 1ª Vara Cível da Comarca de Maricá. Direito à saúde. Entrega de medicamentos não padronizados. Mal de Alzheimer. Receita de médico particular. <i>Leonardo Cuña de Souza</i>	269
Parecer ministerial. Procuradoria de Justiça junto à 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Apelação. Ação de Destituição do Poder Familiar c/c Adoção. Criança que foi abandonada pelos pais desde tenra idade. <i>Sávio Bittencourt</i>	281
Parecer Ministerial. Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais. Mandado de Segurança. Impetrante que busca a obtenção de informações e documentos relativos à estrutura de cargos e política remuneratória no âmbito do Tribunal de Contas do Estado. <i>Veronica C. R. Antunes Zylberman</i>	299

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Cível

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inciso VI do Art. 32 da Constituição do Estado do Espírito Santo. Servidor Público. Nepotismo. Vedação ao Exercício de Funções sob a Direção Imediata de Cônjuge ou Parente até o Segundo Grau Civil. Violação ao Inciso II do Art. 37 da Constituição Federal e ao Princípio da Isonomia. Inexistência. Proibição que Decorre do <i>caput</i> do Art. 37 da CF. Procedência Parcial para Emprestar Interpretação Conforme a Constituição. Incidência Exclusiva sobre Cargos de Provimento em Comissão, Função Gratificada e Cargos de Direção e Assessoramento. Ação Direta de Inconstitucionalidade 524 – Espírito Santo <i>Sessão Plenária, 20/05/2015.</i>	307

Jurisprudência Criminal

Processual Penal. <i>Habeas Corpus</i> . Extinção Prematura da Ação Penal. Acusação Baseada em Provas Reconhecidas como Ilícitas pelo STJ. Ausência de Justa Causa. Não Ocorrência. Presença de Outros Elementos de Provas Idôneos para Embasar a Denúncia. Inviabilidade de Análise de Fatos e Provas na via do <i>Habeas Corpus</i> . Precedentes. <i>Habeas Corpus</i> 116.931 – Rio de Janeiro <i>Segunda Turma, 03/03/2015.</i>	321
<i>Habeas corpus</i> . 2. <i>Emendatio libelli</i> (art. 383, CPP) em segunda instância mediante recurso exclusivo da defesa. Possibilidade, contanto que não gere <i>reformatio in pejus</i> , nos termos do art. 617, CPP. A pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação, devendo ser consideradas outras circunstâncias para verificação de existência de <i>reformatio in pejus</i> . 3. O redimensionamento da pena-base pelo Tribunal de Apelação em patamar para além daquele fixado no Juízo originário,	

embora reduza a reprimenda total em apelação exclusiva da defesa, reconhecendo vetais desfavoráveis não veiculadas na sentença (art. 59, CP), gera <i>reformatio in pejus</i> . 4. Ordem concedida. <i>Habeas Corpus</i> 103.310 – São Paulo <i>Segunda Turma, 03/03/2015.</i>	333

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Cível

Direito Civil. Família. Adoção. Violação do Art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Não Ocorrência. Paternidade Socioafetiva Demonstrada com o Adotante. Melhor Interesse do Adotando. Desnecessidade do Consentimento do Pai Biológico. Recurso Especial nº 1.444.747 – DF (2014/0067421-5) <i>Terceira Turma, 17/03/2015.</i>	341
Recurso Especial. Direito de Família e Processual Civil. União entre Pessoas do mesmo Sexo (Homoafetiva) Rompida. Direito a Alimentos. Possibilidade. Art. 1.694 do CC/2002. Proteção do Companheiro em Situação Precária e de Vulnerabilidade. Orientação Principlológica Conferida Pelo STF no Julgamento da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF. Alimentos Provisionais. Art. 852 CPC. Preenchimento dos Requisitos. Análise pela Instância de Origem. Recurso Especial nº 1.302.467 – SP (2012/0002671-4) <i>Quarta Turma, 03/03/2015.</i>	353

Jurisprudência Criminal

<i>Habeas Corpus. Writ</i> Interposto contra Decisão de Desembargador que Indeferiu Liminar em Agravo de Instrumento. Estatuto da Criança e do Adolescente. Efeito Suspensivo à Apelação em Procedimento por Ato Infracional. Impossibilidade. Interpretação Sistemática da Lei nº 12.010/2009 e do ECA. <i>Habeas Corpus</i> nº 301.135 - SP (2014/0198464-6) <i>Sexta Turma, 21/10/2014.</i>	385

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória.....	427
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS Caso Ximenes Lopes <i>versus</i> Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. (<i>Mérito, Reparações e Custas</i>)	429

Noticiário

Eleição e Posse dos Novos Membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça.....	535
Índice Alfabético-Remissivo	537



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



Precedentes no CPC-2015: por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do seu Uso no Brasil

Dierle Nunes*

Alexandre Melo Franco Bahia**

Sumário

1. Considerações Iniciais. 2. Função dos Tribunais e Padronização Decisória. 3. Contraditório e Precedentes. 4. Necessidade de uma Teoria dos Precedentes para o Brasil. 5. Problemas em Se Descobrir o que foi Realmente Julgado e Padronizado. 6. Do Uso dos Precedentes e da Superação e Distinção no Novo CPC. 7. Provoações finais.

1. Considerações Iniciais

Vivemos no Brasil hoje uma clara tentativa de valorização dos precedentes como ferramenta para a resolução de casos, principalmente no que tange aos casos repetitivos (“de atacado”), nos quais se viabiliza uma pretensão isomórfica que leva à multiplicação de ações “idênticas”.

E aqui já se apresenta uma advertência, especialmente quando se associa um *microssistema de litigiosidade repetitiva*¹ (como o previsto no CPC-2015, art. 928), técnica de gerenciamento processual (*case management* e *court management*), como ferramenta idônea e adequada de formação de precedentes, quando dos julgados se extraem *ratione decidendi* acidentalmente, como a prática brasileira demonstra há anos.² *Fundamentos determinantes são identificáveis acidentalmente no Brasil.*

Esta ressalva é relevante por duas razões que já merecem ser indicadas: a) o sistema de uso de precedentes se estruturou historicamente muito anteriormente ao (e pois, totalmente à revelia do) surgimento da nominada litigiosidade repetitiva; b)

* Doutor em direito processual (PUCMinas/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Mestre em direito processual (PUCMinas). Professor permanente do PPGD da PUCMINAS. Professor adjunto na PUCMINAS e na UFMG. Secretário-Geral Adjunto do IBDP. Membro fundador do ABDPC, associado do IAMG. Membro da Comissão de Juristas que assessorou na elaboração do Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados. Advogado.

** Doutor e mestre em direito constitucional pela UFMG. Professor Adjunto na Universidade Federal de Ouro Preto e IBMEC-BH. Membro do IBDP, IHJ e SBPC. Advogado.

¹ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

² Pesquisa empírica intitulada “A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário”, financiada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), administrada pela Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa (FUNDEP/UFMG) e concebida e executada por Grupo de Pesquisa ligado à Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), sob a coordenação do Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (Contrato de nº 17/2013) com participação dos Profs. Drs. Dierle Nunes, Misabel Derzi entre inúmeros outros pesquisadores realizada em 10 tribunais, inclusive o STF e STJ confirma esta assertiva. O relatório final da pesquisa se encontra em fase de finalização.

uma técnica de causa piloto³ ou de procedimento modelo⁴ somente terá condições de formar precedentes se a deliberação se der de tal modo que todos os argumentos relevantes sejam levados em consideração (como prescrevem os arts. 10 e 489, §1º, inc. IV, 927, §1º, CPC-2015).

Como se pontuou em outra sede:

A aplicação do direito jurisprudencial constitui um processo de individualização do Direito e de universalização da regra estabelecida no precedente, na tese, ou no enunciado sumular a exigir do intérprete constante atenção e consideração à dimensão subjetiva (construída processualmente) do caso concreto, para que seja possível sua adequada conciliação à dimensão objetiva do Direito. No entanto, esse processo é diuturnamente ameaçado pelo formalismo dos enunciados sumulares e das teses (decisões-modelo) estabelecidas pelos tribunais superiores (repercussão geral, julgamento de recursos especiais repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas), mediante técnicas de causa modelo ou de procedimento-modelo, assim como pela leitura equivocada que parcela da comunidade jurídica tem feito acerca do precedente judicial. Nesse contexto é que o Código de Processo Civil de 2015 estrutura um novo modelo dogmático para o dimensionamento do direito jurisprudencial, para, a partir de pressupostos democráticos, combater a superficialidade da fundamentação decisória e a desconsideração da facticidade do Direito, entre outros graves déficits de sua aplicação.⁵

Perceba-se, assim, que o fenômeno do uso do direito jurisprudencial para dimensionamento de litígios repetitivos seria apresentado como solução supostamente idônea para tais conflitos pela crença de que as velhas ferramentas e cânones relativos

³ Na técnica de causa-piloto ou “processos teste” (*Pilotverfahren* ou *test claims*), para resolução dos litígios em massa, uma ou algumas causas são escolhidas pela similitude na sua tipicidade para serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais causas paralelas. Não há cisão cognitiva.

⁴ Na técnica de “Procedimento-modelo” ou “procedimento-padrão” são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário” (CABRAL, Antônio do Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 39, v. 231, maio/2014. p. 2013) que aplicará o padrão decisório em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso. (NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*, Salvador: Editora JusPodivm, 2013.)

⁵ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *A doutrina do precedente judicial*: Fatos operativos, argumentos de princípio e o novo Código de Processo Civil. BUENO, Cássio Scarpinela (Org.). *Novo CPC*. São Paulo: Editora Artmed Panamericana/IBDP, 2015.

ao uso de normas já não daria mais conta da nova realidade, conduzindo vários países do “civil law” (“alegado”) a buscar no *common law* soluções antigas (por lá) para esses novos problemas.⁶ Contudo, o sistema de precedentes não foi delineado com esta finalidade.

Ademais, nem sempre a transposição de institutos estrangeiros pode resolver adequadamente nossos dilemas, salvo quando façamos uma comparação adequada e responsável das peculiaridades dos sistemas, de suas litigiosidades e do modo como o referido instituto deva ser aplicado.

Isto já nos conduz à percepção de que apesar do sistema brasileiro sempre ter levado em consideração os julgados dos tribunais para sua prática decisória,⁷ falar-se em “aproximação” ou “identidade” de nossa práxis não é plenamente correto, pois, *verbi gratia*, o sistema brasileiro de súmulas não pode ser comparado com o sistema anglo-americano de *cases*, pois lá se procura uma identificação discursiva de aspectos entre a causa em exame e o precedente, inclusive nos aspectos fáticos, em uma discussão rica. Já o sistema de súmulas, de verbetes curtos e objetivos, supostamente estabeleceria apenas uma “aplicação mecânica” por parte do julgador, sem levar em consideração todo o suporte de discussão, mesmo jurídico, que conduziu o tribunal a tomar determinado posicionamento.

Sobre a necessidade da análise dos fatos operativos/materiais, comentou-se:

⁶ De igual sorte, também países de *common law* vêm passando por movimentos de mixagem com institutos próprios do *civil law*. Estes fenômenos (lá e cá) são conhecidos como *mixed jurisdictions*. A percepção de que o sistema brasileiro não se amolda mais, tão somente, às perspectivas do *civil law*, em face da existência e adoção de práticas típicas do *common law*, como as de reforço da importância do papel dos “precedentes” jurisprudenciais, especialmente dos Tribunais Superiores, com a formatação de um sistema jurídico em transição (entre os sistemas indicados), conduz à necessidade de delimitação de um trabalho de pesquisa que formate a compreensão do impacto desse novo modelo de aplicação do direito, tanto no âmbito da teoria do processo quanto da teoria da constituição, além dos impactos no campo da teoria do Estado. Cf.: TETLEY, William. Nationalism in a Mixed Jurisdiction and the Importance of Language. *Tulane Law Review*, vol. 78, p. 175-218, 2003; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas essenciais: direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 4, p. 731-776; e: THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2ª ed. RJ: Forense, 2015.

⁷ Como pontua com precisão Marcus Seixas Souza, não é nenhuma novidade o uso do Direito jurisprudencial no Brasil. No Brasil Colônia seu uso era recorrente: “(a) Arestos: constituíam precedentes dos tribunais superiores e, embora não fossem publicados em coletâneas oficiais, eram analisados pela doutrina e até mesmo reproduzidos. Não havia um consenso sobre a eficácia dos arestos da Casa da Suplicação (o mais graduado tribunal superior ordinário do Reino), sendo que alguns sustentavam que apenas seriam aplicáveis a casos semelhantes, enquanto outros viam nos arestos alguma transcendência; (b) Estilos: tratava-se do uso decorrente de prática reiterada em um tribunal, exigindo-se um período mínimo de dez anos para tanto, vedada violação à lei. Eram compilados na *Colleção Chronologica da Legislação Portuguesa Compilada e Annotada* e no *Auxiliar Jurídico*. Do mesmo modo que o costume, os estilos eram dotados de eficácia vinculante, podendo ser modificados por lei ou por outro assento; (c) Assentos: consubstanciavam decisão colegiada e abstrata sobre interpretação autêntica de um dispositivo legal, sendo mencionados e comentados pela doutrina. Por força da Lei da Boa Razão, todos os juízes deveriam adotar a interpretação legal contemplada nos assentos, podendo ser modificados pela lei ou por outro assento”. Somente com a República ocorreu uma mitigação do uso do direito jurisprudencial (SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do Direito processual civil brasileiro*: Colônia e Império. Salvador: UFBA, Faculdade de Direito, 2014, p. 87-88 e 129, *passim*).

A relevância desses fatos se justifica na medida em que o raciocínio por precedentes é, essencialmente, um raciocínio por comparações entre casos (o do precedente e o do presente). Nesse raciocínio – que leva em consideração situações, eventos, qualidades e atributos –, analogias e contra-analogias são estabelecidas a fim de se determinar se o caso presente deve ser tratado da forma como estabelecido no precedente, ou se deve receber tratamento diverso, à luz do princípio da igualdade substancial. Em qualquer sistema jurídico em que o direito jurisprudencial é relevante para o desenvolvimento do Direito, as analogias e as contra-analogias são realizadas considerando os elementos essenciais e não essenciais que podem ser encontrados no caso precedente e no presente (DUXBURY, 2008, p. 113). Até mesmo para que as comparações e a própria utilização desse direito jurisprudencial sejam relevantes na aplicação do Direito, não se pode prescindir da relevância dos fatos como um dos elementos que conferem força normativa a esse direito jurisprudencial. Por isso é que os juristas familiarizados com a doutrina do precedente judicial preocupam-se em descrever com considerável grau de precisão quais são os *fatos materiais* das decisões passadas, dada sua influência no discurso jurídico e na solução de outros casos a partir do direito jurisprudencial. Esses *fatos materiais* guardam estreita relação com a *ratio decidendi* (*fundamentos determinantes*, para se valer da expressão do CPC-2015), cujo conceito, por sua vez, constitui um dos mais controvertidos conceitos na doutrina do precedente judicial. Essa importância que lhe é atribuível decorre da constatação de que o elemento normativo do precedente reside nela própria, *ratio decidendi*, e as pessoas (cidadãos comuns ou autoridades) debaterão intensamente sobre quais direitos e obrigações jurídicas decorrem do que foi dito no precedente. Por isso, definir a *ratio decidendi* de um precedente não se resume a uma simples tarefa de categorização científica de partes de uma decisão; pelo contrário, pois tais *fundamentos* guardam aptidão não apenas para contribuir para a solução de outros casos mas para incrementar o histórico institucional do Direito.⁸

Infelizmente, até ao menos a entrada em vigor do CPC-2015, duas posturas são costumeiras no Brasil ao se usar os julgados dos tribunais como fundamento para as decisões: (a) a de se repetir mecanicamente ementas e enunciados de súmulas (descontextualizados dos fundamentos determinantes e dos fatos que os formaram),⁹

⁸ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *A doutrina do precedente judicial: Fatos operativos, argumentos de princípio e o novo Código de Processo Civil*. BUENO, Cássio Scarpinella (org.). *Novo CPC*. São Paulo: Editora Artmed Panamericana/IBDP. 2015.

⁹ Contrafaticamente, o CPC 2015 determina: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.[...] § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” Destacamos.

como bases primordiais para as decisões, seguindo uma racionalidade própria da aplicação das leis, encarando esses trechos dos julgados como “comandos” gerais e abstratos – é dizer, repristinando uma escola da exegese apenas que substituída a lei pelos (pseudo) “precedentes” ou (b) de se julgar desprezando as decisões anteriormente proferidas, como se fosse possível analisar novos casos a partir de um marco zero interpretativo; num e noutro caso o juiz discricionariamente despreza os julgados, a doutrina e o próprio caso que está julgando.

Dworkin,¹⁰ criticando a recorrente aplicação positivista do *common law* (corrente a que ele chama de convencionalismo), delineou uma teoria da integridade na qual para se aplicar precedentes o intérprete deveria analisar o direito como um romance em cadeia, com coerência, de modo a decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento interligado do qual os capítulos passados (julgados passados e entendimentos doutrinários) devem ser levados em consideração, para que se escreva um novo capítulo, em continuidade, que o respeite ou o supere, com coerência. É dizer, para ele a *interpretação do direito é construtiva*: a decisão, ao mesmo tempo em que foi uma resposta aos postulantes elaborada por um grupo em certo período, é também *produto de várias mãos e dá continuidade (sem ruptura)* àquela construção referida.¹¹

O Juiz, assim, *não pode ser só a boca da jurisprudência* (como já fora da lei, ao tempo dos exegetas),¹² repetindo ementas ou trechos de julgados descontextualizados dos fatos, ou usar julgados pontuais porque precisa ter uma noção do que os julgadores do passado fizeram coletivamente. Não dá para se usar julgados isolados como se estes representassem a completude do entendimento de um tribunal.

Isto, além de uma simplificação odiosa, está em desconformidade com a praxis do *common law* de onde se diz estar buscando inspiração: lá como cá, princípios são a condensação de expectativas de comportamento que são posteriormente previstos em normas jurídicas. Tais princípios são a base a partir da qual são formados precedentes, é dizer, há o julgamento de casos que, *depois*, são/podem ser tomados como razões que reforcem/contrastem com certa tese. Mas, perceba-se que precedentes apenas são tais quando de sua retomada num julgamento posterior. Não se decidem casos com a finalidade de se gerar precedentes ou pior, objetivando “prevenir” avalanche de processos (jurisprudência defensiva).¹³

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 273 e ss.; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 221 e ss.

¹¹ Falando sobre os avanços do constitucionalismo americano que passaram pela Suprema Corte, Dworkin noutro texto ainda enfatiza que a interpretação construtiva é uma praxis que já começa pela leitura que os Ministros da Suprema Corte fazem da Constituição, uma vez que muito do que é a parte mais importante desta “*are drafted in abstract language; [logo] justices must interpret those clauses by trying to find principles of political morality that explain and justify the text and the past history of its application*” (DWORKIN, Ronald. *Bad Arguments: The Roberts Court & Religious Schools*. *The New York Review of Books*, 26.04.2011. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/blogs/nyrblog/2011/apr/26/bad-arguments-roberts-court-religious-schools>>. Acesso em: 26.04.2011).

¹² BAHIA, Alexandre. As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese. *RePro*, vol. 206, p. 359-379, abril 2012.

¹³ Cf. THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Cit. Cap. 7.

Ao se delinear um microsistema de litigiosidade repetitiva, o CPC-2015 cria ferramentas gerenciais de dimensionamento destes conflitos, preferencialmente formadoras de precedentes.

Para que tal desiderato se implemente, haverá a absoluta necessidade de respeito ao iter de formação das decisões e um contraditório dinâmico que, no CPC-2015, se apresenta numa série de dispositivos: nos arts. 10 e 933, passando pela busca de escolha de causas representativas com “abrangente argumentação e discussão” (art. 1.036, §6), do respeito da regra da congruência e não surpresa que determina ao relator (em recursos repetitivos) a promoção da identificação com precisão da questão a ser submetida a julgamento e a vedação ao órgão colegiado decidir questão não delimitada (arts. 1.037, I e §2º), assegurando a manifestação dos *amici curiae* (arts. 983, caput, e 1.038, I) e a realização de audiências públicas (arts. 983, §1º e 1.038, II).

Busca-se a mitigação normativa (e contrafática) dos riscos de uma hiperintegração. Esta existe na interpretação “quando os fatos de um caso com alguma especificidade e restrição acabam se tornando um parâmetro geral para casos subsequentes que não guardam suficientes padrões de identificação com ele. É como se uma decisão singular inaugurasse uma nova afinação na orquestra, e todo o restante da prática jurídica se modulasse por ele, de forma nem sempre pertinente”.¹⁴ Tal fenômeno gera uma prática comum de se considerar dois casos (o presente e o paradigma) idênticos ao se aumentar o grau de abstração (distanciamento) entre os mesmos. Dependendo do nível de abstração, dois elementos aparentemente diferentes podem se mostrar similares ou até idênticos.¹⁵

Como pontua Ramires:

O problema do abstracionismo conceitual do direito brasileiro (...) é justamente a tentativa de extrair e conservar *essências* das decisões pretéritas. Toma-se um acórdão qualquer e busca-se espremer-lo até produzir um enunciado representativo do que foi essencial no julgamento, formulado no menor número possível de palavras. Assim como se extrai uma essência aromática através da destilação das flores, e depois se guarda num frasco para usos futuros, a conceitualização dos julgados despe os casos de tudo o que julgar ser acidental, para ter em mãos apenas as suas

¹⁴ RAMIRES, Mauricio. *Crítica a aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 109.

¹⁵ Na doutrina constitucional americana, fala-se em dois mecanismos complementares a tal respeito: “metáfora” e “metonímia”; pelo primeiro, aumenta-se o distanciamento do observador perante os casos (passado e presente) e, com isso, diferenças podem ser desconsideradas e se pode concentrar nas semelhanças; na “metonímia”, ao revés, o observador se aproxima dos casos e, com isso, o contexto, as singularidades, irão mostrar singularidades que tornam inaplicável o precedente – é o mecanismo tecnicamente conhecido como *distinguishing*. Saber quando é o caso de um, de outro, ou até de ambos (em alguma medida) somente pode ser definido na decisão do caso. Sobre isso ver ROSENFELD, Michel. The identity of the constitutional subject. *Cardoso Law Review*, jan. 1995, p. 1069 e ss.

“propriedades imutáveis”. Quer se saber, por baixo daquela decisão pouco relevante em sua própria contingência, qual foi o critério permanente que a informou, porque ele seria a chave para orientar todo um conjunto de decisões futuras. Em suma, uma identificação exata do *holding* ou da *ratio decidendi* de um caso, ao gosto do tecnicismo. Ao invés de se construir uma dialética entre os casos passados e os casos futuros, tenta-se montar um monólogo, e acaba se criando *um coro de muitas vozes dissonantes*.¹⁶

Acerca deste “coro de muitas vozes dissonantes” o CPC-2015 contrafaticamente busca corrigir estes comportamentos não cooperativos mediante uma teoria normativa da cooperação/comparticipação que impõe uma fundamentação estruturada (art. 489), uma amplitude argumentativa (art. 10) e da boa-fé objetiva.

Em inúmeros trabalhos, vimos apontando, há bom tempo, os riscos de nossa peculiar apreensão do direito jurisprudencial no Brasil.¹⁷

Sempre tivemos dificuldades em entender a afirmação “definitiva”, de grande parcela dos pensadores pátrios, de que, por exemplo, os enunciados de súmula seriam pronunciamentos dos Tribunais vocacionados à abstração e à generalidade, tal qual as leis, e de que sua aplicação poderia se dar desligada dos casos (julgados) que deram base à sua criação.¹⁸

¹⁶ RAMIRES, Maurício. *Crítica a aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Cit., p. 140.

¹⁷ Cf. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *RePro*, vol. 189, novembro 2010; NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *RePro*, vol. 199, set. 2011; NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. In: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Tutelas diferenciadas*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010; NUNES, Dierle. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 101, p. 61-96, 2010; BAHIA, Alexandre. Avançamos ou Retrocedemos com as reformas? Um estudo sobre a crença no poder transformador da legislação e sua (in)adequação face o Estado Democrático de Direito. In: Felipe Machado; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (org.). *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 15-37; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Por um paradigma democrático de processo. In: DIDIER, Fredie. *Teoria do processo – Panorama doutrinário mundial* – 2ª série. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 159-180.

¹⁸ Em sendo assim, os Tribunais Superiores poderiam possuir um grande (e crescente) número de obstáculos ao seu acesso, uma vez que não estão ali para “corrigir a injustiça da decisão”, mas somente para garantir a autoridade da Constituição/lei federal e a uniformidade da jurisprudência. Diante daqueles casos que conseguem ultrapassar a barreira da admissibilidade, os Tribunais Superiores não estariam preocupados com o caso em si, que seria abstraído de suas características de caso concreto e visto apenas a partir do tema de que se trata, a fim de, se valendo do caso (que é irrelevante), alcançar aqueles objetivos acima elencados. Cf. BAHIA, Alexandre. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 175 e 310; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os recursos extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do Estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 366.

Seria como se os enunciados fossem criados e aplicados seguindo a mesma racionalidade do discurso legislativo, para o qual a Constituição prevê um complexo processo legislativo, e que eles pudessem se desprender de suas bases contingências formativas (julgados dos tribunais com limites subjetivos e objetivos muito individualizados aptos ao julgamento de um caso mas sem amplitude suficiente para dele se extrair fundamentos determinantes – *ratione decidendi*).

Vale a pena lembrarmos que as normas (leis) são feitas para serem gerais e abstratas (tentando-se, com isso, garantir sua aplicação imparcial ao maior número de casos). Uma vez que nos livramos das teses de *mens legis* e *mens legislatoris*, sabemos que a aplicação da norma não está presa à vontade do legislador ou mesmo de uma obscura vontade da lei; não são assim os precedentes, pois que feitos no curso da resolução de um caso, e, pois, sua *ratio* apenas faz sentido no seu contexto de origem.

Assim, leis possuem, em sua origem, argumentos pragmáticos, racionais, econômicos, morais (ou imorais, amorais), sociais etc.; no entanto, uma vez que passam pelo processo legislativo, são traduzidas para o código (deontológico) próprio do direito (direito/não direito), valendo e devendo ser aplicadas à revelia das razões que lhes deram origem.¹⁹ Súmulas e precedentes, ao contrário, estão umbilicalmente ligados aos casos que lhes deram origem e só existem e fazem sentido a partir destes casos. Diferentemente das leis, portanto, a aplicação de súmulas e precedentes precisa vir acompanhada dos seus casos-origem.

Outra assertiva que precisa ser problematizada é a de que o seu uso poderia ser comparado ao uso dos precedentes no *common law*, especialmente pela percepção de que lá é vital a ideia de que os tribunais não podem proferir regras gerais em abstrato.²⁰ Ou seja, em países de *common law*, os precedentes não “terminam a discussão”, são sim, um *principium*:²¹ um ponto de partida, um dado do passado, para a discussão do presente.

Aqui entre nós, a “jurisprudência” (ou o que chamamos disso) esforça-se para, logo, formatar um enunciado de Súmula (ou similar), que deveria corresponder sempre a *ratio decidendi/holding* (mas com recorrência não correspondem), a fim de se encerrar o debate sobre o tema, hiperintegrando a discussão, já que, no futuro, o caso terá pinçado um tema que seja similar ao enunciado sumular e, então, a questão estará “resolvida” quase que automaticamente, como nos tempos da subsunção da escola da exegese,²² apenas que, em vez de a premissa maior ser a lei, agora é uma Súmula, “jurisprudência dominante”, ou julgado proferido em técnicas repetitivas.

Esta peculiar “jurisprudência” preventiva imagina uma possível divergência e trata logo de eliminá-la, não permitindo que a questão amadureça nos Tribunais à medida que for ocorrendo, para que, então, se forme um entendimento consolidado.

¹⁹ BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 277.

²⁰ HUGHES, Graham. *Common Law systems*; MORRISON, Alan. *Fundamentals of american law*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 19.

²¹ RE, Edward D. Stare Decisis. *Revista Forense*, vol. 327, p. 38. Por isso, inclusive, a ideia de “interpretação construtiva” de Dworkin.

²² BAHIA, Alexandre. As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese. *RePro*, vol. 206, p. 359-379, abr. 2012.

No *common law*, ao invés, para que um precedente seja aplicado há que se fazer análise comparativa *entre os casos, analogias e contra-analogias* (presente e passado, isto é, o precedente), para se saber se, em havendo similitude, em que medida a solução do anterior poderá servir ao atual.

Por aqui, ao revés, o uso de enunciados de súmula (e de ementas) se dá em geral no Brasil, *equivocadamente*, como se lei fossem. Seguindo o mesmo raciocínio de generalidade e de abstração das normas editadas pelo Parlamento, é como se esses enunciados jurisprudenciais se desgarrassem dos fundamentos determinantes (*ratione decidendi* ou *holding*) que os formaram. Não se negam as razões históricas da criação desses enunciados na década de 1960, com inspiração nos assentos portugueses. O que se critica é que após todos os avanços da teoria do direito e da ciência jurídica, se aceite a reprodução, mesmo sem se perceber, de uma peculiar aplicação do positivismo normativista da jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*),²³ que defendia a capacidade do Judiciário criar conceitos universais; um sistema jurídico fechado que parte do geral para o singular e que chega a “esse” geral com a negligência às singularidades.

Perceba-se: nos séculos XVIII e XIX acreditava-se que o legislador poderia fazer normas “perfeitas”, gerais e abstratas de tal forma que seriam capazes de prever todas as suas hipóteses de aplicação. Descobrimos no século XX que isso não é possível (que, *e.g.*, por detrás de toda pretensa objetividade da lei estavam os preconceitos daquele que a aplicava).²⁴ Agora, em fins do século XX e início deste apostamos, mais uma vez, no poder da razão em criar regras perfeitas, apenas que agora seu autor não é mais (só) o legislador mas (também) o Tribunal.²⁵

Há os que acreditam que legisladores e/ou juízes possam “inventar” princípios a seu bel prazer, como se princípios “brotassem” da mera vontade do juiz ou mesmo do legislador.²⁶

Em assim sendo, apesar de se tematizar com recorrência nosso peculiar movimento de convergência com o *common law*, chamado por Streck de “comonlização”,²⁷ continuamos insistindo nessa equivocada formação e aplicação do direito jurisprudencial.²⁸

²³ PUCHTA, Georg Fredrich. *Lehrbuch der Padekten*. Leipzig: Berlag von Johann Ambrolius Barth, 1838.

²⁴ Sobre isso dedicamos todo o Capítulo 1 do nosso: THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. cit.

²⁵ Se é verdade que também o *common law* passou por uma fase de forte positivismo – na qual aos precedentes se tentou dar a mesma estabilidade e imutabilidade que dávamos às leis –, tais ideias restaram superadas desde fins do século XIX. Sobre isso ver: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

²⁶ Como já dito acima, princípios como normas jurídicas são uma decorrência de condensações de expectativas de comportamento. Legisladores podem ter escopos políticos, mas não necessariamente o produto do seu trabalho será o reconhecimento de um princípio; normalmente, ele positiva regras.

²⁷ STRECK, Lenio. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! Acesso em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>.

²⁸ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do TST*, vol. 79, Brasília, abr.- jun. 2013. Acesso em: <<http://pt.scribd.com/doc/176023132/Dierle-Nunes-e-Alexandre-Bahia-Formacao-e-aplicacao-do-Dir-Jurisprudencial-Revista-do-TST>>.

Falta aos nossos Tribunais uma formulação mais robusta sobre o papel dos “precedentes”. Se a proposta é que eles sirvam para indicar aos órgãos judiciários qual o entendimento “correto”, deve-se atentar que o uso de um precedente apenas pode se dar, como já adiantado, fazendo-se comparação entre os casos – inclusive entre as hipóteses fáticas –, de forma que se possa aplicar o caso anterior ao novo.

E essa assertiva deve também valer para os enunciados de súmulas, é dizer, o sentido destas apenas pode ser dado quando vinculadas aos casos que lhe deram origem.

Nesse sentido caminhou muito bem o Novo CPC ao renovar o conceito de fundamentação das decisões judiciais, passando a exigir do julgador um trabalho muito mais efetivo e que explicita o que já é um dever constitucional (art. 93, IX, CR/88). O art. 489, §§1º e 2º estabelece uma série detalhada de parâmetros para a fundamentação das decisões. Entre tais parâmetros está a disposição que não considera fundamentada a decisão que se limita a citar (ou a negar a aplicação) de um precedente/súmula sem mostrar de que forma este tem relação com o caso.²⁹ Para se dizer que um precedente deve ou não ser aplicado ao caso, não apenas é necessário explicitar as questões jurídicas e fáticas deste, mas também se recuperar os casos que deram origem àquele. As disposições do art. 489 preenchem uma lacuna, pois que, aparentemente, o comando constitucional não era suficiente para superar certos entendimentos jurisprudenciais que minimizavam a importância da fundamentação.

2. Função dos Tribunais e Padronização Decisória

Encontramo-nos, pois, imersos nesse processo peculiar de convergência com o *common law* e que não pode mais ser considerado aparente,³⁰⁻³¹ devido ao uso da jurisprudência como fundamento de prolação de decisões pelo Judiciário pátrio.

Sabe-se que após a ineficácia do modelo processual reformista imposto, entre nós, após a década de 1990 – que apostou, em apertada síntese, prioritariamente, em reformas legislativas (e não em uma abordagem panorâmica e multidimensional, nominada de “processualismo constitucional democrático”)³² e no ideal socializador de busca de reforço tão só do protagonismo judicial –³³ que alguns vêm há alguns anos (em

²⁹ THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. cit.

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *RePro*, vol. 189, p. 3, São Paulo: Ed. RT, nov. 2010. NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *RePro*, vol. 199, p. 38, São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

³¹ HONDIUS, Ewoud. *Precedent in the law*: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006. Bruxelles, Bruylant, 2007.

³² NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória cit., p. 38. NUNES, Dierle. Sistema processual exige abordagem panorâmica e macroestrutural. *Revista Conj. Jur.* 24.12.2013. Acesso em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-24/dierle-nunes-sistema-processual-exige-abordagem-panoramica-macroestrutural>>.

³³ Para uma análise mais consistente dos equívocos do movimento reformista brasileiro conferir: NUNES,

face da explosão exponencial de demandas e dos altos índices de “congestionamento judicial”) defendendo um peculiar uso de enunciados jurisprudenciais hiperintegrados (vistos como padrões decisórios) para dimensionar a litigiosidade repetitiva, como temos procurado mostrar no presente trabalho.

O pressuposto equivocado é o de que mediante o julgamento de um único caso, sem um contraditório dinâmico como garantia de influência e não surpresa para sua formação,³⁴ mediante a técnica de causa piloto, o Tribunal Superior (e existe a mesma tendência de ampliação dessa padronização nos juízos de segundo grau no novo CPC) *formaria um julgado* (interpretado no Brasil como precedente) *que deveria ser aplicado a todos os casos “idênticos”*, presentes e futuros (ver arts. 926-927). Aquilo que a lei não pôde fazer (isto é, prever todas as suas hipóteses de aplicação), uma decisão judicial conseguiria, terminando com o *problema* de magistrados terem de se dar ao trabalho de analisar os casos pendentes/futuros, bastando apenas extrair dos mesmos o tema e aplicar sobre ele o precedente.

Pode-se notar a intenção de estender o âmbito de aplicabilidade das decisões judiciais, fazendo com que o Judiciário no menor número de vezes possível tenha que se aprofundar na análise de questões similares, tornando-se mais *eficiente quantitativamente* através do estabelecimento de padrões a serem seguidos nos casos idênticos subsequentes, sob o argumento de preservação da isonomia, da celeridade, da estabilidade e da previsibilidade do sistema.

Neste particular, o movimento reformista brasileiro parece tentar convergir para uma aproximação com o sistema do *common law*, ao adotar julgados que devem ser seguidos nas decisões futuras – o que configuraria uma peculiar forma de precedente judicial, com diferentes graus de força vinculante.

Isso, como já apontado, vale para os enunciados de Súmulas da jurisprudência dominante (ou tão só “as súmulas”, como mais difundido), é dizer, o sentido destes apenas pode ser dado quando vinculadas aos casos que lhe deram origem. Quando o STJ editou a Súmula 309 (decisão de 27.04.2005), por exemplo, ela não refletia o entendimento dominante dos casos que lhe deram origem. Isso, contudo, apenas foi percebido quase um ano depois, no HC 53.068 (STJ, 2ª Seção, j. 22.03.2006) quando a relatora, Min. Nancy Andrighi, mostrou que dos dez julgados citados para formar “a Súmula”, apenas três se adequavam à redação dada àquela, razão pela qual a Ministra pediu a alteração do texto do enunciado, o que foi aceito.³⁵

Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

³⁴ Cf. NUNES, Dierle. *O recurso como possibilidade jurídica discursiva do contraditório e ampla defesa*. PUC-MINAS, 2003, Dissertação de Mestrado; NUNES, Dierle. O princípio do contraditório. *Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civil*, vol. 5, nº 29, p. 73-85, maio.-jun. 2004; NUNES, Dierle; THEODORO JR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: uma garantia de influência e não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *RePro*, vol. 168, p. 107-141, fev. 2009; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, vol. 28, p. 177-206, 2009.

³⁵ Tal dado é muito preocupante, uma vez que o Novo CPC aposta no uso cada vez maior de julgados-paradigma e súmulas e, no entanto, percebe-se que, não raras vezes, o Tribunal erra na formação

Se, como temos dito, os enunciados de súmulas somente podem ser interpretados e aplicados levando-se em consideração os julgados que os formaram, então, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que a formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto.³⁶

Não se coloca nem mesmo em pauta o próprio papel dos Tribunais Superiores.

Como informa o presidente da Corte de Cassação italiana Ernesto Lupo, embasado em Taruffo e Cadiet, existiriam três funções gerais das “Cortes Supremas”: (a) função reativa ou disciplinar: controle da legitimidade da decisão no caso concreto, que se dirige ao passado, projetando-se como uma reação do ordenamento à violação do direito objetivo, visando eliminar ou neutralizar seus efeitos; (b) função proativa: dirigida ao futuro, na qual se proferem decisões idealizadas para resolução de controvérsias idênticas ou similares e com isso garantir-se a promoção da evolução do direito e (c) garantista: de se promover os direitos fundamentais.³⁷

Visto, nesses termos, poderíamos perceber que os Tribunais Superiores no Brasil estariam exercendo uma peculiar “função proativa” na qual não seriam movidos, em muitas hipóteses, à busca da evolução do direito, mas à criação de uma forma peculiar de extermínio das demandas idênticas a partir de padrões rasos.

Ao se perceber tal movimento em nosso país para o dimensionamento da litigiosidade repetitiva, entra na pauta jurídica o papel do Tribunais (com destaque para os Superiores) e o modo como a jurisprudência deve ser formada e aplicada; em especial, pelo obrigatório respeito ao *processo constitucional em sua formação*.

Inclusive, em relação a este último aspecto, vimos defendendo, na condição de consultor do então CPC projetado junto à Câmara dos Deputados (com alguma repercussão) o fortalecimento de técnicas de *distinguishing* e do *overruling*. Quanto a isso, o Novo CPC busca ofertar algumas premissas na formação e aplicação dos precedentes. E mesmo que nem tudo o que foi debatido e provisoriamente aprovado durante a tramitação tenha efetivamente se transformado em lei,³⁸ as discussões nele

do próprio precedente/súmula. Ora, como reger um sistema de precedentes (art. 926 – Novo CPC) se falta habilidade/técnica em sua própria formação? Ao mesmo tempo, a lembrança desse episódio é importante para mostrar a necessidade de se trabalhar com os casos que deram origem, no caso, à Súmula: foi apenas assim que se percebeu a necessidade de “superação” da Súmula, equivocadamente construída.

³⁶ Cf. BAHIA, Alexandre. *Recursos extraordinários no STF e no STJ – Conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 199 e ss.

³⁷ LUPU, Ernesto. *Il ruolo delle Corti supreme nell’ordine politico e istituzionale*. BARSOTTI, Vittoria; VARANO, Vincenzo. *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell’ordine politico e istituzionale: dialogo di diritto comparato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 92.

³⁸ Um bom exemplo são os artigos 520-522, na forma como foram aprovados na Câmara dos Deputados, e que criavam um capítulo apenas sobre “os precedentes”. Apesar dos arts. 520 e seguintes não terem sido mantidos na versão aprovada no Senado e afinal sancionada, é importante resgatar os contornos do que ali se dispunha a uma, porque partes daquilo foi realocada no que são agora os arts. 926 e seguintes; a duas porque tratava-se do resultado de estudos que imergiam no funcionamento dos precedentes no “*common law*” e, ainda que boa parte não conste da legislação aprovada, são um referencial teórico e prático sobre como devem funcionar os precedentes ao ser tal sistema traduzido para um país de *civil law*. Para consultar esses dispositivos, cf: <<http://migre.me/pyhpc>>.

esposadas demonstram claramente a preocupação com a ausência, até então, de “técnicas processuais constitucionalizadas” para a formação de nossos “precedentes”, como buscaremos mostrar com alguns exemplos no presente texto.

3. Contraditório e Precedentes

Um aspecto em relação à constitucionalização que merece destaque diz respeito às premissas do novo CPC e a absorção efetiva e normativa do Contraditório como garantia de influência e não surpresa.

Partindo desta percepção se vislumbra que a aplicação do princípio não se resumiria à formação das decisões unipessoais (monocráticas), mas ganharia maior destaque na prolação das decisões colegiadas, com a necessária promoção de uma redefinição do modo de funcionamento dos tribunais. O “tradicional” modo de julgamento promovido pelos Ministros (e desembargadores) que, de modo unipessoal, com suas assessorias, e sem diálogo e contraditório pleno entre eles e com os advogados, proferem seus votos partindo de premissas próprias e construindo fundamentações completamente díspares, não atende a este novo momento que o Brasil passa a vivenciar.³⁹

³⁹ Acerca das premissas essenciais para o uso dos precedente, veja-se: “Nesse aspecto, o *processualismo constitucional democrático* por nós defendido tenta discutir a aplicação de uma igualdade efetiva e valoriza, de modo policêntrico e participativo, uma renovada defesa de convergência entre o *civil law* e *common law*, ao buscar uma aplicação legítima e eficiente (efetiva) do direito para todas as litigiosidades (sem se aplicar padrões decisórios que pauperizam a análise e a reconstrução interpretativa do direito), e defendendo o delineamento de uma teoria dos precedentes para o Brasil que suplante a utilização mecânica dos julgados isolados e súmulas em nosso país. Nesses termos, seria essencial para a aplicação de precedentes seguir algumas premissas essenciais: 1º – Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no *common law* se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nestes termos, mostra-se estranha a formação de um “precedente” a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado. 2º – Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal: ao formar o precedente o Tribunal Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática. E mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (*overruling*) o magistrado deverá indicar a reconstrução e as razões (fundamentação idônea) para a quebra do posicionamento acerca da temática. 3º – Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis* horizontal): o Tribunal é vinculado às suas próprias decisões: como o precedente deve se formar com uma discussão próxima da exaustão, o padrão passa a ser vinculante para os Ministros do Tribunal que o formou. É impensável naquelas tradições que a qualquer momento um ministro tente promover um entendimento particular (subjetivo) acerca de uma temática, salvo quando se tratar de um caso diferente (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*). Mas nestas hipóteses sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento da situação de aplicação. 4º – Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical): as decisões dos tribunais superiores são consideradas obrigatórias para os tribunais inferiores (“comparação de casos”): o precedente não pode ser aplicado de modo mecânico pelos Tribunais e juízes (como v.g. as súmulas são aplicadas entre nós). Na tradição do *common law*, para suscitar um precedente como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive, em alguns casos, no plano fático, é idêntico ao precedente do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição mecânica, mas uma demonstração discursiva da identidade dos casos. 5º – Estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi* dos *obiter dicta* da decisão: a *ratio decidendi* (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o *obiter dictum* constituem-se pelos discursos não

O contraditório, nesses termos, impõe em cada decisão a necessidade do julgador enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar sua conclusão. Perceba-se que caso as decisões procedam a uma análise seletiva de argumentos, enfrentando somente parte dos argumentos apresentados, com potencialidade de repercussão no resultado, haverá prejuízo na abordagem e formação dos precedentes (padrões decisórios); inclusive com evidente prejuízo para aplicação futura em potenciais casos idênticos.

Não é incomum a dificuldade dos Tribunais de segundo grau em aplicar os padrões formados pelos Tribunais Superiores, por eles não terem promovido uma abordagem mais panorâmica do caso e dos argumentos.

A adoção do contraditório como influência na formação e aplicação dos precedentes, especialmente em sistemas nos quais estes são formados mediante o uso da já aludida técnica de causa piloto, e buscando uma aplicação pró-futuro, torna essencial percebermos que em caso de dissonância nos votos proferidos no acórdão, dificilmente encontraremos uma única “*ratio decidendi*” apta a ser utilizada num caso futuro.⁴⁰

O Contraditório impõe uma linearidade do debate para que uma decisão com eficácia panprocessual seja hábil a ser usada com argumentos colhidos por amostragem. Ao comentar a situação, Bustamante adverte:

Do mesmo modo, em um julgamento colegiado pode acontecer que os juízes que integram a câmara ou turma de julgamento cheguem a um consenso sobre a solução a ser dada para o caso *sub judice* mas divirjam acerca das normas gerais que são concretizadas no caso em questão e justificam a solução adotada: ‘*Em uma corte de cinco juízes, não há ratio decidendi da corte a não ser que três pronunciem a mesma ratio decidendi*’ [Montrose 1957:130]. Nesse sentido, Whittaker recorda o caso “Shogun Finance Ltd. Vs Hudson”

autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais “de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexo estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, onde qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é *obiter*: um *obiter dictum* ou, nas palavras de Vaughan, um *gratis dictum*”. 6º – Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório: A ideia de se padronizar entendimentos não se presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nestes termos, a cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social – como ordinariamente ocorre em países de *common law*” (NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *RePro*, vol. 189, p. 38, set. 2011).

⁴⁰ Sobre a existência de mais de uma “*ratio decidendi*” e as dificuldades em separá-las dos “*obiter dicta*”, ver: WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p. 56.

em que o raciocínio de cada um dos juízes que compõem a maioria – uma maioria de três a dois – difere muito significativamente dos demais: “O resultado estava claro: uma maioria de três entre cinco juízes com acento na *House of Lords* sustentou que o fraudador não havia adquirido o título e, portanto, não poderia em tais circunstâncias tê-lo repassado a Hudson, aplicando-se a máxima *nemo dat quod non habet*. Não obstante, a maioria apresentava diferenças muito significativas quanto ao raciocínio seguido pelos seus componentes” [Whitakker 2006: 723-724]. Em um caso como esse não se pode falar em um precedente da corte acerca das normas (gerais) adscritas que constituem as premissas normativas adotadas por cada um dos juízes da maioria, embora se possa falar, eventualmente, de uma decisão comum constante da norma individual que corresponde rigorosamente aos fatos do caso e às conclusões adotadas. *Apenas há um precedente do tribunal em relação às questões que foram objeto de consenso dos seus membros.* “Quando a fundamentação divergente [no caso de votos “convergentes no dispositivo e divergentes na motivação”] descortina-se incompatível, tem-se uma decisão despida de discoverable ratio, e, portanto, não vinculante no que concerne à solução do caso” [Cruz e Tucci 2004:178]. Isso não impede, porém, que se possa falar em uma ratio decidendi da opinião de um juiz e que a regra inferida dessa ratio seja utilizada como precedente em um caso futuro. É claro que essa regra está menos revestida de autoridade que outra que tenha sido objeto de consenso de toda a corte, mas isso – apenas de limitar – não extingue por completo seu valor como precedente”⁴¹ (destacamos).

Os juízes, assim, devem estar vinculados somente por fundamentos confiáveis sobre questões jurídicas que aparecem nas decisões, *não podendo haver o contentamento do sistema apenas com o dispositivo ou a ementa das decisões judiciais*: citar ementa não é trabalhar com precedentes, da mesma forma que citar Súmula diz pouco sobre a “ratio decidendi” ali contida, se não são trazidos os casos e o debate que lhe deram origem.

Esta necessária mudança do funcionamento dos Tribunais na práxis decisória deveria, inclusive, colocar em pauta o *papel das alegações (sustentações) orais no curso do julgamento* de modo a viabilizar um efetivo debate dos advogados, com os julgadores, antes da prolação dos votos, impedindo seu não incomum uso inócuo, após as decisões já terem sido elaboradas. Do mesmo modo, ganha importância o relatório:

⁴¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 272-273.

Em relação a este último aspecto, grande polêmica vem causando a *verba legis* do art. 489, inclusive com vozes criticando seus conteúdos, quando na verdade deveriam festejá-lo como uma possibilidade efetiva de otimizar o trabalho dos tribunais, inclusive, com aumento de sua eficiência. No aludido dispositivo, em prol de uma nova racionalidade decisória, ganham destaque *as novas funções do relatório* (art. 489, I) para o novo sistema que leva a sério o direito jurisprudencial e o microsistema de litigiosidade repetitiva do CPC/2015. O referido inciso I estabelece como dever-poder para o juiz de se promover “a identificação do caso”. Sabe-se que sob a égide do CPC/2015 na formação do precedente será imperativo o enfrentamento de todos os argumentos relevantes da causa (arts. 489, §1º, IV, 927 §1º, 984, §2º), inclusive poupando os juízes submetidos à sua força gravitacional da necessidade de enfrentamento dos mesmos argumentos já analisados e julgados, salvo quando a parte trazer inovação relevante. Nesta hipótese, bastará ao magistrado, nos termos dos incs. V e VI, do §1º, art. 489, comparar os fatos operativos (materiais) do caso presente mediante analogias e contra-analogias a fim de se determinar se o mesmo deve ser tratado da forma como estabelecido no precedente, ou se deve receber tratamento diverso. No entanto, exatamente para definição dos fatos operativos e dos fundamentos a serem enfrentados na formação do precedente que se deve ofertar as novas e relevantes funções ao *relatório*. Diversamente do atual CPC/1973 (art. 458), no qual o relatório foi relegado a uma narrativa pouco importante da sequência de atos-fatos processuais, no CPC-2015 caberá ao tribunal, para identificação do caso, pontuar todos os argumentos fáticos e jurídicos que deverão ser analisados igualmente e sob os mesmos pressupostos pelos membros do colegiado, de maneira a se permitir a extração, pós-julgamento, dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) objeto de discussão a ser utilizados como padrão decisório panorâmico para casos futuros. Do mesmo modo, nos juízos monocráticos caberá, na elaboração do relatório, indicar os fatos operativos a permitir, mediante analogias e contra-analogias, a aplicação adequada do precedente mediante exata identificação e aplicação de seus fundamentos determinantes (art. 489, §1º, inc. V) e *nunca* de modo mecânico, sem comparações, como hoje se mostra corriqueiro. Igualmente, a identificação no relatório dos fatos operativos do caso viabilizará a demonstração da existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1º, inc. VI). Pontue-se, como já dito, que na hipótese de o precedente já ter enfrentado com amplitude, em sua formação, os argumentos relevantes suscitados no atual caso

em julgamento, será despidendo ao julgador enfrentar novamente os mesmos argumentos (suscitados pelas partes) no caso atual (como preceitua o art. 489, §1º, inc. IV), salvo quando a parte trazer novos argumentos relevantes ou que permitam a distinção entre os casos, eis que o objetivo do *dever de consideração* (THEORORO JR. *et al*, 2015) não é o de burocratizar o julgamento, mas aprimorar qualitativamente os julgamentos.⁴²

Também se ampliam, nesses termos, as novas funções da técnica recursal que para além de viabilizar a impugnação de decisões, implementam um espaço de construção de julgados forjados para servir de subsídio de fundamentação em casos idênticos. Tal impõe um novo olhar para o sistema recursal.

Resta ainda a percepção de que o contraditório dinâmico garantiria às partes técnicas hábeis para a *distinção de casos* e para a *superação de entendimentos*; nesse aspecto, o novo CPC, inovando a atual situação de carência técnica e como corolário do contraditório prevê o cabimento da reclamação quando ocorrer a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam, para a demonstração de existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado (*distinguishing*) ou a superação da tese (*overruling*); seguindo antiga defesa doutrinária.⁴³ O *distinguishing* (art. 1.037, §§9º a 13) realizado pelo juízo onde tramita a causa e o *overruling* (art. 927, §§2º a 4º e 986) pelo órgão formador do precedente, mediante cognição qualificada.

Devemos sempre levar a sério, a partir dos aportes ora discutidos, a advertência de Motta:

Uma coisa, que é correta, é a invocação dos julgamentos anteriores que, quando tidos como acertos institucionais, bem servem como ‘indício formal’ das decisões que se seguirão a ele, e que com ele devem guardar a coerência de princípio. É louvável que as partes compreendam, pois, que a sua causa integra a história institucional, e que chamem a atenção do juiz para a necessidade de sua continuidade. Agora, outra coisa, bem diferente é a fraude que decorre da utilização de verbetes jurisprudenciais, como se fundamentação fossem, sem a devida reconstrução que foram

⁴² NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *A doutrina do precedente judicial: Fatos operativos, argumentos de princípio e o novo Código de Processo Civil*. BUENO, Cássio Scarpinela (Org.). *Novo CPC*. São Paulo: Editora Artmed Panamericana/IBDP. 2015.

⁴³ THEODORO, Humberto Júnior; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *RePro*, nº 177, p. 43, nov. 2009. A previsão do *distinguishing* e do *overruling* no CPC, além de colocar o microsistema dos precedentes brasileiro em harmonia com suas fontes anglo-saxônicas, é também o reconhecimento dos limites dos precedentes, é dizer, o reconhecimento de que os mesmos não “terminam, de uma vez para sempre” as discussões. Sobre isso ver: THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Novo CPC: fundamentos e sistematização. cit.*, Cap. 7.

decisivos num e noutro caso. Dworkin explica que, se é verdade que os casos semelhantes devem ser tratados de maneira semelhante (primado da equidade, que exige a aplicação coerente dos direitos), também é verdade que os precedentes não têm força de “promulgação”: o juiz deve “limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”. E isso já no sistema do *common law*! Que dirá então em países como o Brasil, de tradição jurídica totalmente diferenciada, onde os precedentes não têm (em regra, pelo menos) força normativa vinculante? Então, atenção: para que o precedente agregue padrões “hermeneuticamente válidos” a um provimento atual, ou para que se revele a “força” de um precedente (ou: o que, afinal, ficou decidido naquele caso?), temos de perguntar: quais os argumentos de princípio que o sustentaram? Simples, pois. Estes argumentos é que poderão (e deverão) influenciar o novo provimento. Afinal, para os propósitos de uma produção coerente e democrática do Direito, “adequar-se ao que os juízes fizeram é [bem] mais importante do que adequar-se ao que eles disseram”.⁴⁴

É dizer, como temos insistido, não é mais possível acreditarmos, nessa quadra da história, em soluções fáceis para problemas complexos, como são as demandas seriais.

Ora, se já sabemos que leis não conseguem prever todas as hipóteses de aplicação, isto é, que a subsunção é insuficiente para a aplicação do Direito, não podemos cair no mesmo erro apenas substituindo as leis por “precedentes”/súmulas.

Mesmo demandas seriais precisam de um tratamento correto para a aplicação de precedentes. Aliás, precisam de um procedimento correto para a formação do precedente e para a exata definição quanto a que papel os mesmos irão ter no sistema.

Os exigentes parâmetros do art. 489, para a fundamentação se aplicam a quaisquer decisões, mesmo aquelas para as quais já haveria, *prima facie*, uma súmula/precedente. Saber se a pretensão de aplicá-los ou não está correta demanda uma imersão argumentativa e dialógica sobre o caso e sobre o parâmetro jurisprudencial.⁴⁵

Os acórdãos, agora mais do que nunca, devem possuir uma linearidade argumentativa para que realmente possam ser percebidos como *verdadeiros modelos (padrões) decisórios (standards)* que gerariam estabilidade decisória, segurança jurídica, proteção da confiança e previsibilidade. De sua leitura devemos extrair um quadro de análise panorâmica da temática, a permitir que em casos futuros possamos extrair

⁴⁴ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 183.

⁴⁵ No sentido dado por Klaus Günther (Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, nº 6, p. 85-102, 2000). Ver também: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*. cit.; THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. cit., Cap. 1.

uma “radiografia argumentativa” daquele momento decisório e, com isso, tomar o caso presente para, decidindo-o, contribuir com a construção do edifício normativo – como mencionado com Dworkin a respeito da “interpretação construtiva”.

No entanto, ao se acompanhar o modo como os Tribunais brasileiros (inclusive o STF) trabalham e proferem seus acórdãos percebemos que se compreende parcamente as bases de construção e aplicação destes padrões decisórios (precedentes), *criando um quadro nebuloso de utilização da jurisprudência. Flutuações constantes de entendimento, criação subjetiva e individual de novas “perspectivas”, quebra da integridade (Dworkin) do direito, são apenas alguns dos “vícios”.*

Repetimos: aos Tribunais deve ser atribuído um novo modo de trabalho e uma nova visão de seus papéis e forma de julgamento. Se o sistema jurídico entrou em transição (e convergência), o trabalho dos tribunais também deve ser modificado.

Em recente obra pontuamos:

Como síntese pragmática, poderíamos apontar uma série de problemas para o trato da uniformização [jurisprudencial], quais sejam: a) Ausência de conhecimento das demandas mais recorrentes de cada um dos tribunais, para que mediante o mapeamento se possa dimensionar melhor seu trato; b) Ausência de conhecimento das causas de tais demandas para que possam, em algumas hipóteses (demandas de interesse público e judicialização da saúde, por exemplo), promover um diálogo com as instituições competentes (*diálogos institucionais*) para ilidir as causas e, então, reprimir-se legitimamente tal litigiosidade. c) Ausência de conhecimento de como cada órgão fracionário trata essas temáticas. d) Ausência de conhecimento de como cada um desses temas foi tratado pelo tribunal e órgãos a ele superiores, desde o *leading case*. e) Ausência de conhecimento dos fundamentos determinantes de cada uma dessas temáticas. f) Ao formar o entendimento não se levar em consideração todos os argumentos relevantes para o deslinde do caso. g) Ausência de efetiva colegialidade, eis que cada julgador (como ilha), juntamente com suas assessorias, analisa o caso solitariamente sem que tenha de passar pelos mesmos aspectos (premissas) de julgamento. h) Necessidade de se evitar o retrabalho, quando o tribunal julga inúmeras vezes o mesmo caso sob fundamentos diversificados e com superficialidade. O tribunal deve julgar bem da primeira vez e com amplitude, para evitar a repetição pelo vício de superficialidade. i) Criação de enunciados de súmula, por razões pragmáticas, que não espelham os fundamentos determinantes dos julgados que motivaram sua criação. Para tanto, seriam necessárias algumas medidas imperativas: a) Atribuição de atividade de pesquisa para as Escolas

judiciais ou internas no Tribunal, possivelmente com auxílio das universidades, de mapeamento das temáticas mais recorrentes. b) Realizado o mapeamento, criação de centros de estudo e pesquisa, compostos de comissões temáticas de especialistas preenchidas por assessores (de estagiários até estudiosos), com o objetivo de estudo de todos os fundamentos a serem considerados, inclusive com análise exaustiva de todos os julgados (desde o *leading case*) que feriram a(s) temática(s). A ideia seria de criação de verdadeiros relatórios (*reports*), para facilitar o trabalho de todas as assessorias, dos julgadores e até mesmo dos advogados que trabalharão nos julgamentos. Assim sendo, existiriam subsídios especializados para cada grande matéria em debate, inclusive para promover críticas e aprimoramento das decisões. c) As comissões deveriam promover um monitoramento dos julgados dos tribunais superiores para a manutenção da coerência com as referidas decisões e, em casos específicos, subsídios para a técnica de ressalva de entendimento que poderiam promover a modificação de entendimentos.⁴⁶ d) Em face da dificuldade do tema, a(s) comissão(ões) poderia(m) sugerir a ocorrência de audiência pública com ampla participação dos interessados. e) De posse dos relatórios, que todos os julgadores e as assessorias analisassem os casos sob os mesmos fundamentos, de modo que mediante esse pressuposto se crie uma verdadeira colegialidade, e que dela surjam fundamentos determinantes. f) Uma comissão especializada deveria se ater à formação de enunciados de súmula que espelhem os fundamentos determinantes dos julgados reiterados que os fundamentam. g) Caso novos fundamentos sejam apresentados, que sejam submetidos às comissões temáticas para uma análise preliminar. h) Interlocução desses Centros com os NURERs dos tribunais.⁴⁷

Em assim sendo, não se pode manter a credulidade exegeta (antes os Códigos, agora os julgados modelares) de que o padrão formado (em RE. repetitivo ou em IRDR, v.g.) representa o fechamento da discussão jurídica, quando se sabe que, no sistema do *case law*, o precedente é um *principium* argumentativo – como mostramos acima.

⁴⁶ Pontue-se que, segundo a Resolução 106 do CNJ, de 06.04.2010, que dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau, é levada em consideração a técnica decisória de ressalva, em termos: “Art. 10. Na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, tais como índices de reforma de decisões. Parágrafo único. A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006).” Tal Resolução está disponível em: <<http://migre.me/p3Kpp>>.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. cit. p. 394.

A partir dele e, diante de um novo caso (e das especificidades deste), poder-se-á, de modo discursivo e profundo, verificar se o precedente deverá ou não ser repetido (aplicado) através das técnicas da “distinção” ou da “superação”.⁴⁸

Há que se superar uma práxis que por aqui vem se desenvolvendo no sentido que se tomar um “precedente” dos Tribunais Superiores quase como um esgotamento argumentativo (ou, se se quiser, dando a ele a mesma abstratividade e generalidade de uma lei) que deveria ser aplicado de modo mecânico para as causas repetitivas.

Vale lembrar, que estes importantes Tribunais e seus Ministros produzem rupturas com seus próprios entendimentos com uma tal frequência que se fere de morte um dos princípios do modelo precedencialista: a *estabilidade*. Quantas vezes uma matéria já assentada em uma Seção ou reunião de Turmas volta novamente a julgamento em Câmaras isoladas e tem desfecho contrário àquela?⁴⁹

Ora, como já mencionado, se o próprio Tribunal não consegue manter a estabilidade de entendimento internamente, como é possível a construção de um “sistema de precedentes” como se vem desenhando no Brasil? Do que adiantam Súmulas, Repercussão Geral etc. se os Tribunais, principalmente os Superiores (que têm na estabilização de interpretação do Direito uma de suas principais funções) não observarem, em inúmeras situações, a necessidade de coerência e, portanto, de “universalizabilidade” de suas decisões?⁵⁰

Sabe-se que após a Constituição de 1988 as litigiosidades se tornaram mais complexas e em número crescentemente maior. A partir deste momento o processo constitucionalizado passou a ser utilizado como garantia não só para a fruição de direitos (prioritariamente) privados, mas para o auferimento de direitos fundamentais, dado o déficit de cumprimento dos papéis dos outros “Poderes” (Executivo/Legislativo), entre outros fatores.

Vistas estas premissas, devemos fazer uma breve análise de alguns dos fundamentos do *common law* na sistemática de precedentes, para que, na sequência, possamos verificar alguns exemplos na ausência de sistemática da própria construção dos padrões decisórios no Brasil.

⁴⁸ Que já temos defendido há algum tempo, cf. BAHIA, Alexandre. *Recursos extraordinários no STF e no STJ – Conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 55-56; e: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. *RePro*, vol. 189, nov. 2010.

⁴⁹ É claro que não haveria qualquer problema se a decisão divergente fosse o resultado de uma superação ou de uma distinção em face do precedente. Mas, num e noutro caso, tais mecanismos têm de estar explícitos e o paradigma tem de ter sido enfrentado, já que, muitas vezes, sequer ocorre sua menção.

⁵⁰ O critério da “universalizabilidade” é o principal fundamento para a técnica do precedente, nos lembra Thomas Bustamante (*Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 268). Assim, a decisão dada respeita e dá curso ao “edifício jurídico” que se está procurando construir, ao mesmo tempo em que poderá servir de base para futuros casos similares.

4. Necessidade de uma Teoria dos Precedentes para o Brasil

Querer instituir um sistema pelo qual uma decisão passada será utilizada para um caso presente exige muito cuidado e dedicação dos sujeitos do processo e dos intérpretes do sistema. A reivindicação de um caso necessita discussão sobre a *ratio decidendi* levantada por quem cita o precedente – tendo em conta que a *mera citação de uma Ementa (ou de um Enunciado de Súmula) não constitui trabalhar com casos*. Há que se fazer uma reconstrução dos fatos e fundamentos do caso passado comparando-o com o presente para se perceber (se e em que medida) é coerente (Dworkin) aplicar-se o entendimento anterior.

Nem o caso presente pode ser tratado como um “tema” (abstraido das contingências próprias do caso), nem o passado é um “dado” que possa ser tomado de forma abstrata (como se fosse uma norma) – ainda que estejamos falando de uma Súmula, como temos insistido, ainda assim ela só pode fazer sentido para a solução de um caso presente ao ser retomada com os casos que lhe deram origem.

O trabalho de produzir “discursos de aplicação” (*supra*) não pertence ao juiz isoladamente, mas deve ser feito em contraditório com as partes. “Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação”.⁵¹ Como já disse Ovídio Batista da Silva em texto comemorativo aos 10 anos do STJ: “[A] súmula obrigatória – como o regime dos assentos praticado em Portugal – submete-se ao princípio iluminista, que a segunda metade do século XX superou, que reivindicava para a lei um ilusório sentido de univocidade, a que poderão, talvez, aspirar as ciências ditas exatas, nunca uma ciência essencialmente hermenêutica, como o direito”.⁵²

Trabalhar com precedentes e súmulas ao lado de leis positivadas apenas torna o sistema mais complexo e não mais simples como alguns parecem ingenuamente imaginar. Pensar que o uso de Enunciados de súmulas e similares poupará o julgador do trabalho hermenêutico é tão inocente quanto a crença dos exegetas de que a lei, sendo geral e abstrata e uma vez positivada num texto, proporcionaria igual sucesso, como argumentamos acima. Ao contrário, se estamos em uma *comunidade de princípios*⁵³ o direito não é apenas um conjunto de decisões (legislativas e/ou judiciais) tomadas no passado (sistema de regras); ao contrário, se concebemos o Direito como um sistema principiológico, permitimos que o sistema possa “expandir-se e contrair-se organicamente (...), sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito”.⁵⁴

A ideia de coerência (integridade) em Dworkin exige que o órgão julgador deve tomar o ordenamento jurídico (normas e precedentes) “como se” ele compusesse

⁵¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial cit.*, p. 259.

⁵² SILVA, Ovídio A. Batista da. Função dos Tribunais Superiores. In: BRASIL. STJ. STJ 10 anos – obra comemorativa 1989-1999. Brasília: STJ, 1999, p. 159. Ver também: GOMES, Luiz Flávio. Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, vol. 739, p. 11-42, maio 1997.

⁵³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁵⁴ *Idem*, p. 229.

“conjunto coerente de princípios”.⁵⁵ A fonte normativa, mesmo num sistema de leis, não é um dado acabado, mas uma (re)construção a ser levada a cabo pelas partes e pelo juiz do caso. *Quando somamos às possibilidades normativas os casos passados isso torna o sistema mais complexo*.⁵⁶

A reconstrução de leis e precedentes não se dá por “mera repetição”, já que, no sistema do *common law* tradicionalmente se tem consciência de que o juiz, ao mesmo tempo em que aplica o direito é, também autor (porque acrescenta algo ao edifício jurídico) e crítico do (pois que interpreta (o) passado).⁵⁷ Tendo as normas (e precedentes) em tese aplicáveis, o juiz pode (mais uma vez se valendo dos debates em contraditório não apenas quanto às pretensões de direito mas, como dissemos, também quanto à reconstrução o mais completa possível das características do caso) perceber qual delas é a norma adequada. Em sentido semelhante, referindo-se à prática do *common law*, Bustamante:

O postulado da coerência exige que todas as situações que puderem ser universalmente formuladas e subsumidas nas mesmas normas gerais⁵⁸ sejam tratadas da mesma forma, a não ser que, em um discurso de aplicação dessas normas, surjam elementos não considerados na hipótese normativa que justifiquem a formulação de uma exceção ou a não aplicação das consequências jurídicas ao caso concreto.⁵⁹

⁵⁵ *Idem*, p. 261.

⁵⁶ Essa “indeterminação inicial” do Direito a ser usado no caso é compensada, então, pelo trabalho reconstrutivo que se faz do Ordenamento e do caso. Quanto ao Ordenamento, Dworkin (*O império do direito*, cit., p. 274 e ss.) faz a conhecida alegoria com o “romance em cadeia” para mostrar que cada nova decisão se liga num *continuum* entre passado e futuro: a decisão “integral” é aquela que, de alguma forma, dá curso ao passado ao lhes resgatar os princípios jurídicos jacentes (sem, contudo, lhe ser subserviente, como a postura “convencionalista”) e se abre a ser reapropriada (e ter rediscutidos seus fundamentos) no futuro (mas sem pretender visualizar todos seus possíveis desdobramentos metajurídicos, como os “realistas”). Em sentido semelhante Edward Re (*Stare decisis*, cit., p. 8) toma como natural a ideia de que essa ação do juiz significa contribuir para o desenvolvimento de um direito que jamais se toma como uma “decisão do passado” (como talvez alguns pensem, ao julgarem a prática do *stare decisis*), mas que está sempre em construção. Quanto ao segundo, isto é, ao caso, este deve ser reconstruído nos autos de forma que, uma vez identificadas suas particularidades seja possível aplicar o direito “descoberto” e aí obter “a única decisão correta”, o que, adicionalmente, impede que se tome a decisão como um *standard* que predetermine automaticamente a solução dos outros casos futuros. Ver também: BAHIA, Alexandre. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*, cit., p. 175 e 310; BAHIA, Alexandre. Os recursos extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo, cit., p. 366-369; CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, vol. 3, p. 473-486, 2000; STRECK, Lenio L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

⁵⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 235-253. Tanto a reconstrução do “Ordenamento” (normas e precedentes) quanto do caso presente deve se dar em contraditório, como mostra Klaus Günther (Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6, p. 85-102, 2000).

⁵⁸ O autor está se valendo da ideia de “norma adscrita”, no sentido dado por R. Alexy, isso é, de “normas criadas no processo de concretização do direito, seja pelos tribunais ou pelo legislador que especifique um determinado Direito Fundamental” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, cit., p. 269-270).

⁵⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, cit., p. 274.

A partir disso percebemos que nenhuma norma (mesmo “principlológica”) pode prever todas as suas hipóteses de aplicação. Ela é pensada para algumas situações, mas a vida é muito mais rica e complexa do que a necessária simplificação que significa a textificação de condutas de forma hipotética. Pelas mesmas razões, também precedentes e súmulas, como textos que são (e mais, erigidos a partir de situações concretas, o que os vincula mais de perto a certas hipóteses e não outras), também não podem “prever todas as suas situações de aplicação”.

Não é mais plausível acreditar-se que a inclusão de mais textos (Enunciados de súmulas, Súmulas Vinculantes etc.) terá a capacidade de resolver o problema da diversidade de interpretação dos textos originais (as normas), tomando o lugar destas (ou ao menos concorrendo com elas) como fonte do direito. No que tange aos Enunciados de súmulas e precedentes nossos Tribunais há de se ter claro que uma coisa é “tomar em conta um precedente judicial”, outra, bem diferente, é querer que, com isso gerar uma “obrigação de alcançar a mesma conclusão jurídica do precedente judicial”⁶⁰

5. Problemas em se Descobrir o que foi Realmente Julgado e Padronizado

Ao se partir das premissas anteriormente discutidas necessitamos, diante de um caso concreto, verificar se o modo como os julgados são formados num Tribunal Superior atenderiam à referida linearidade argumentativa para a criação de um padrão decisório ou não.

Ordinariamente, parece prevalecer um modelo de aplicação de precedentes como “regras de Shauer”, tendendo ao uso de julgados (e súmulas), pelos juízes de primeiro e segundo grau, com redução de sua responsabilidade, mas com aceitação de uma busca de eficiência que permite decisões subótimas.⁶¹

Como já referido acima, na formação de um acórdão o Tribunal há que ter o devido cuidado, de forma a que o se “acordou” seja, de fato, um entendimento comum,

⁶⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial cit.*, p. 270.

⁶¹ Quando explica o critério de eficiência na aplicação de precedentes de Shauer, Maues aduz que: “(...) quando um agente decide de acordo com regras, ele se encontra parcialmente livre da responsabilidade de analisar cada característica relevante do caso, concentrando sua atenção somente na presença ou ausência de alguns fatores. O resultado seria uma maior eficiência do processo de tomada de decisão, pois os agentes estariam livres para cumprir outras responsabilidades e não haveria duplicação de esforços dentro do mesmo ambiente decisório em eliminar suas vantagens. No que se refere ao argumento da confiança, seu valor depende da medida em que um ambiente decisório tolera resultados subótimos, a fim de que os afetados pelas decisões sejam capazes de planejar certos aspectos de sua vida. Essa tolerância tende a diminuir quanto mais relevantes forem os fatos suprimidos, ou menos relevantes, os fatos destacados no predicado da regra, e também quanto mais a decisão estiver abaixo da melhor decisão que seria tomada se todos os fatores fossem levados em conta. Assim, decisões erradas podem acabar tornando mais difícil confiar em quem as toma. Quanto à busca de eficiência, Schauer considera que seu valor depende das outras destinações que podem ser dadas aos recursos decisórios economizados, e se for um uso valioso pode tolerar um certo número de resultados subótimos. Portanto, quando os recursos decisórios não são escassos ou há poucas alternativas atraentes para seu uso, é menos provável que os benefícios da eficiência tenham mais peso que os custos necessariamente envolvidos em qualquer processo de tomada de decisão que não esteja apto para buscar o resultado ótimo em cada situação”. (MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. *Revista Direito GV*, 8(2), p. 611, jul.-dez. 2012).

seja quanto à procedência/improcedência, seja quanto aos fundamentos, sob pena da decisão ser ou enganosa ou tenha pouca força como precedente.

É o que se pode ver, somente como hipótese exemplificativa, no REsp 422.778 do STJ:⁶² a decisão da Turma foi por maioria, aparecendo como votos vencedores a Min. Nancy Andrighi, o Min. Ari Parglender e Min. Menezes Direito.

Na *ementa* se lê: “Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII do art. 6º do CDC é regra de julgamento”. Contudo, quando se lê os votos dos Ministros, percebe-se que de fato os três apontados inicialmente concordaram quanto ao não conhecimento do recurso. No entanto, a tese de fundo, que fez parte da *ementa* – sobre ser a inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII do CDC uma “regra de julgamento” – apenas foi adotada pela Min. Nancy Andrighi. O voto da Min. Andrighi possui vários fundamentos,⁶³ entre eles a questão sobre a melhor compreensão do CDC ao caso:

“Afirma a recorrente que o Tribunal *a quo* violou o art. 6º, VIII, do CDC, porquanto entendeu que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento e, segundo a recorrente, seria regra de instrução processual. Contudo, conforme posicionamento dominante da doutrina, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento”.⁶⁴

E, após citar doutrina continua:

E não poderia ser diferente, porquanto se o inc. VIII, do art. 6º, do CDC, determina que o juiz inverta o ônus da prova a favor do consumidor quando entender verossímil a sua alegação ou quando considerá-lo hipossuficiente; isso só pode ser feito senão após o oferecimento e a valoração das provas produzidas na fase instrutória, se e quando, após analisar o conjunto probatório, ainda estiver em dúvida para julgar a demanda (sendo dispensável a inversão, caso forme sua convicção com as provas efetivamente produzidas no feito). Assim, se no momento do julgamento houver dúvida sobre algum ponto da demanda, essa dúvida deve ser decidida a favor do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC (...).⁶⁵

⁶² BRASIL, STJ, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2007.

⁶³ Como mostra Thomas Bustamante (*Teoria do precedente judicial. cit.*, p. 256-258) dificilmente um precedente possui apenas “uma *ratio decidendi*”. Sendo, então, uma decisão colegiada o problema só aumenta. Assim é que podemos visualizar nos votos que diferentes fatos foram ressaltados por um e não por outro Ministro e que um mesmo julgador, como a citada Min. Nancy, se apoiou em mais de um “fato material” para dar seu entendimento. Ora, se um caso pode possuir mais de uma “*ratio decidendi*”, seu uso para outros casos no futuro deverá considerar tal complexidade e a escolha entre o que é “essencial” e o que é meramente “*obiter dicta*” não é nem óbvia e nem neutra.

⁶⁴ BRASIL, STJ, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2007.

⁶⁵ BRASIL, STJ, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2007.

Também menciona precedente da própria 3ª Turma: “Por fim, registro que esta Turma já teve oportunidade de decidir, por unanimidade, no REsp 241.831/RJ, rel. Min. Castro Filho (...), que ‘A inversão do ônus da prova prevista no inc. VIII do art. 6º da Lei 8.078/1990 não é obrigatória, mas regra de julgamento’”.

Interessante observar-se que no REsp. 422.778, em comentário, o Min. Castro Filho também era o relator original, no entanto, sua posição não é aquela que a Min. Nancy buscou no caso precedente. O Min. Castro Filho aqui sustenta claramente que a regra do CDC é que o juiz deve, observado o caso, proceder à inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória.

Aliás, mesmo no REsp 241.831 (citado pela Min. Andriahi) o Min. Castro Filho, apesar de usar a expressão “regra de julgamento” para se referir ao art. 6º, VIII, do CDC, o faz lembrando que o inciso fala de “inversão *ope judicis*”, que, pois, deve ser verificado pelo juiz do caso na sua aplicação, não sendo, então, obrigatória. Em nenhum momento o caso citado trabalha a diferença entre “regra de julgamento” e “regra de procedimento”.⁶⁶

Voltando ao caso (REsp 422.778), o Min. Ari Parglender apenas indiretamente tratou sobre o tema da inversão do ônus da prova.⁶⁷

Já o Min. Menezes Direito adotou tese diretamente oposta (para ele o dispositivo traz uma “regra de procedimento”). Após revisitar os votos do relator, Min. Castro Filho (que conhecia do recurso por entender que o citado CDC trata de “regra de procedimento”) e a divergência aberta pela Min. Andriahi (que entende ser “regra de julgamento”), o Min. Menezes Direito entendeu que o voto do Min. Ari Parglender não se alinhou com os anteriores. De toda sorte, ele concorda (nesse ponto) com o Ministro relator (e não com a Min. Andriahi):

⁶⁶ Ver: BRASIL, STJ, REsp 241.831, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, j. 20.08.2002.

⁶⁷ “O Relator, Ministro Castro Filho, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento ‘para determinar o retorno dos autos à comarca de origem, a fim de que se possibilite à recorrente fazer a prova dos fatos por ela alegados’. Dele divergiu, em voto-vista, a Min. Nancy Andriahi, para quem ‘a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII do art. 6º do CDC é regra de julgamento’, razão pela qual não conheceu do recurso especial. Sigo, no particular, as lições de Barbosa Moreira, expostas em ‘Julgamento e Ônus da Prova’ (...). ‘Mesmo diante de material probatório incompleto’ – escreveu o eminente jurista – ‘o órgão judicial está obrigado a julgar. Essa eventualidade gera riscos para as partes, na medida em que implica para cada uma delas a possibilidade de permanecer obscura a situação fática de cujo esclarecimento se esperava a emergência de dados capazes de influir decisivamente, no sentido desejado, sobre o convencimento do juiz. (...) A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não haver provado o fato que lhe aproveitava’. (...) Ora, semelhante preocupação, como se compreende com facilidade, não há de assaltar o espírito do juiz durante a instrução da causa, senão apenas quando, depois de encerrada a colheita das provas, for chegado o instante de avaliá-las para decidir. Unicamente então, com efeito, é que tem sentido cogitar da existência de eventuais lacunas no material probatório: enquanto esteja ‘aberta’ a prova, qualquer conclusão a tal respeito seria prematura. Quer isso dizer que as regras sobre distribuição do ônus da prova são aplicadas pelo órgão judicial no momento em que julga” (grifos nossos; em itálico no original). Na citação que o Ministro faz da obra de Barbosa Moreira ele parece indicar que o art. 6º, VIII estabelece regra de julgamento e não de instrução, o que o colocaria ao lado da Min. Nancy. Os que lhe seguiram, no entanto, assim não compreenderam, entendendo que o Ministro Ari Parglender havia aberto outra linha de raciocínio.

Anoto que o voto do Ministro Ari Pargendler não cuidou especificamente da inversão do ônus da prova tal como disciplinado no art. 6º, VIII, do CDC. Cuidou, sim, da situação decorrente dos resultados da instrução probatória, cabendo ao Juiz, (...) ‘ver se são completos ou incompletos os resultados da atividade instrutória (...)’. Pedi vista porque me alertou o destaque posto pelo eminente Relator no que diz especificamente com a inversão automática do ônus da prova, tal e qual afirmado no acórdão. É que, de fato, o acórdão apresentou uma interpretação que não me parece a melhor para o inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor. Primeiro, afirmou que ‘apenas quando o juiz, nos casos de hipossuficiência, entender que se não deve inverter o ônus da prova, é que expressará o seu critério’ (...), ou seja, inverte-se o ônus da prova independente da expressa manifestação do Juiz; segundo, relegou a existência de elementos concretos para a inversão, ou seja, deu pela presunção da hipossuficiência do consumidor e deixou a verossimilhança ‘da alegação quando se tratar de pessoas jurídicas, ou mesmo pessoas físicas, mas sempre em igualdade de condições com o fornecedor’ (...). Isso, sem dúvida, contraria a nossa jurisprudência que não hesita em afirmar que a hipossuficiência deve ser reconhecida diante de elementos compatíveis de prova e que é necessária a presença das circunstâncias concretas que demonstrem a verossimilhança da alegação, estando a inversão no contexto da facilitação da defesa como apreciado nas instâncias ordinárias (REsp 541.813/SP, da minha relatoria, DJ de 02.08.2004; REsp 122.505/SP, da minha relatoria, DJ de 24.08.1998; REsp 598.620/MG, da minha relatoria, DJ de 18.04.2005). Nesse último precedente assinalei em meu voto que não se pode impedir que o Juiz, ‘presentes os requisitos do dispositivo de regência, defira a inversão no momento da dilação probatória, para fazê-lo em outro, após a produção da prova’. Essa orientação foi também acolhida pela 4ª T., isto é, ‘dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória – momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes –, posicionamento que vem sendo adotado por este Superior Tribunal’ (REsp 662.608/SP, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 05.02.2007).⁶⁸

Então, após mostrar que há dissidência sobre o tema, conclui:

No plano teórico, portanto, não me parece que deva ser prestigiada a orientação defendida pela ilustre Min. Nancy Andrighi (...). É que

⁶⁸ BRASIL, STJ, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2007.

o momento oportuno para a inversão é o da dilação probatória considerando que a inversão dar-se-á a critério do Juiz e desde que, no contexto da facilitação da defesa, esteja presente um dos elementos mencionados no inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, isto é, a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor.⁶⁹

Até esse momento, então, o Min. Menezes de Direito concordava com o relator: *o inciso VIII do art. 6º trata de “regra de procedimento” e não de regra de julgamento como queria a Min. Nancy Andrichi* – razão pela qual, até aí, o voto do Min. Menezes Direito, seria por conhecer do recurso, como fez o relator.

Contudo, na sequência percebe-se que o Min. Menezes Direito entende que, *no caso*, há outra questão que deve ser examinada:

Mas, no caso concreto, há outra questão a ser examinada, qual seja, a identificação da responsabilidade independente dessa inversão acolhida pelo Tribunal local. É que o acórdão considerou amplamente que houve o dano e o nexo causal com base na prova dos autos. Mas, e aí a controvérsia, a sentença, embora reconhecendo tudo isso, deixou de condenar a empresa porque não comprovada a sua legitimidade passiva, ou seja, não seria ela a responsável pela garrafa que provocou o evento danoso. O acórdão, entretanto, antes mesmo de mencionar a inversão do ônus da prova, asseverou que o ‘autor, ao opor a presente ação contra Refrigerantes Marília Ltda. (...), assim o fez considerando que era aquela empresa a responsável pela fabricação e distribuição do refrigerante Coca-Cola na região em que ocorreu o evento danoso – esse fato, ressalte-se, resultou incontroverso. (...) Na realidade, se há ação de responsabilidade civil ordinária, isto é, fora do âmbito do Código de Defesa do Consumidor, e a parte ré entende que não é a responsável, sendo parte ilegítima passiva, deve desde logo provar esse fato, haja, ou não, a inversão do ônus da prova. É que o art. 333, II, do Código de Processo Civil impõe ao réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ora, se não faz essa prova (...), e é pertinente no sistema processual brasileiro que assim faça, desde que tenha o autor provado o fato constitutivo do seu direito. (...) Com isso, embora em desacordo com a fundamentação do acórdão no que se refere ao art. 6º, VIII, do CDC naqueles pontos antes indicados, entendo que, no caso, com as razões antes deduzidas não há como dar guarida ao especial para afastar a responsabilidade da empresa recorrente. Não conheço do especial.⁷⁰

⁶⁹ BRASIL, STJ, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min. Nancy Andrichi, j. 19.06.2007.

⁷⁰ BRASIL, STJ, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min. Nancy Andrichi, j. 19.06.2007.

Assim, o Min. Menezes Direito deixou claro que concorda com o relator sobre ter o Tribunal recorrido interpretado mal o art. 6º, VIII, do CDC (quanto a esse ponto, ele acompanhava o relator e discordava da Min. Nancy Andrighi). No entanto, enfrentou questão não tratada pelo Min. Relator, mas que o foi pela Min. Nancy Andrighi, ou seja: que, uma vez comprovado o direito do autor, cabe à ré mostrar o fato impeditivo do direito do autor.

Esse é o ponto sobre o qual concordam os Min. Menezes Direito e Nancy Andrighi. Na ementa do acórdão, contudo, cuja redação coube à Min. Andrighi (em razão da divergência), os fundamentos para não se conhecer do recurso foram:

Se o Tribunal *a quo* entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula 7 deste STJ. – Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de ‘prova negativa’, ou ‘impossível’.

Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.⁷¹

O primeiro fundamento, da forma como colocado, fez parte apenas do voto da Min. Andrighi, os demais que também não conheceram do REsp. não trataram sobre estar a questão do exame sobre os requisitos da responsabilidade impedida ou não pela Súm. 07 do STJ. O segundo fundamento também faz parte do voto da Min. Andrighi, mas não é tratado dessa forma pelos outros dois Ministros.

O Min. Ari Parglender cuida dos riscos acerca do ônus da prova. Quem se aproxima da Min. Andrighi é o Min. Menezes Direito quando discorre sobre o art. 333 do CPC. Quanto ao terceiro fundamento, mostramos que ele foi primeiramente defendido pela Min. Nancy Andrighi e indiretamente mencionado pelo Min. Ari Parglender no mesmo sentido.

⁷¹ BRASIL, STJ, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2007.

Contudo, não há “acordo” sobre esse ponto no julgamento, uma vez que o terceiro Ministro que compõe a maioria discorda do entendimento da Relatora – *e ele diz isso expressamente* –, o que nos leva a concluir que isso não poderia ter feito parte da ementa e ainda que uma das partes poderia intentar Embargos de Declaração para ter esclarecido esse ponto.

Qual a força argumentativa (qual o peso argumentativo)⁷² de um caso desses para se tornar um precedente? Qual(is) “ratio decidendi” se pode(m) extrair aqui que sirva(m) para futuros casos se nenhum dos três fundamentos do “acórdão” contou com o “acordo” dos que figuram como votos vencedores?

O caso ainda rendeu “embargos de divergência” julgados pela 2ª Seção do STJ.⁷³ Aqui também a polêmica foi grande e a decisão foi tomada por maioria de votos no sentido de superar o entendimento da Min. Andrihgi:

Embargos de divergência. Inversão do ônus da prova. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078/1990, art. 6º, VIII. Regra de instrução. Divergência configurada.

(...)

2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada.

3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame.

4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida “preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade” (REsp 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.09.2011).

5. Embargos de divergência a que se dá provimento.⁷⁴

⁷² Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, cit., p. 283.

⁷³ BRASIL, STJ, Emb.Div. REsp 422.778, 2ª Seção, Rel. p/ ac. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 29.12.2012.

⁷⁴ BRASIL, STJ, EDiv REsp 422.778, 2ª Seção, Rel. p/ ac. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 29.12.2012.

Também aqui há uma pluralidade de fundamentos. Primeiramente o então relator, Min. João Otávio de Noronha, entendia que havia duas questões a serem uniformizadas: uma sobre o valor da indenização e outra sobre a melhor interpretação do art. 6º, VIII, do CDC e que sobre o primeiro ponto a Corte Especial já havia se manifestado previamente e, logo, apenas o segundo ponto deveria ser tratado e, sobre este, que a 2ª Seção já possuiria precedente (REsp 802.832, cuja solução fora afetada à 2ª Seção)⁷⁵ que fixara em sentido contrário o decidido pela 3ª Turma. Por isso o Min. Otávio de Noronha deu provimento aos Embargos.

Por sua vez o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que, como mencionado, havia sido o relator do acórdão citado pelo Min. Noronha para dar seu voto, entende que o caso que agora se apresentava, tratava de “responsabilidade pelo fato do produto ou serviço” (arts. 12 e 14 – CDC), e não de “responsabilidade por vício do produto” (art. 18), sendo, então a inversão do ônus da prova *ope legis*, independentemente, pois, de atividade do juiz,⁷⁶ razão pela qual divergiu do relator.

Então vem o voto da Min. Maria Isabel Gallotti. Primeiramente ela aderiu à diferença feita pelo Min. Paulo de Tarso quanto à inversão do ônus de prova *ope legis* e *ope judicis*. Contudo, divergiu sobre a própria aplicabilidade do art. 12 ao caso:

(...) porque, aqui, não foi comprovado que a ré fabricou (forneceu) o produto defeituoso, de modo a ensejar a incidência das regras de ônus probatório estabelecidas no art. 12 do CDC. Estas têm por pressuposto lógico a identificação do responsável pelo produto defeituoso,

⁷⁵ Nesse caso o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Relator, advogara que a inversão do ônus da prova no CDC pode ser *ope legis* (arts. 12 e 14), quando se trata de responsabilidade pelo fato do produto/serviço – e aí caso a parte não se desincumba do mesmo o juiz irá lhe aplicar o ônus pela falta de prova –, ou *ope judicis* (art. 18), responsabilidade por vício do produto – nesse último caso o juiz deve avaliar caso a caso e, se determinar a inversão isso deve ocorrer no saneamento do processo (art. 6º, VIII) (BRASIL, STJ, 2ª Seção, REsp 802.832, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 14.04.2011).

⁷⁶ “Em síntese, são duas modalidades distintas de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*). Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova. Isso ocorreu nas duas hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo (fato do produto – art. 12 – ou fato do serviço – art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante. Nessas duas hipóteses de acidentes de consumo, mostra-se impertinente a indagação acerca dessa questão processual de se estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova. Na realidade, a inversão já foi feita pelo próprio legislador (*ope legis*) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei. A segunda hipótese prevista pelo CDC, relativa à inversão do ônus da prova *ope judicis*, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a ‘verossimilhança’ e a ‘hipossuficiência’ a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC. (...) O presente caso, porém, é um típico acidente de consumo em que o consumidor demandante, ao abrir uma garrafa de refrigerante, teve a infelicidade de a tampa ser arremessada em direção ao seu rosto pela pressão interna da garrafa, causando graves lesões em seu olho direito. Esse fato amolda-se perfeitamente à regra do art. 12 do CDC, que contempla da responsabilidade pelo fato do produto. Consequentemente, a regra de inversão do ônus da prova da inexistência de defeito do produto é a do art. 12, § 3º, II, do CDC, e não a do art. 6º, VIII, do CDC, atribuído pelo próprio legislador ao fabricante, não havendo necessidade de qualquer ato decisório prévio do juiz”.

encargo do autor da ação, o que não ocorreu no processo em exame. A sentença julgou improcedente o pedido exatamente porque não comprovado o nexo causal, vale dizer, o autor não comprovou que a fabricante do produto causador do dano foi a antecessora da ré. *Não se cogitou de inversão do ônus da prova quanto à identidade do fornecedor na fase de instrução, providência decidida apenas durante o julgamento da apelação.* O autor não comprovou que a ré fabricou o produto (nexo causal). *A ré teve contra si invertido o ônus de provar que não fabricou o produto na fase de julgamento de apelação, tendo suprimida a chance de fazer a prova negativa que lhe foi atribuída em segundo grau.* (...) Ora, se o consumidor não demonstrou que o réu da ação fabricou o produto defeituoso e, portanto, é o responsável pelo dano que alegou ter suportado, não têm aplicação as regras de apresentação de provas previstas no art. 12, § 3º, do CDC (...). *Caberia a inversão do ônus de comprovar a identidade do fabricante do produto defeituoso (...), mas esta inversão tem por fundamento o art. 6º, inciso VIII, do CDC (fundamento adotado pelo acórdão da apelação e pelo acórdão embargado), e deveria ter sido determinada pelo juiz, na fase de instrução, ou ao menos seguir-se da reabertura da instrução, a fim de dar oportunidade ao réu de demonstrar que não produziu, fabricou, construiu ou importou a mercadoria reputada defeituosa*” (sem grifos no original).⁷⁷

Aduz que a 3ª T. ao julgar o recurso especial mencionado acima considerara que “a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII do CDC, é regra de julgamento”. A questão que deveria agora ser decidida nos Embargos de divergência seria, tal como posto pelo Min. Noronha, apenas referente ao momento em que deveria haver a inversão do ônus da prova e, como tal questão já estava resolvida (desde o julgado mencionado pelo Min. Noronha), a Ministra vota por aplicá-lo ao caso, também dando provimento aos Embargos.

Com esse voto o Min. Raul Araújo reformou seu voto para seguir os Min. Noronha e Isabel Gallotti. Também aderiram à tese os Min. Antonio Carlos Ferreira e Villas Bôas Cueva. Ficaram vencidos os Min. Tarso Sanseverino, Nancy Andrighi e Sidnei Beneti, sendo, pois, conhecidos e providos os Embargos de Divergência por maioria de votos.

Qual(is) “ratio decidendi” se pode auferir desse julgamento? Do que se apreende da decisão, a Seção reafirmou posição anterior quanto à aplicação do inc. VIII do art. 6º do CDC. Também restaram acordadas a forma como devem ser aplicados os arts. 12 e 13 do CDC.

E o que dizer da discussão sobre a diferença entre a inversão do ônus de prova ser *ope legis* ou *ope judicis*? Pode-se dizer que ela seja apenas “*obiter dicta*”?

⁷⁷ BRASIL, STJ, EDiv REsp 422.778, 2ª Seção, Rel. p/ ac. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 29.12.2012.

Tradicionalmente se argumenta que “*obiter dicta*” seria a regra jurídica enunciada pelo julgador mas não utilizada no caso;⁷⁸ contudo, a diferença entre aquela e a “*ratio decidendi*” não é um dado objetivo,⁷⁹ mas também uma questão argumentativa.

Perceba-se que mesmo concordando que o resultado esteja correto (qual seja, que a inversão seja regra de procedimento a ser levada a cabo em momento oportuno para viabilizar a quem tiver o ônus atribuído), o que nos preocupa é a *ausência de linearidade argumentativa e a diversidade de premissas usadas pelos ministros na formação de suas decisões*, especialmente ao se perceber o modo com que trabalharam com julgados anteriores para servir de fundamento.

Enquanto o “velho” *modus decidendi* prevalecer, a prolação de julgados pelos Tribunais Superiores que cumpram a real função de uniformizar a jurisprudência e padronizar de modo legítimo somente será uma defesa teórica de difícil e perigosa implementação prática. Devemos cada vez mais problematizar as atuais premissas do funcionamento dos tribunais de modo a viabilizar e aperfeiçoar seu trabalho e a força legítima dos precedentes.

A busca de *técnicas processuais constitucionalizadas* de formação de precedentes deve ser uma das principais temáticas daqueles que se preocupam com uma abordagem de efetividade constitucional do processualismo pátrio. Caso contrário, se padronizará de modo pobre e quantitativo, com a criação de problemas ainda maiores daqueles que já possuímos.

6. Do Uso dos Precedentes e da Superação e Distinção no Novo CPC

Consoante os problemas que temos apontado sobre a forma como Enunciados de súmulas (e outros “precedentes”) são aplicados no Brasil, e, inclusive, à forma como os próprios precedentes são formados, é de se louvar o texto do art. 926, § 2º, do novo CPC ao determinar que: “[a]o editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Com efeito, os arts. 926-928 trazem um Capítulo de “Disposições Gerais” sobre a “Ordem dos Processos nos Tribunais”. Segundo o art. 926: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Uma das formas de alcançar isso, segundo o § 1º, é que os tribunais devem editar súmulas que correspondam à sua jurisprudência dominante. Apesar de claro, esse parágrafo é complementado pelo §2º, que proíbe que tribunais editem súmulas que não guardem relação com as “circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Como temos insistido, qualquer enunciado jurisprudencial somente pode ser interpretado e aplicado levando-se em consideração os julgados que o

⁷⁸ Ou ainda “do convencimento judicial expresso sobre questões alheias ao pedido das partes, ou da regra geral e da exceção enunciada pelo juiz mas seguida da aplicação apenas da regra geral ou da exceção, ou ainda da regra enunciada com a finalidade de encontrar, por contraposição, aquela aplicável ao caso em espécie” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, cit., p., 276).

⁷⁹ *Idem*, p. 277.

formaram. Ele não surge do nada. Nestes termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que o formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto. Nenhum país que leve minimamente a sério o direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e ementas mecanicamente.⁸⁰

Enquanto não mudarmos essa práxis, continuaremos a trabalhar com pressupostos e com resultados muito perigosos e equivocados. Estaremos inventando uma nova forma de legislação advinda de um novo poder, a juristocracia, que não apenas viola princípios constitucionais (como a separação de poderes, contraditório, ampla defesa e devido processo legal), mas que também padece dos mesmos problemas que a crença absoluta na lei: o “problema” da interpretação.

Sim, porque, por mais que se tente acabar com a discussão a partir de um enunciado de Súmula, o fato é que este é um texto e, como tal, possui o mesmo *pathos* da lei: como não é possível antecipar todas as hipóteses de aplicação, uma e outra estão sujeitas ao torvelinho da práxis que evocará interpretação.

Complementar a isso, o art. 927 traça a forma como os precedentes irão guiar a estabilidade da jurisprudência – traz, na verdade, uma regra geral a respeito dos parâmetros de observância dos precedentes, jurisprudência e Súmulas.

O artigo reforça o caráter vinculante das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e de Súmulas Vinculantes, mas inova (para dar coerência à nova estrutura do Código), ao estabelecer a vinculação também de juízes e tribunais aos acórdãos e precedentes nos *incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas*. E dá às Súmulas do STF (em matéria constitucional) e do STJ (em matéria infraconstitucional) um caráter de obrigatoriedade. Ainda, o inc. V do art. 927 ainda acrescenta que juízes/Tribunais devem observar “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. Já havia dispositivos que trabalhavam com precedentes no Brasil, contudo, é a primeira vez que isso é colocado de forma tão clara na lei.

Os §§1º a 4º do art. 927 tratam da forma como se deve proceder à alteração de precedentes firmados. Qualquer que seja a hipótese de alteração de entendimentos sedimentados, deve haver ampliação/pluralização do debate através da realização de “audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”. Isso é muito bom, pois mostra que, pelo papel que os precedentes (e outros) irão ter (mais até do que agora) no novo CPC, a abertura ao debate apenas contribui para seu aperfeiçoamento.

Tais previsões são essenciais se o Brasil quer se apoiar em precedentes: as técnicas da distinção e da superação pertencem, há muito, à praxe forense de países de *common law*, nos quais juízes e advogados os utilizam para flexibilizar o enrijecimento que poderia advir do “*stare decisis*”.

⁸⁰ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do TST*, vol. 79. abr./jun. 2013.

Lembramos que, para que a decisão seja considerada fundamentada (art. 489, §1º), da mesma forma que não basta apenas citação de lei, não basta a mera invocação de precedente ou súmula. O magistrado tem de mostrar de que forma estes se moldam ao caso, o que significa aquele exercício hermenêutico de que tratamos, a saber, seja no caso de precedente, seja no de Súmula, há de haver o confronto entre questões de fato e de direito entre o paradigma e o caso *sub judice*.

De outro lado, se, como dito acima, a decisão precisa enfrentar todas as teses que possam afetar seu julgamento, logo, se a parte se fundar em súmula, jurisprudência ou precedente, o juiz tem de responder a essa questão, apenas podendo deixar de segui-los caso faça um “*distinguishing*” (distinção) ou um “*overruling*” (superação).

Há de se pontuar, ainda, o delineamento mais claro da distinção no art. 1.037 no que pertine aos recursos Extraordinário e Especial repetitivos.⁸¹

7. Provocações Finais

Como se pode notar, estamos muito longe em perceber a verdadeira importância do direito jurisprudencial em nosso país.

E o que mais preocupa é que muitos daqueles que se encontram ligados a tendência de padronização decisória (no âmbito legislativo ou de aplicação) se seduzam com o argumento simplista de que “isso resolverá” o problema da litigiosidade repetitiva entre nós, sem que antes se problematize e se consolidem fundamentos consistentes de uma teoria de aplicação dos precedentes adequada ao direito brasileiro.

Evidentemente que se trata de uma tendência inexorável.

E isso torna a tarefa, de todos os envolvidos, mais séria, especialmente quando se percebe toda a potencialidade e importância que o processo e a jurisdição, constitucionalizados em bases normativas consistentes, vem auferindo ao longo desses mais de 25 anos pós Constituição de 1988.

Não se pode reduzir o discurso do Direito Jurisprudencial a uma pauta de isonomia forçada a qualquer custo para geração de uma eficiência quantitativa.

Precedentes, como aqui se afirmou, são princípio(s) (não fechamento) da discussão e aplicação do direito. Eles não podem ser formados com superficialidade e aplicados mecanicamente.

⁸¹ “Art. 1.037. § 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. § 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido: I – ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau; II – ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem; III – ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem; IV – ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado; § 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias; § 12. Reconhecida a distinção no caso: I – dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo; II – do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único; § 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá: I – agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau; II – agravo interno, se a decisão for de relator”.

Precisamos sondar e aprimorar o uso do contraditório como garantia de influência e do processo constitucional na formação dos precedentes. Para além do argumento “ufanista” e acrítico de seu uso no Brasil.

O Novo Código de Processo Civil procura lidar com muitos dos problemas aqui aventados, valorizando o contraditório e incorporando institutos e mecanismos para racionalizar a formação e o uso dos precedentes que permitirão a formação paulatina de uma nova racionalidade decisória.

Há de perceber finalmente no Brasil que ao direito jurisprudencial se aplica a advertência de Duxbury que “certamente, seguir precedentes com o fim de gerar estabilidade doutrinária ou o encerramento do debate jurídico dificilmente será louvável onde flexibilidade e abertura são as qualidades que servem melhor aos litigantes”.⁸²

⁸² No original: *Of course, following precedents in order to generate doctrinal stability or legal closure will hardly be laudable where flexibility and openness are the qualities that serve litigants best.* DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 159.

Princípio da Independência Funcional e Planejamento Estratégico do Ministério Público

Eduardo Cambi*

Sumário

Introdução. 1. Compreensão dos Princípios Jurídicos. 2. Dimensão Positiva do Princípio da Independência Funcional. 3. Aplicação do Princípio da Independência Funcional pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). 4. Independência Funcional: Princípio Absoluto ou Relativo? 5. Aplicação do Princípio da Independência Funcional pelos Tribunais Superiores. 6. Dimensão Argumentativa do Princípio da Independência Funcional. 7. Vinculação do Planejamento Estratégico do Ministério Público e Independência Funcional. 8. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo

O Ministério Público brasileiro passa por significativa mudança na atuação funcional para atender as crescentes demandas sociais surgidas com a ampliação de suas atribuições pela Constituição Federal de 1988. Isso exige a compreensão do conteúdo do princípio da independência funcional e sua harmonização com a unificação da atuação ministerial trazida com o planejamento estratégico. A compatibilização da atuação individual com a coletiva do Ministério Público é imprescindível para ampliar a legitimação social da instituição no Brasil.

Abstract

The Brazilian Public Ministry suffers relevant changes after the 1988 Federal Constitution to attend the new social demands. Public Ministry needs to find new ways to work to obtain better results. It's important to overcome the concept that the institutional members can work isolate, by them themselves, based on the functional independence principle. To the Brazilian Public Ministry increases its social legitimation is indispensable to harmonize the functional independence principle with the institutional strategic planning.

* Pós-Doutor em direito pela *Università degli Studi di Pavia*. Doutor e mestre em Direito pela UFPR. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná. Coordenador estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública do Paraná. Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção, Transparência e Controle Social da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Diretor Financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Foi Assessor de Pesquisa e Política Institucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2012-2014).

Palavras-chave

Ministério Público. Independência funcional. Planejamento Estratégico.

Key-words

Public Ministry. Functional independence. Strategic planning.

Introdução

A superação das grandes mazelas brasileiras – como a corrupção sistêmica, a inefetividade dos direitos fundamentais sociais e a impunidade dos crimes elitizados – depende do fortalecimento das instituições republicanas.

O Ministério Público brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, vem passando por um processo de intensa modificação. Deixou de ser uma instituição com funções estritamente processuais para assumir outras funções tão ou mais relevantes, transformando-se em *agente político, produtor social e fomentador-efetivador de políticas públicas*¹.

A defesa de interesses individuais indisponíveis e homogêneos de pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade familiar, social e econômica, a intensificação de ações integradas de combate à macrocriminalidade e de controle da atividade policial, a tutela de interesses difusos e coletivos, do regime democrático e a implementação de políticas constitucionais, assegurar a proteção integral da criança e adolescentes e de práticas ambientais sustentáveis são algumas das preocupações contemporâneas que devem nortear a atuação do Ministério Público. A eficiência da atuação do Ministério Público demanda, dentre outros aspectos, a ampliação da resolução extrajudicial de conflitos, a garantia de celeridade e eficácia da atuação judicial e extrajudicial, a ampliação da regionalização da ação institucional, a otimização da intervenção processual, o aprimoramento da estrutura organizacional, de registro e gestão de processos de trabalho, a intensificação da integração com a sociedade e o aperfeiçoamento das relações com os poderes constituídos, as instituições públicas e privadas e as organizações sociais.

Em razão do reduzido número de membros e servidores (dados do CNMP revelaram que, em 2013, havia 10.426 Promotores e Procuradores de Justiça, além de 21.387 servidores de carreira providos, nos Ministérios Públicos Estaduais e do Distrito Federal e Territórios, além de 1.836 membros dos Ministérios Públicos Federal, do Trabalho e Militar, e mais 11.592, cargos de servidores de carreira providos)², em relação à população brasileira (estimada, pelo IBGE, em julho de 2014, em 202,7 milhões de habitantes), a escassez de recursos orçamentários e de limitações estruturais, a melhor resolutividade da atuação do Ministério Público depende de um planejamento

¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 489.

² *Ministério Público: um retrato: dados de 2013*. Brasília: CNMP, 2014. p. 35 e 251.

estratégico que envolva a criteriosa definição de objetivos, metas e indicadores. Trata-se de uma cultura inovadora que deve permear toda a instituição para unir os esforços necessários para otimizar recursos humanos e materiais capazes de ampliar a legitimidade política e social, a credibilidade, a transparência e a efetividade do Ministério Público.

O objetivo deste trabalho é compreender as diversas dimensões do princípio da independência funcional (art. 127, § 1º, CF) e sua importância para a atuação do Ministério Público. Como se trata de um princípio-garantia, voltado à proteção social, pretende-se demonstrar que mais que uma prerrogativa dos membros do Ministério Público, a independência funcional deve ser orientada na consecução do artigo 127, *caput*, da Constituição Federal (defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis) e, por isso, deve ser contextualizada com os novos paradigmas de atuação institucional, que exigem a vinculação ao planejamento estratégico.

1. Compreensão dos Princípios Jurídicos

“Princípio” é uma palavra vem do latim *principium*, significando o momento em que alguma coisa tem origem, começo, causa primária; ou o elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, teoria³.

No Direito, os princípios podem ser vistos como *standards* juridicamente vinculantes baseados na “ideia de direito”⁴ ou nas exigências de “justiça”⁵. Os princípios jurídicos condensam os valores mais relevantes para se dizer o que o Direito é e para que se destina.

Na percepção neoconstitucional, sob o aspecto filosófico assumido com o pós-positivismo, tanto os princípios quanto as regras são normas jurídicas. Supera-se, com isso, a concepção do positivismo jurídico que reservava aos princípios um papel secundário, de meros instrumentos de integração de lacunas normativas, como se depreende dos artigos 4º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1962 (Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, e 126 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)⁶. Os processos de integração de lacunas, adotados nos dispositivos citados (analogia, costumes e princípios gerais do direito), são *intersistemáticos* e referidos em *ordem hierárquica*. Caberia ao juiz buscar, em primeiro lugar, a analogia, depois os costumes e, por último, os princípios gerais de direito. Assim sendo, os princípios não eram reconhecidos como *fonte autônoma do direito*⁷.

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 11ª ed. São Paulo: Editora Civilização Brasileira, 1969. p. 981.

⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2ª ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 200.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 22.

⁶ CAMBI, Eduardo. Op. cit. p. 82.

⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 251.

O Novo Código de Processo Civil, adaptado ao neoconstitucionalismo, deu a mesma dignidade normativa aos princípios e às regras, ao estabelecer, no artigo 140, que o “Juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

Embora princípios e regras sejam, igualmente, normas, possuem características diferentes. As regras se esgotam em si mesmas, não tendo nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam.⁸ Isto é, proporcionam o critério das ações, dizendo como se deve ou não se deve agir, em situações específicas, previstas pelas próprias regras. Em contrapartida, os princípios não dizem, diretamente, como se deve agir, podendo ser aplicados, tão somente, diante de situações concretas. Diferentemente das regras, não possuem *suporte fático*, tendo significado operativo apenas frente a determinado caso concreto.

Os princípios são *mandamentos* (ou comandos) *de otimização*. Jamais podem ser realizados completamente (v.g., não há como promover a integralidade da boa-fé, ou da liberdade, ou da igualdade etc.) e, mais, podem ser concretizados de modos diferentes, dependendo das diferentes ações concretas a serem adotadas. Os princípios não preveem, diretamente, a conduta a ser seguida, estabelecendo apenas *fins normativamente relevantes*⁹. Contêm *comandos prima facie*, porque a esfera de aplicabilidade dos princípios é *relativamente indeterminada*¹⁰. Consequentemente, o conteúdo dos princípios não podem ser considerados como definitivos, na medida em que eles se revelam após a ponderação ou o balanceamento, exigidos pela proteção de outros bens com ele coincidentes, momento em que, pelas circunstâncias concretas, atribuir-se-á pesos a cada um dos direitos contrapostos¹¹.

Em síntese, as regras instituem *deveres definitivos*, não dependendo das possibilidades fáticas e normativas, ao contrário dos princípios, que instituem *deveres preliminares*, dependentes das possibilidades fáticas e normativas¹².

Outra diferença entre regras e princípios está no *modo de aplicação*. As regras são aplicadas por *subsunção*, enquanto os princípios, por *ponderação*.

As regras, por exigirem a realização de comandos determinados, têm *pretensão de exclusividade*, isto é, ou são consideradas cumpridas, ou são consideradas descumpridas: *tudo ou nada*¹³. Se uma regra é válida, está ordenando exatamente o

⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 8ª ed. Trad. de Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2008. p. 110-111.

⁹ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 4, jul./2001, p. 17.

¹⁰ FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito. Temas e desafios*. Trad. de Candice Premarour Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 17.

¹¹ Conforme José Joaquim Gomes Canotilho, o “conteúdo, *prima facie*, de um direito pode não ser o seu conteúdo definitivo, quando, em virtude de um juízo de ponderação concreto, houver necessidade de o restringir conferindo maior peso a outros bens ou direitos” (Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008. p. 205).

¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 26.

¹³ “As regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39). Do mesmo modo, ensina Robert Alexy: “A teoria dos princípios é capaz

que ela exige, nem mais nem menos. Logo, não há como harmonizar a aplicação de duas regras contraditórias, senão excluindo uma delas para que a outra prevaleça¹⁴. Isso se dá mediante a aplicação dos tradicionais critérios normativos ou metarregras de resolução de antinomia jurídica: *lex superior derogat inferior* (lei superior derroga a inferior), *lex specialis derogat generalis* (lei especial derroga a geral) e *lex posterior derogat priori* (lei posterior derroga a anterior).

Por outro lado, os princípios, por serem mandamentos de otimização, devem ser aplicados na *maior medida possível*, isto é, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. As colisões de princípios não se resolvem no *plano da validade*, não tendo os princípios, diferentemente das regras, a *pretensão de exclusividade*. Havendo colisões principiológicas, não há como definir que sempre um princípio prevalecerá sobre o outro; tudo vai depender das circunstâncias apresentadas no caso concreto. A colisão entre princípios depende da instituição de *critérios de prevalência* entre os princípios envolvidos, a serem estabelecidos de acordo com as circunstâncias do fato concreto e em função do peso relativo de cada princípio, instituindo uma *hierarquia móvel* entre os princípios, a qual pode ser modificada se alterado o contexto fático e normativo¹⁵.

De qualquer modo, a norma é resultado da interpretação e, por isso, não se pode ignorar a dimensão argumentativa do Direito. A exegese da norma vai depender do significado que se atribui às palavras contidas no enunciado normativo.

A individualização da norma jurídica, não raro, é uma atividade complexa que não se exaure no plano linguístico. A pluralidade de significados atribuíveis a um único significante, os distintos valores presentes em sociedades pluralistas, a conciliação dos diferentes fins a serem alcançados pela norma e o modo de operacioná-la na realidade evidenciam os vários planos (linguístico, axiológico, teleológico e operativo) que desafiam o intérprete na construção da norma¹⁶. O significado do enunciado normativo passa, também, pela indagação moral sobre quais critérios devem prevalecer quando se atribui ao enunciado linguístico uma determinada significação¹⁷.

O princípio da independência funcional, como todo e qualquer *mandamento* (ou comando) *de otimização*, pode ser concretizado de modos diferentes, dependendo das possibilidades fáticas e normativas. Como a sua esfera de aplicabilidade é *relativamente indeterminada* cabe examinar a sua dimensão normativa, bem como o modo como o Conselho Nacional do Ministério Público e os Tribunais Superiores o têm aplicado nos casos concretos.

não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. (...) Ela possibilita um meio-termo entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não validade.” (Colisão de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. de Luís Afonso Heck. *Revista de direito administrativo*, vol. 217, p. 79).

¹⁴ “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras” (Ronald Dworkin. *Levando os direitos a sério*. *Cit.*, p. 43).

¹⁵ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 7, out./2001, p. 7.

¹⁶ GARCIA, Emerson. O Conselho Nacional do Ministério Público e a semântica do “controle”. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, nº 1, dez./2014, p. 58-59.

¹⁷ COELHO, Luiz Fernando. *Helênia & Devília. Civilização e barbárie na saga dos direitos humanos*. Curitiba: Bonijuris, 2014. p. 101-102.

2. Dimensão Positiva do Princípio da Independência Funcional

O artigo 127, § 1º, da Constituição Federal elencou três princípios institucionais do Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

A Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, trata da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispondo sobre normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos dos Estados. No seu artigo 1º, par. ún., reproduz o texto do artigo 127, § 1º, da Constituição Federal.

Além disso, a expressão “independência funcional” aparece no artigo 41, inc. V, dessa Lei, que, ao versar sobre as prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, afirma que eles gozam de inviolabilidade pelas opiniões que externarem ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentais, *nos limites de sua independência funcional*.

Na Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1995, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, o termo “independência funcional” é mencionado seis vezes: i) no artigo 4º: da mesma forma que no artigo 1º, par. ún., da Lei Federal nº 8.625/1993, é transcrito o artigo 127, § 1º, da Constituição Federal para reafirmar que a independência funcional é um dos três princípios institucionais do Ministério Público; ii) no artigo 41: afirma-se que, em cada Estado e no Distrito Federal, será designado, pelo Procurador-Geral da República, um Procurador Federal dos Direitos do Cidadão com atribuição de expedir instruções para o exercício das funções dos cargos de Procurador dos Direitos do Cidadão, *respeitado o princípio da independência funcional*; iii) no artigo 61, que versa sobre a competência das Câmaras de Coordenação e Revisão (isto é, órgãos setoriais de coordenação, de integração e revisão do exercício funcional do Ministério Público Federal; art. 58), dentre as quais a de promover a integração e a coordenação dos órgãos institucionais, que atuem em cargos ligados ao setor de sua competência, observado *o princípio da independência funcional*. A mesma regra existe, de forma expressa, em relação ao Ministério Público do Trabalho (art. 101, inc. I), ao Ministério Público Militar (art. 136, inc. I) e ao Ministério Público do Distrito Federal (art. 171, inc. I).

Cada Estado da Federação brasileira possui uma lei própria para estabelecer o Estatuto de seu respectivo Ministério Público. Na maior parte dos Estados-Membros, a Lei Estadual reproduz a Lei Federal nº 8.625/1993. No Estado do Paraná, por exemplo, a Lei Complementar nº 85, de 27 de dezembro de 1999, repete a expressão “independência funcional”, nos artigos 1º, par. ún., e 153, inc. V, com os mesmos dizeres dos artigos 1º, par. ún., e 41, inc. V, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

No Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Resolução nº 92, de 13 de março de 2013, a expressão “independência funcional” aparece uma única vez, no Capítulo da Reclamação para a Autonomia do Ministério Público. O artigo 116 desse Regimento prevê, ainda, que o CNMP zelará pela independência funcional e pelo livre exercício das competências administrativas do Ministério Público, de ofício ou mediante provocação, sempre que houver ofensa, ameaça ou restrição à *independência funcional* de seus membros ou interferência indevida na autonomia de seus órgãos, observando-se o procedimento previsto nos artigos 118 a 122 do Regimento Interno.

Em Recomendações do CNMP, o princípio da independência funcional também é referido. As Recomendações nº 16, de 28 de abril de 2010, sobre a atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil, e a nº 19, de 18 de maio de 2011, que dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público em segundo grau, deixam claro que os membros do Ministério Público são independentes no exercício de suas funções, não estando sujeitos a ordens de terceiros, nem mesmo seus superiores hierárquicos, no sentido de agir desta ou daquela maneira dentro do processo¹⁸.

Nesse sentido, o artigo 5º da primeira Recomendação arrola hipóteses em que a intervenção ministerial como *custos legis* é desnecessária, mas preserva a independência funcional¹⁹ e a autonomia de cada uma das unidades do Ministério Público para disciplinarem, sem caráter vinculativo, as hipóteses de intervenção no processo civil (art. 6º)²⁰. Isso significa que, mesmo em situações pacíficas em que é desnecessária a intervenção ministerial (como, por exemplo, nas execuções fiscais, inclusive pela Súmula 189 do STJ)²¹, pode o agente ministerial intervir²².

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Constituição brasileira interpretada e legislação constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1680.

¹⁹ “Art. 5º Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses: I – Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária; II – Habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento in articulo mortis – nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no Registro Civil; III – Ação de divórcio ou separação, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz; IV – Ação declaratória de união estável, onde não houver cumulação de ações que envolva interesse de menor ou incapaz; V – Ação ordinária de partilha de bens; VI – Ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no artigo 732 do Código de Processo Civil, entre partes capazes; VII – Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolva reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos; VIII – Procedimento de jurisdição voluntária relativa a registro público em que inexistir interesse de incapazes; IX – Ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes; X – Ação de indenização decorrente de acidente do trabalho; XI – Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel, ressalvadas as hipóteses da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001; XII – Requerimento de falência ou de recuperação judicial da empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido; XIII – Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista; XIV – Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial; XV – Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa; XVI – Ação de desapropriação, direta ou indireta, entre partes capazes, desde que não envolvam terras rurais objeto de litígios possessórios ou que encerrem fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da LC 76/93); XVII – Ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes; XVIII – Ação que envolva fundação que caracterize entidade fechada de previdência privada; XIX – Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção; XX – Em ação civil pública proposta por membro do Ministério Público, podendo, se for o caso, oferecer parecer, sem prejuízo do acompanhamento, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal, pelo órgão com atuação no segundo grau; (Alterado pela Recomendação nº 19, de 18 de maio de 2011). XXI – Assistência à rescisão de contrato de trabalho (Revogado pela Recomendação nº 22, de 17 de setembro de 2013); XXII – Intervenção em mandado de segurança”.

²⁰ “Art. 6º Recomenda-se, ainda, que as unidades do Ministério Público, respeitada a autonomia, disciplinem a matéria da intervenção cível, também por ato interno, preservada a independência funcional dos membros da Instituição, sem caráter normativo ou vinculativo, nos termos acima referidos”.

²¹ “É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais” (1ª Seção, julgado em 11/06/1997, pub. DJ 23/06/1997).

²² “Pedido de Providências. Improcedência à falta de amparo legal. A manifestação do Ministério Público nas demandas de execuções fiscais, conquanto desnecessárias, não é vedada. Incumbe ao Promotor de

A mesma autonomia para regulamentar as matérias para atuação em segundo grau foi assegurada no artigo 4º da Recomendação nº 19/2011, respeitada também a independência funcional²³.

3. Aplicação do Princípio da Independência Funcional pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)

O Conselho Nacional do Ministério Público foi criado, em 30 de dezembro de 2004, pela Emenda Constitucional nº 45. É formado por 14 membros, que representam diversos setores da sociedade. Tem como objetivo imprimir uma visão nacional ao Ministério Público. É responsável pela orientação e fiscalização de todos os ramos do Ministério Público brasileiro (seja da União, composto pelos Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios, seja dos Estados). É uma instituição que está aberta aos cidadãos que podem encaminhar reclamações contra membros, órgãos ou serviços auxiliares do Ministério Público.

As atribuições do CNMP estão previstas no artigo 130-A, § 2º, da Constituição Federal, cabendo, dentre outras, zelar pela autonomia funcional e administrativa do MP, pela observância dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37/CF), apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros e órgãos da instituição, avocar processos disciplinares em curso, rever processos disciplinares julgados a menos de um ano, determinar a remoção, disponibilidade ou aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviços e aplicar outras sanções administrativas.

Em 28 de abril de 2009, o CNMP editou o Enunciado nº 6, pelo qual os “atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público”. A aprovação deste Enunciado está intimamente ligada à proteção do princípio da independência funcional.

Pelo Enunciado nº 6, o CNMP não tem competência para anular ou reformar atos, praticados pelos órgãos²⁴ da instituição, referentes à atividade finalística do

Justiça avaliar o cabimento de sua manifestação, nos limites de suas atribuições e consonantes com o bom senso. Incompetência do CNMP para interferir nas atribuições dos membros do Ministério Público, os quais atuam sob o pálio do sagrado princípio da independência funcional, insculpido do art. 127, § 1º, da Constituição da República. Pedido conhecido e rejeitado. Arquivamento dos autos” (CNMP, Processo 141/2008-98, j. em 25/06/2008).

²³ “Art. 4º. As unidades do Ministério Público, respeitada a autonomia, devem disciplinar, por ato interno do órgão competente, as matérias para a atuação em segundo grau, respeitada a independência funcional, a distribuição e a organização administrativa das Procuradorias”.

²⁴ São órgãos de Administração dos Ministérios Públicos Estaduais, pelos artigos 5º e 6º da Lei Orgânica Nacional (Lei nº 8.625/1993), a Procuradoria-Geral de Justiça, o Colégio de Procuradores de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público, a Corregedoria-Geral do Ministério Público, mas também as Procuradorias de Justiça e as Promotorias de Justiça. Ademais, são órgãos de execução do Ministério Público (art. 7º): o Procurador-Geral de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público, os Procuradores de Justiça e os Promotores de Justiça. Por fim, são órgãos auxiliares do MP (art. 8º): os Centros de Apoio Operacionais, a Comissão de Concursos, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, os órgãos de apoio administrativo e os estagiários. Por sua vez, o artigo 43 da Lei Complementar nº 75/1993 afirma que são órgãos do Ministério Público Federal: o Procurador-Geral da República, o Colégio de Procuradores da República; o Conselho Superior do Ministério Público Federal; as Câmaras de Coordenação e Revisão

Ministério Público, sejam eles praticados no plano judicial ou extrajudicial. Aliás, os atos praticados, tanto no inquérito policial quanto no civil (e também nos demais procedimentos preparatórios) não se confundem com os atos administrativos inerentes à gestão administrativa e financeira do Ministério Público (exegese do art. 130-A, § 2º, CF). É, por isso, que o artigo 28 do Código de Processo Penal afirma que o Procurador-Geral de Justiça ou o Procurador-Geral da República jamais poderá determinar que o Promotor de Justiça ou o Procurador da República, proponente do arquivamento, inicie a ação penal, limitando-se a designar outro membro da instituição para analisar o inquérito, que, por sua vez, poderá, em nome do princípio da independência funcional, oferecer a denúncia ou insistir no pedido de arquivamento²⁵. Neste caso, o magistrado terá que remeter, novamente, os autos ao Procurador-Geral para a designação de outro Promotor de Justiça/Procurador da República para examinar o inquérito. De igual modo, o artigo 9º da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) assevera que o Conselho Superior do Ministério Público, caso discorde da promoção de arquivamento dos autos de inquérito civil (e também de procedimento preparatório, pelo art. 10, § 4º, inc. II, da Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, do CNMP), designará outro órgão da instituição para proceder ao exame do procedimento e, se restar convencido, proceder ao ajuizamento da ação ou, em manifestação fundamentada, devolver os autos ao Conselho Superior para a designação de outro membro para apreciar o inquérito.

O Conselho Nacional do Ministério Público tem reforçado a importância do princípio da independência funcional ao rechaçar o controle da atividade-fim dos membros do Ministério Público em diversas hipóteses concretas.

Nas decisões do CNMP, é comum encontrar representações por inércia e requerimentos para aplicação de medidas disciplinares rechaçadas com fundamento no princípio da independência funcional.

do Ministério Público Federal; a Corregedoria do Ministério Público Federal; os Subprocuradores-Gerais da República; os Procuradores Regionais da República e os Procuradores da República. Em relação ao Ministério Público do Trabalho, o artigo 85 da Lei Complementar nº 75/1993 enuncia os seus órgãos: o Procurador-Geral do Trabalho, o Colégio de Procuradores do Trabalho, o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho, a Corregedoria do Ministério Público do Trabalho, os Subprocuradores-Gerais do Trabalho, os Procuradores Regionais do Trabalho e os Procuradores do Trabalho. Em relação ao MP Militar, o artigo 118 da mesma Lei Complementar assevera serem seus órgãos: o Procurador-Geral da Justiça Militar, o Colégio de Procuradores da Justiça Militar, o Conselho Superior do Ministério Público Militar, a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar, a Corregedoria do Ministério Público Militar, os Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar, os Procuradores da Justiça Militar e os Promotores da Justiça Militar. Quanto aos órgãos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, o artigo 153 se refere ao Procurador-Geral de Justiça, ao Colégio de Procuradores e Promotores de Justiça, ao Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, à Corregedoria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, às Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, aos Procuradores de Justiça, aos Promotores de Justiça e aos Promotores de Justiça Adjuntos.

²⁵ SILVA, Cláudio Barros. A designação prevista no artigo 28 do Código de Processo Penal, em face ao Princípio Constitucional da Independência Funcional. In: *X Congresso Nacional do Ministério Público. O Ministério Público: corrupção, criminalidade e violência*. Belém: CEJUP, 1994. p. 396-399.

Nesse sentido, no Processo 628/2010-95, julgado em 08 de novembro de 2010, julgou improcedente representação que questionava o arquivamento de procedimento preparatório. Aplicando o Enunciado nº 6, decidiu que a conduta do membro do Ministério Público é insindicação, por estar baseado em parecer fundamentado, onde externa sua convicção jurídica sobre a matéria. Tal orientação do CNMP é pacífica, tendo, por exemplo, no Processo 22/2014-83, em 18 de agosto de 2014, decidido que o arquivamento de inquérito civil, desde que devidamente fundamentado, constitui atividade finalística do membro ministerial, sendo, por isso, insuscetível de revisão²⁶.

O mesmo entendimento tem sido utilizado nos arquivamentos de inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios criminais, quando o membro do Ministério Público, em decisão fundamentada, não verifica a presença de justa causa para a propositura da ação penal²⁷. O CNMP, com base no princípio da independência funcional, também não conheceu de pedido de providências, voltado ao trancimento de procedimento investigatório criminal, em que se alegava suposto ato abusivo de Promotor de Justiça, na investigação de crimes cometidos por membros da Polícia Civil do Estado Ceará, ocasião em que também sustentou a ausência de monopólio da investigação criminal pela Polícia Civil²⁸.

Em processos administrativos disciplinares, o CNMP também tem enaltecido o princípio da independência funcional. Por exemplo, no Processo 74/2011-15, julgado em 11 de janeiro de 2013, questionava-se a conduta de Promotor de Justiça que, em entrevista jornalística, teria utilizado expressões contrárias ao dever legal de zelar pelo prestígio da justiça e pelo respeito aos magistrados. O CNMP avocou os autos de processos administrativos disciplinares da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado da Bahia para julgar improcedente a persecução disciplinar, por entender que a conduta integra a imunidade e liberdade de expressão dos membros do Ministério Público, prerrogativa constante do artigo 41, inc. V, da Lei Orgânica Nacional do MP (Lei nº 8.625/93)²⁹.

²⁶ À guisa de ilustração, mencionam-se outros julgados, com o mesmo entendimento: Processos 30/2008-81, julgado em 25/06/2008; 129/2014-21, julgado 03/12/2014; 164/2011-06, julgado em 11/01/2013.

²⁷ Nesse sentido, dentre outros, os Processos 51/2013-64, julgado em 27/09/2013, e 419/2014-75, decidido em 03/06/2014.

²⁸ "O Ministério Público, além de supervisionar o inquérito policial (exercendo a função que lhe é constitucionalmente atribuída de controle externo da atividade policial), pode também complementar outras formas de apuração de ilícitos (como os procedimentos de fiscalização do INSS e da Receita Federal, por exemplo), ou realizar diretamente suas próprias diligências investigatórias. Matéria inquestionável, pois atinente à atividade-fim do membro do Ministério Público. Princípio da independência funcional. Ausência de ilícito penal ou mesmo de infração funcional. Pedido de providências não conhecido" (Processo nº 237/2006-94, julgado 08/06/2006). Sobre o poder investigatório do Ministério Público, como cláusula pétrea, verificar, dentre outros: CAMBI, Eduardo; BOLZANI, Henrique. O poder investigatório do Ministério Público como cláusula pétrea. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, vol. 1, dez./2014, p. 21-51; CAMBI, Eduardo; ANTUNES, Taís Caroline Pinto Teixeira. A proibição de retrocesso como salvaguarda da atuação do Ministério Público. In: *Ministério Público: prevenção, modelos de atuação e a tutela dos direitos fundamentais*. Org. Eduardo Cambi. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 187-221.

²⁹ "Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: (...) V – gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional".

Além disso, o princípio da independência funcional tem sido questionado nos julgamentos das reclamações para a preservação da autonomia do Ministério Público. No processo 661/2012-87, julgado em 03 de junho de 2013, o CNMP julgou improcedente o pedido de devolução de inquérito civil à 17ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público de Belo Horizonte, por ter o Procurador-Geral de Justiça avocado os autos, por ter a possibilidade de investigar o Chefe do Poder Executivo Estadual. Considerou que já havia procedimento preparatório no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça com objeto idêntico. Também afirmou, com base nos artigos 10, inc. X, da Lei nº 8.625/93³⁰ e 69, inc. XI, da Lei Complementar Estadual mineira, que o Procurador-Geral de Justiça é a autoridade competente para decidir conflito de atribuições entre os membros do Ministério Público.

Já, no Processo 628/2012-57, o CNMP também julgou improcedente a reclamação para a preservação da autonomia do Ministério Público, que pretendia a suspensão do ato de avocação de procedimento preparatório, avocado pelo Procurador-Geral de Justiça em exercício do Estado de Goiás, baseado no artigo 29, inc. VIII, da Lei nº 8.625/93³¹. Tratava-se da apuração de suposto ato ilícito praticado pelo Procurador-Geral de Justiça, em que o Procurador-Geral em exercício – o decano da instituição – assumiu a responsabilidade de investigar e promover medidas judiciais em face do investigado. O CNMP, por se tratar de ilícito civil, descartou a tese da existência de um foro por prerrogativa de função, mas considerou que o Procurador-Geral de Justiça, por simetria, deve ter tratamento similar ao que a legislação orgânica do Ministério Público reserva aos chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Presidente do Tribunal de Contas Estadual. Com efeito, rejeitou a alegação de violação do princípio da independência funcional do Promotor de Justiça da Capital de Goiás que estava investigando os fatos³².

Além disso, no Processo 961/2011-85, decidido em 14 de outubro de 2013, o CNMP julgou improcedente a reclamação para a preservação da autonomia do Ministério Público do Trabalho, em relação a descumprimento, por servidor (analista processual, lotado em setor administrativo da Instituição), que deixou de elaborar minuta de petição inicial de ação de execução de Termo de Ajustamento de Conduta. Considerou que a circunstância do servidor ter descumprido o despacho exarado por

³⁰ “Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça: (...) X – dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva officiar no feito”.

³¹ “Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça: (...) VIII – exercer as atribuições do art. 129, II e III, da Constituição Federal, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembleia Legislativa ou os Presidentes de Tribunais, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação”.

³² “2. O Procurador-Geral de Justiça, por simetria, deve ter tratamento similar ao que a legislação orgânica do Ministério Público reserva aos chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Presidente do Tribunal de Contas Estadual. Cuida-se de tratamento horizontal aos chefes de Poder, matéria que não se confunde, a toda evidência, com o instituto do “foro privilegiado”. 3. A LOMP/GO observou os princípios da Legalidade e do Promotor Natural ao atribuir ao decano da Instituição a responsabilidade de investigar e promover medidas judiciais em face do Procurador-Geral de Justiça, já que tal atribuição é pautada por absoluta impessoalidade, sendo aferida a partir de critérios objetivos de antiguidade. Hipótese que não trata, por óbvio, de qualquer determinação casuística, com o desígnio de instaurar a condenável figura do “acusador de exceção”.

membro do Ministério Público do Trabalho não é causa violadora do princípio da independência funcional nem, tampouco, impede o exercício do cargo de Procurador do Trabalho. Isso porque é atribuição primária do membro do Ministério Público do Trabalho, prevista no rol do artigo 83 da Lei Complementar Federal nº 75, de 20 de maio de 1993, a formulação de peças e manifestações processuais, não podendo deixar de fazê-lo em razão da negativa do servidor³³.

Ainda, em Procedimento de Controle Administrativo, o CNMP tem aplicado o princípio da independência funcional. No processo 733/2012-96, decidido em 03 de junho de 2013, foi julgado procedente o pedido de suspensão da eficácia de Projeto de Lei, de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que pretendia a criação de Procuradoria de Justiça de Fundações, com atribuições típicas de órgão de execução. O Conselho Nacional do Ministério Público considerou que o Projeto de Lei criaria maior burocratização no procedimento de fiscalização das fundações e entidades similares, ao dividir as atribuições extrajudiciais, a serem atribuídas a Procurador de Justiça, das judiciais, que ficariam a cargo da Promotoria de Justiça Cível. Com isso, o Procurador de Justiça identificaria uma ilegalidade e a remeteria ao Promotor de Justiça, o que, indiretamente, influiria na sua independência funcional. Determinou, pois, que o Procurador-Geral de Justiça deixasse de encaminhar o Projeto de Lei, que pretendia a criação de Procuradorias de Justiça de Fundações, ao Poder Legislativo Estadual, por ser ilegal, ou, caso já tivesse remetido, para retirar a iniciativa do referido projeto de lei.

4. Independência Funcional: Princípio Absoluto ou Relativo?

Verifica-se, no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, divergência quanto ao caráter absoluto ou relativo do princípio da independência funcional.

No julgamento 537/2010-50, julgado em 17 de novembro de 2012, o CNMP, julgou improcedente, representação por inércia do Ministério Público Estadual, que, em decisão fundamentada, arquivou procedimento, por considerar que não houve ato de improbidade administrativa, com a seguinte fundamentação: “É insindicável a conduta de membro do Ministério Público que, em decisão fundamentada, externa sua convicção jurídica sobre a matéria, especialmente por se tratar de atividade-fim, nos termos do enunciado nº 06 do CNMP”.

A mesma linha de raciocínio foi utilizada, pelo CNMP, no Processo 1.030/2011-02, decidido em 28 de agosto de 2013, quando, também em representação por inércia, alegou que membro do Ministério Público do Rio de Janeiro teria demorado

³³ “2. O fato do servidor não ter cumprido com o despacho exarado por membro do Ministério Público do Trabalho não é causa violadora do princípio da independência funcional ou impede o exercício do cargo de Procurador do Trabalho. (...) 4. Não se pode permitir que, em havendo negativa de um servidor em formular minuta de peça judicial, deixe o membro do Ministério Público de fazê-lo. Assim, deve-se afirmar ao membro do Ministério Público do Trabalho que a ele compete a elaboração de peça inicial de execução a ser proposta em face de descumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta formulado no bojo do Procedimento Preparatório nº 000164.2004.05.000/9”.

a tomar providências em pedido sobre guarda de filho. O Conselho Nacional julgou improcedente a representação, afirmando que a “realização de atos concernentes à atividade-fim do Ministério Público, quando ausente inércia ou excesso de prazo, é insindicável pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em razão da garantia da independência funcional”.

Porém, o próprio Conselho Nacional do Ministério Público possui decisões mitigando a rigidez do princípio da independência funcional.

No Pedido de revisão de processo disciplinar (Processo 631/2008-94, julgado em 05 de dezembro de 2008), o CNMP decidiu, de forma expressa, que o princípio da independência funcional comporta limites, quando resulta na violação de deveres funcionais. Neste caso, a conduta do agente ministerial deve ser analisada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, no âmbito disciplinar, ainda que se examine o exercício de sua atividade-fim. No caso examinado, o Promotor de Justiça, em atuação no Tribunal do Júri, pediu, insistiu na oitiva de testemunhas ausentes, o que causou sucessivos adiamentos. Quando as testemunhas compareceram ao Plenário do Tribunal do Júri, o Promotor de Justiça desistiu de ouvi-las e requereu a absolvição do réu, tendo, assim, suprimido a autonomia do Conselho de Sentença. O CNMP aplicou a pena de suspensão de quatro dias, ao Promotor de Justiça, por violação do dever de atuar com zelo e presteza³⁴.

Ainda, no Recurso Interno em Reclamação Disciplinar contra membros do Ministério Público de São Paulo, no Processo nº 582/2013-57, o CNMP conheceu de recurso, mas, no mérito, não lhe deu provimento. Consignou que os órgãos da Administração Superior e o Conselho Nacional do Ministério Público pode controlar a atividade finalística de membros do Ministério Público, quando atuações teratológicas resvalam na seara disciplinar. Examinando o mérito do recurso, o CNMP decidiu que não houve, no caso concreto, desrespeito a deveres funcionais³⁵.

Vale lembrar, também, um caso, decido pelo Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, discutido por Hugo Nigro Mazzilli³⁶. Tratava-se de analisar a

³⁴ “A independência funcional comporta limites. Se da atuação do promotor no Tribunal do Júri, ainda que no exercício de sua atividade-fim, resulta violação a deveres funcionais, é possível a análise da conduta no campo disciplinar. – A insistência na oitiva de testemunhas ausentes, causando sucessivos adiamentos, e o posterior pedido de desistência de sua ouvida quando de seu comparecimento, requerendo a absolvição do réu, suprime a autonomia do Conselho de Sentença e viola o dever de atuar com zelo e presteza. Sucessivas ausências falsamente justificadas, com pedidos de adiamento de Sessões do Júri sem qualquer respaldo documental caracteriza violação a dever funcional. Condenação confirmada. – Pedidos puros e simples de exclusão de qualificadoras em Plenário, devidamente analisados pelos jurados, estão no âmbito da independência funcional. Absolvção destas imputações que se impõe. – Pedido de Revisão Disciplinar parcialmente procedente, para aplicar a pena de suspensão de quatro dias”.

³⁵ “RECURSO INTERNO EM RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ALEGAÇÃO DE PREVARICAÇÃO. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. O entendimento do membro do Ministério Público, na sua atividade finalística, está resguardado pela independência de juízo, somente controlável, pelos órgãos de Administração Superior e por este Conselho Nacional do Ministério Público, quando de teratologia tal que resvale na própria seara disciplinar. 2. No caso dos autos, todas as decisões dos membros reclamados foram devidamente fundamentadas. 3. Não houve desrespeito a deveres funcionais. 4. Recurso conhecido e não provido”.

³⁶ Os limites da independência funcional no Ministério Público. <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesindep.pdf>. Acesso em: 26 de janeiro de 2015.

conduta de um Promotor de Justiça, em um processo criminal, em que o réu foi condenado pela posse de algumas gramas de cocaína, com base no ora revogado artigo 16 da Lei nº 6.368/76. O sentenciado apelou e o Promotor opinou pela absolvição do recorrente, por considerar que o fato não constituía infração penal (art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal). O Procurador de Justiça que atuava junto ao Tribunal de Justiça comunicou o fato à Corregedoria-Geral do Ministério Público que anotou um conceito “insuficiente” na ficha funcional do Promotor, por considerar que ele havia negado vigência à antiga Lei de Tóxicos, ainda que tivesse invocado, em manifestação fundamentada, a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei nº 6.368/76. O Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, em recurso protocolado pelo Promotor de Justiça, reformou a decisão do Corregedor-Geral, com fundamento no princípio da independência funcional. Sustentou que, sem a proteção desse princípio, os órgãos do Ministério Público seriam meros funcionários subordinados ou hierarquizados, o que retiraria toda a nobreza da instituição, construída com base na mesma liberdade funcional dos demais agentes políticos e semelhante àquelas dos membros do Poder Judiciário em seus julgamentos.

Com efeito, não se admite o patrulhamento ideológico da instituição (Órgãos da Administração Superior ou do Conselho Nacional de Justiça), já que isso esvaziaria o princípio da independência funcional. Apesar disso, tal princípio não é absoluto, pois é admissível o controle da atuação funcional em casos de extrema gravidade, de sério e inaceitável desvio funcional, provocado por negligência ou dolo, o que não exclui a imposição de sanções disciplinares, em casos teratológicos, mesmo quando em exame o conteúdo de manifestações processuais³⁷.

A questão quanto à existência de limites ao princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público foi objeto de intenso debate, pela 2ª Turma, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança 28.408³⁸. No caso examinado, Procurador de Justiça do Estado do Espírito Santo requereu, em 21 de junho de 2009, providências ao Conselho Nacional do Ministério Público em relação à conduta de Promotor de Justiça que, em suas manifestações processuais requeria que o órgão do Ministério Público, em segundo grau, não fosse intimado para a apresentação de parecer recursal, após a apresentação de razões ou contrarrazões de recurso da mesma instituição com atuação em primeira instância. O CNMP, em 20 de outubro de 2009, julgou procedente a Representação para a Preservação da autonomia do Ministério Público nº 757/2009-40, protocolada pelo Procurador de Justiça, determinando que o Promotor de Justiça se absteresse de formular requerimentos para os feitos em que atua fossem julgados sem a intimação do órgão do Ministério Público em segundo grau. Além disso, decidiu que a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Espírito Santo instaurasse procedimento administrativo disciplinar para apurar eventual falta funcional do Promotor de Justiça.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 18/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 12-06-2014 PUBLIC 13-06-2014.

Contra a decisão do CNMP, o Promotor de Justiça impetrou mandado de segurança no STF. Argumentou que o Conselho Nacional do Ministério Público, pelo artigo 130-A, § 2º, da CF, não possuía competência para apreciar a legalidade dos atos decorrentes das funções institucionais do Ministério Público, cuja análise estaria reservada ao Poder Judiciário pelos meios de controle previstos no ordenamento jurídico.

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 28.408, denegou a segurança. Concluiu que a independência funcional, garantida ao impetrante, pelo artigo 127, § 1º, da CF, *não é irrestrita*, pois o membro do Ministério Público deve respeito à Constituição e às leis (o artigo 41, inc. IV, da Lei nº 8.625/1993 estabelece, como prerrogativa dos membros do Ministério Público, “receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista”; ademais, o artigo 85, incisos II e III, da Lei Orgânica do MP do Espírito Santo dispõe, entre as prerrogativas dos seus membros, “II – ter vistas dos autos após distribuição aos órgãos perante os quais oficiem e intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato” e “III – receber notificação e intimação pessoal em qualquer processo ou procedimento, através da entrega dos autos com vista”). Conclui, pois, que não poderia o impetrante, a pretexto de exercer sua independência funcional, formular requerimentos que tolhessem prerrogativas igualmente garantidas, pela Constituição da República, ou pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, aos demais órgãos e membros do Ministério Público que atuam em segunda instância.

Além disso, o STF decidiu que compete ao Conselho Nacional do Ministério Público zelar pela autonomia funcional do Ministério Público, conforme dispõe o inc. I do § 2º do art. 130-A da Constituição da República³⁹.

De qualquer modo, é importante salientar que é um equívoco afirmar que um princípio jurídico – mesmo com a relevância da independência funcional – é absoluto. A pós-modernidade⁴⁰ exige a construção de uma *dogmática jurídica*

³⁹ Porém, é curioso notar que, no MS 28028 (Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 30/10/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 06-06-2013 PUBLIC 07-06-2013), a mesma Turma concedeu mandado de segurança para cassar acórdão do Conselho Nacional do Ministério Público, no Procedimento de Controle nº 368/2008-33, sob o argumento de que o CNMP não poderia adentrar no controle da atividade-fim do Ministério Público. Tratava-se de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), firmado pela Promotoria de Justiça da Comarca de Cariacica, no Estado do Espírito Santo, em possível infração ambiental decorrente de infração sonora, em que Cleber dos Santos se comprometeu em recolher, como compensação ambiental, o valor de R\$ 1.000,00. Encaminhado do TAC, para a homologação do Conselho Superior do Ministério Público do Espírito Santo, o órgão colegiado determinou a anulação do procedimento preparatório, por entender que inexistia suporte probatório mínimo para subsidiar o TAC firmado. O membro do Ministério Público em primeiro grau levou a questão ao CNMP que, em procedimento de controle administrativo, anulou a decisão do Conselho Superior do MPES e manteve o TAC, por considerar que tal Conselho Superior somente deveria intervir se houvesse algum vício passível de nulidade, não competindo adentrar no mérito do TAC, sob pena de intervenção indevida. Entretanto, diversamente do que ocorreu no julgamento do MS 28.408, quando houve o exame de manifestação processual (atividade-fim, portanto), o STF reconheceu, de forma manifestamente incongruente, que o CNMP não poderia analisar a atividade-fim do Conselho Superior do Ministério Público estadual, em relação ao TAC.

⁴⁰ Uma das características dos tempos modernos é a relação cambiante entre espaço e tempo, como explica Zygmunt Bauman: “Graças a sua flexibilidade e expansividade recentemente adquiridas, o tempo moderno

“líquida” ou “fluída” capaz de lidar com elementos heterogêneos⁴¹, presentes em Constituições compromissórias como a brasileira. Logo, os conceitos devem manter a sua autonomia e conviver sem choques destrutivos, mesmo que existam certos movimentos de oscilação, a fim de que um componente não elimine os demais⁴², porque uma dogmática rígida não atende aos objetivos da ciência e da política constitucionais. Portanto, o único conteúdo “sólido” das Constituições atuais e que precisa ser, intransigentemente, defendido é a *pluralidade de valores e de princípios*⁴³.

Como bem assinalou Gustavo Zagrebelsky, a concepção do direito “por princípios” não constitui uma *ameaça à certeza dos direitos*, porque *tem os pés na terra e não tem a cabeça nas nuvens*: a terra é tanto o ponto de partida, para o desenvolvimento do ordenamento jurídico, quanto o de chegada.⁴⁴ Os princípios se preocupam em conformar a realidade conforme os valores que a ela conferem. Logo, *as consequências práticas* do direito não estão fora da sua aplicação, como pretendia o positivismo jurídico, sendo seu elemento qualitativo. Isso não implica concluir que os fatos devem ter prioridade sobre as normas, mas em sustentar posição de harmonização entre esses dois momentos indissociáveis de aplicação do direito. Também possibilita fazer com que o direito se volte à realidade, devendo operar, em cada caso concreto, segundo o valor que os princípios a ela assinalam, fazendo com que a validade da norma não se limite ao que dispõe o texto legislativo. Mostra, destarte, que não basta considerar o “direito dos livros”, mas levar em conta o “direito em ação” (ou, em outros termos, que o direito “vivente” não é, exclusivamente, aquele que está escrito nas leis); rejeita apenas a “validez lógica”, reclamando por uma “validez prática”⁴⁵. Portanto, sendo a Constituição constituída de princípios e contendo os princípios conceitos (como humanidade, dignidade, igualdade, liberdade etc.) que se modificam no tempo, a Constituição é “viva”, porque aberta à evolução da cultura jurídica⁴⁶.

O princípio da independência funcional garante imunidade ao membro do Ministério Público contra as pressões *externas* (dos agentes dos poderes do Estado e dos agentes do poder econômico)⁴⁷ e *internas* (dos órgãos da Administração Superior

se tornou, antes e acima de tudo, a arma na conquista do espaço. Na moderna luta entre tempo e espaço, o espaço era o lado sólido e impassível, pesado e inerte, capaz apenas de uma guerra defensiva, de trincheiras – um obstáculo aos avanços do tempo. O tempo era o lado dinâmico e ativo na batalha, o lado sempre na ofensiva: a força invasora, conquistadora e colonizadora. A velocidade do movimento e o acesso a meios mais rápidos de mobilidade chegaram nos tempos modernos à posição de principal ferramenta do poder e da dominação.” (*Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 17).

⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.* p. 17.

⁴² *Idem. Ibidem.*

⁴³ *Idem. Ibidem.*

⁴⁴ *Idem. p. 122.*

⁴⁵ *Idem. Ibidem.*

⁴⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madri: Trotta Editorial, 2007. p. 98.

⁴⁷ Não se pode ignorar que na história brasileira recente várias foram as iniciativas para tolher a atuação do Ministério Público brasileiro, como a Proposta de Emenda Constitucional nº 37/2011, que pretendia alterar o artigo 144, § 10º, da Constituição Federal, para retirar do MP o poder de investigação criminal, bem como o Projeto de Lei nº 2.961/97 (conhecido como Lei da Mordalha), que pretendia classificar como crime a manifestação do Promotor de Justiça, entre outras autoridades, em qualquer meio de comunicação, impedindo a manifestação de opinião ou a divulgação sobre a investigação, mas também a revelação de

do Ministério Público), mas não assegura que o agente ministerial possa agir *contra legem* ou mesmo, com base em pautas pessoais ou subjetivas, que contrariem os objetivos institucionais, presentes na Constituição Federal, assumidos perante a sociedade brasileira⁴⁸.

Quando se afirma que o membro do Ministério Público, no exercício de suas funções, deve somente obediência ao direito e à sua consciência, não significa que ele esteja autorizado a adotar juízos estritamente pessoais. A consciência, que legitima a aplicação do princípio da independência funcional, é a *consciência ética*, informada por valores *universais e impessoais*, pautados na democracia e na justiça social, capazes de traduzir o compromisso transformador que o Ministério Público assumiu, pela via constitucional, com a sociedade brasileira⁴⁹.

De igual modo, o agir do Ministério Público não decorre da obediência cega à lei, mas da utilização do direito como instrumento político de transformação social, voltado à concretização da Constituição dirigente, à defesa dos direitos fundamentais, com especial atenção à tutela dos interesses das pessoas “invisíveis”, dos excluídos, dos vulneráveis e dos que estão à margem do mínimo existencial⁵⁰.

fatos que tenha ciência em razão do cargo e que violem o interesse público. No XIV Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Recife, em 2001, uma das teses se referia ao Projeto de Lei nº 2.961/97 e assim asseverava: “O controle quanto a qualquer excesso sem restringir a garantia do livre exercício das funções institucionais é de ser realizado pela Instituição, através dos próprios órgãos existentes. O que não se aceita é a indevida ingerência do poder legislativo, que visa apenas impedir a liberdade de ação, negando ou restringindo o formidável leque de funções conferidas ao *Parquet* pela Constituição Federal de 1988” (ROSA, Maria Alice da; GODOY FILHO, Raul de. A ética e o livre exercício das funções institucionais pelo Ministério Público. In: *Congresso Nacional do Ministério Público. Livro de teses*: Ministério Público e cidadania. Vol. 3. Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001. p. 28).

⁴⁸ GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 136.

⁴⁹ GOULART, Marcelo Pedroso. *Op. cit.* p. 135.

⁵⁰ Gilberto Giacoia, ao tratar de conselhos aos jovens Promotores, afirmou a existência de dois cuidados: a falta de vocação, de um lado, e o excesso de vocação, de outro: “Penso que há dois cuidados a se tomar situados em dois eixos que poderiam se complementar. O primeiro é o da falta de vocação. As novas gerações de promotores vivem um universo psicológico de cruel competição no campo das carreiras jurídicas. A disputa passa a reclamar uma formação excessivamente técnica no sentido do conhecimento formal do direito. E a busca pelo melhor lugar, no plano da colocação funcional de destaque em termos de importância de remuneração e de posto na República, acaba por gerar o que se propaga, até com um certo tom jocoso, como ‘geração concurseira’. Essa falta de compromisso com os ideais institucionais, esse desapego vocacional, esse desamor filial, acabam sendo muito graves na consolidação de uma cultura própria de Ministério Público e que tanto nos credencia junto à sociedade. Lembro-me, aqui, da emotiva história de Philomena, recentemente reproduzida nas telas. E como nela se enfatiza a importância de nossas raízes. O ideal de MP deve estar introjectado na alma do promotor de justiça. O segundo eixo talvez seja o de excesso de vocação. Há aqueles que, entusiasmados demais, tomam uma postura unigênita. Cogitam habitar uma instituição insular, esquecendo-se que somos constelação e que não detemos o monopólio da verdade e da virtude. Que devemos relações republicanas. Aqui, a importância da permanente prática da humildade, do afastamento da arrogância e da truculência institucional, bem como da proximidade de uma visão humanista de nossa vocação. Em outras palavras, há que se ter claro que é muito mais promotor de justiça o agente político de transformação social que o dogmático, o possuidor de um inflexível tecnicismo, às vezes comodista, gramatical, semântico e literal, que muito se afasta do que esperam de nós. Pontes de ouro, canais condutores, num atuar preponderantemente preventivo, gradativamente politizando a sociedade. Por isso mesmo, nossos gabinetes devem ser sem portas” (Entrevista. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, nº 1, dez./2014, p. 16). Verificar, ainda: GIACOLA, Gilberto. Ministério público vocacional. *Revista Jurídica*, Ministério Público de São Paulo/Associação Paulista do Ministério Público, nº 197, jul./dez. 2007, p. 279-286.

Os membros do Ministério Público possuem deveres institucionais, ligados à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF). Assim, a independência funcional não pode ser invocada para contrariar os fins estabelecidos, pela Constituição Federal, ao Ministério Público. Portanto, impor limitações à independência funcional não significa negá-la, mas sim adequá-la aos deveres inerentes à destinação institucional do Ministério Público.

Tal como a liberdade está sujeita à lei, a independência funcional do Ministério Público deve ser harmonizada com outros princípios, como os da legalidade, moralidade e eficiência. Assim, presente uma hipótese em que a lei determina o agir ministerial, não pode o membro do Ministério Público deixar de atuar, seja para instaurar um procedimento administrativo, realizar uma diligência, propor uma ação, recorrer ou simplesmente participar de um ato judicial. A recusa em agir deve ser justificada, em elementos fáticos e jurídicos. Assim, não existe independência funcional para violar a lei, os deveres éticos do Ministério Público e o planejamento estratégico que permite, de forma organizada, otimizar os recursos públicos para que a instituição possua efetividade mínima necessária para ser reconhecida como essencial à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Dessa maneira, o trabalho do membro do Ministério Público deve ser informado pelo planejamento institucional estratégico capaz de otimizar os recursos humanos e potencializar os resultados dos esforços e ações ministeriais para promover o desenvolvimento humano, social, político e econômico esperado pela sociedade brasileira⁵¹.

5. Aplicação do Princípio da Independência Funcional pelos Tribunais Superiores

A conformação jurisprudencial do princípio da independência funcional tem gerado debates nos Tribunais Superiores.

No HC 243.676/SP⁵², a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em processo penal em que o acusado havia sido denunciado por roubo majorado e extorsão mediante sequestro, um membro do Ministério Público, em alegações finais, pediu a absolvição quanto ao delito de extorsão mediante sequestro. O juiz absolveu o acusado, em relação a este crime, e outro Promotor de Justiça apelou da decisão. O Ministro-Relator, Sebastião Reis Júnior, entendeu que houve preclusão para o Ministério Público, que não poderia recorrer da sentença por ausência de interesse processual. Afirmou que, no caso de um membro do Ministério Público ter se manifestado pela absolvição em

⁵¹ "Interessa à sociedade que cada um dos membros do Ministério Público atue afinado com os objetivos fundamentais da Instituição, a fim de que a atuação desta resulte em alterações perceptíveis da realidade social" (PROENÇA, Luis Roberto. Planejamento estratégico da atuação do Ministério Público. In: *Congresso Nacional do Ministério Público. Livro de teses: Ministério Público e cidadania*. Vol. 3. Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001. p.47).

⁵² Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, julgado em 15/10/2013, DJe 04/08/2014.

alegações finais, e a sentença acatar essa manifestação, outro Promotor de Justiça não pode impugnar a sentença, para requerer ao Tribunal a condenação, porque – embora a independência funcional não retire do Ministério Público a faculdade de retratação de seus posicionamentos – as funções desempenhadas por seus integrantes não tem vinculação pessoal, mas representam a manifestação de todo o corpo da instituição. Contudo, prevaleceu o voto do Ministro Rogerio Schietti Cruz, pelo qual é possível a membro do Ministério Público interpor apelação, postulando a condenação do acusado, mesmo quando a sentença acolhe manifestação de outro Promotor de Justiça que, em alegações finais, requereu a absolvição do réu. A divergência de posições entre integrantes da instituição não elimina o conflito entre o interesse punitivo do Estado, representado pelo Ministério Público, e o interesse de proteção à liberdade do indivíduo. O Ministério Público é regido pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal pública que impõe a sua propositura e a sua condução até o seu desfecho, ainda que, eventualmente, um membro possa se posicionar de forma diferente a de outro. Não prevalece no processo penal o instituto da sucumbência, tal como concebido no âmbito do processo civil, que se mede única e exclusivamente pela comparação entre o que foi pedido e o que foi concedido.

A mesma linha de raciocínio prevaleceu no julgamento do RHC 30.353/RN⁵³, quando se discutiu a existência de materialidade de crime de tortura (art. 1º, inc. II, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.455/1997), em que o laudo pericial não foi conclusivo no sentido da vítima ter morrido em decorrência de agressões, nem ter excluído a possibilidade de ter sofrido trauma na cabeça decorrente de uma queda. O Promotor de Justiça pediu o arquivamento do inquérito policial, pela ausência de comprovação da materialidade delitiva. O magistrado discordou desse entendimento e, com fundamento no artigo 28 do Código de Processo Penal, remeteu os autos ao Procurador-Geral de Justiça, que designou outro Promotor para requerer novas diligências à autoridade policial, tendo culminado no oferecimento da denúncia. O STJ confirmou a legalidade do procedimento, em razão da autonomia e da independência funcionais dos membros do Ministério Público.

Apesar da orientação majoritária do Superior Tribunal de Justiça, a exegese do artigo 127, § 1º, da Constituição Federal ainda não é pacífica. Tanto é que, em 11 de setembro de 2011, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no Recurso Extraordinário 590.908. Neste Recurso, o Ministério Público de Alagoas (MP-AL) pede a reforma de decisão do Tribunal de Justiça estadual que entendeu que uma Promotora de Justiça estaria vinculada ao entendimento de seu antecessor, que teria pedido a impronúncia de um réu na fase de alegações finais, não podendo recorrer da decisão de primeira instância que acolheu o parecer do Ministério Público que pediu que o acusado não fosse levado ao Tribunal do Júri. O MP-AL invocou a violação do princípio da independência funcional para pedir que o réu seja pronunciado e, posteriormente,

⁵³ Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 04/09/2013.

submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri. A repercussão geral foi reconhecida pelos Ministros Dias Toffoli, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Em sentido contrário, consideraram que a controvérsia não possui repercussão geral os Ministros Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Luiz Fux, que entenderam que a causa versa sobre a existência de preclusão do direito do Ministério Público, que atua em uma mesma instância, de recorrer da decisão do Tribunal de Justiça. Para o Ministro Ricardo Lewandowski, a discussão sobre a ocorrência de preclusão lógica, em face dos princípios da unidade e indivisibilidade do Ministério Público, e da violação da independência funcional, não ultrapassa o interesse subjetivo das partes. Ultrapassado o reconhecimento da repercussão geral, cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir se o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, ao considerar que a Promotora de Justiça não poderia recorrer de decisão de impronúncia, baseada em parecer de outro membro do Ministério Público, violou o princípio da independência funcional. Tal repercussão geral é a de número 496 e os autos estão conclusos com o Relator, Ministro Celso de Mello, desde 14 de junho de 2012.

Em outros julgamentos, todavia, o Supremo Tribunal Federal interpretou o princípio da independência funcional do Ministério Público.

No HC 102.147-Agr⁵⁴, embora sem fazer expressa menção ao princípio da independência funcional, a 2ª Turma considerou que a ocorrência de opiniões colidentes manifestadas, em momentos sucessivos, por Procuradores de Justiça oficiantes no mesmo procedimento jurídico, não ofende o postulado do Promotor Natural, em face da autonomia intelectual que qualifica a atuação do Ministério Público. Tratava-se de processo criminal, em que o Procurador de Justiça que elaborou o parecer recursal opinou pela impronúncia do réu, enquanto que o Procurador, que atuou na sessão de julgamento do recurso em sentido estrito perante a Primeira Câmara do Tribunal de Justiça de Goiás, distribuiu memoriais e manifestou pela confirmação da sentença de pronúncia. No corpo do acórdão, o Min. Celso de Mello asseverou que a “garantia da independência funcional, viabilizada, entre outras, pela prerrogativa de inamovibilidade, reveste-se de caráter tutelar. É de ordem institucional (CF, art. 127, § 1º) e, nesse plano, acentua a posição autônoma do Ministério Público em face dos Poderes da República, com os quais não mantém vínculo de qualquer subordinação hierárquico-administrativa”.

No HC 80.315⁵⁵, a 1ª Turma decidiu que a concordância do Promotor de Justiça com a tese da defesa, deduzida na apelação, não vincula, em razão do princípio da independência funcional, os órgãos da instituição que oficiam junto ao Tribunal, de modo a inibi-los de interpor recurso especial contra a decisão que, provendo o recurso da defesa, desclassificou a infração.

⁵⁴ Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

⁵⁵ Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 29/08/2000, DJ 13-10-2000 PP-00011 EMENT VOL-02008-03 PP-00534.

No HC 77.041⁵⁶, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais impetrou *habeas corpus* contra decisão do Tribunal de Justiça que anulou transação penal e, de consequência, determinou o prosseguimento do processo penal. O paciente havia sido denunciado pelo crime tipificado no artigo 299 do Código Penal (falsidade ideológica) e, após o recebimento da peça acusatória, por ocasião de seu interrogatório, o Promotor de Justiça propôs transação penal para a imediata aplicação de pena de multa, que foi aceita pelo paciente e homologada pelo juiz por sentença, na qual declarou-se extinta a punibilidade. O próprio Promotor de Justiça, percebendo que a pena cominada ao delito não autorizava (art. 61 da Lei 9.099/95) a admissibilidade da transação penal, interpôs recurso em sentido estrito (art. 581, inc. III, CPP) para sustentar que não era admissível a transação penal na espécie. O Tribunal de Justiça mineiro, recebendo o recurso como apelação, deu-lhe provimento. O Supremo Tribunal Federal considerou que o Ministério Público, como *custos legis*, possui legitimidade para recorrer e, com base no princípio da independência funcional, pode manifestar-se de forma divergente, inclusive no mesmo processo.

Ainda, no HC 69.957⁵⁷, a 2ª Turma do STF decidiu que o não falta interesse processual ao Promotor de Justiça para recorrer de sentença absolutória, em que outro membro da instituição, nas alegações finais, havia pedido a absolvição do acusado. Isto porque a manifestação do Ministério Público, em alegações finais, não vincula o julgador, tal como sucede com o pedido de arquivamento de inquérito policial (art. 28/CPP) ⁵⁸.

Portanto, embora não exista uma solução definitiva quanto ao alcance do princípio da independência funcional, devendo-se aguardar o julgamento da Repercussão Geral nº 496 pelo STF, há vários julgados que confirmam a importância e o alcance desse princípio-garantia para o Ministério Público.

6. Dimensão Argumentativa do Princípio da Independência Funcional

A *pretensão de universalidade* é uma exigência da argumentação jurídica. *Argumentação universal* é aquela aceita, de forma geral, dentro da sociedade e do sistema jurídico no qual ela está inserida, sendo racionalmente compreensível por todos⁵⁹. Assim, os intérpretes jurídicos não podem valer-se de argumentos que somente façam sentido para um grupo, e não para a totalidade das pessoas⁶⁰.

⁵⁶ Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 26/05/1998, DJ 07-08-1998 PP-00022 EMENT VOL-01917-03 PP-00489.

⁵⁷ Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 09/03/1993, DJ 25-03-1994 PP-05996 EMENT VOL-01738-01 PP-00159.

⁵⁸ No mesmo sentido, conferir: HC 108.459-CE, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-222, divulg 22-11-2011, pub. 23-11-2011.

⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 126.

⁶⁰ *Idem*. p. 126-127. Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, ao explicarem o conceito de *auditório universal*, criticam a argumentação não dirigida ao convencimento de todos: "Toda argumentação que visa somente a um auditório particular oferece um inconveniente, o de que o orador, precisamente na medida em que se adapta ao modo de ver de seus ouvintes, arrisca-se a apoiar-se em teses que são estranhas, ou mesmo

Tanto os membros do Ministério Público (promotores e procuradores) quanto os demais órgãos do Ministério Público (como o Conselho Superior e o Colégio de Procuradores) possui independência funcional em relação ao exercício das *atividades-fim*, podendo formar sua convicção com base na interpretação razoável da Constituição, das leis e dos fatos jurídicos.

Exceto nas hipóteses previstas em lei (como nos casos de delegação de atribuição originária do Procurador-Geral ou de rejeição de arquivamento de inquérito policial ou civil, arts. 28/CPP e 9º da Lei de Ação Civil Pública), os membros ou órgãos do Ministério Público não podem receber ordens, como instaure ou deixe de instaurar um procedimento administrativo, proponha ou deixe de propor uma ação, recorra ou deixe de recorrer, adote esta ou aquela tese jurídica⁶¹.

Os membros do Ministério Público são agentes políticos e, tal como os membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, possuem plena liberdade funcional para agirem na esfera de atribuições conferida pela ordem jurídica.

Na hipótese de exercício irregular das funções, os Membros do Ministério Público podem ser responsabilizados civil, penal e disciplinarmente.

Em outras palavras, a independência funcional é uma prerrogativa dos membros do Ministério Público que devem fazer cumprir a Constituição e as leis sem o temor de contrariar os detentores dos poderes políticos e/ou econômicos. Por isso, a independência funcional se desdobra em duas funções: i) o poder de atuar livremente, conforme a sua consciência e o que determina a ordem jurídica, sem vincular-se a ordens superiores no desenvolvimento de suas atividades-fim; ii) a independência para buscar a consecução do disposto no artigo 127, *caput*, da Constituição Federal sem o risco de serem responsabilizados pelos atos praticados no estrito cumprimento de suas funções⁶².

Tal como os juízes têm livre convencimento para decidirem as causas que lhe são submetidas (art. 131/CPC-73)⁶³, não podendo responder por perdas e danos na hipótese de culpa (art. 133/CPC-73)⁶⁴, os membros do Ministério Público também

francamente opostas, ao que admitem outras pessoas que não aquelas a que, naquele momento, ele se dirige. Esse perigo fica aparente quando se trata de um auditório heterogêneo, que o autor deve decompor para as necessidades de sua argumentação. Isso porque esse auditório, tal como uma assembleia parlamentar, deverá reagrupar-se em um todo para tomar uma decisão, e nada mais fácil, para o adversário, do que voltar contra o seu predecessor imprudente todos os argumentos por ele usados com relação às diversas partes do auditório, seja opondo-os uns aos outros para mostrar a incompatibilidade deles, seja apresentando-os àqueles a quem eram destinados. Daí a fraqueza relativa dos argumentos que só são aceitos por auditórios particulares e o valor conferido às opiniões que desfrutam uma aprovação unânime, especialmente da parte de pessoas ou grupos que se entendem em muito poucas coisas" (*Teoria da argumentação. A nova retórica*. Trad. de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 34-5).

⁶¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 226.

⁶² GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 140.

⁶³ No artigo art. 368 do NCPC (na versão aprovada pelo Senado Federal em dezembro de 2014), o "juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento".

⁶⁴ No artigo art. 143 do NCPC (na versão aprovada pelo Senado Federal em dezembro de 2014), o "juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I – no exercício de suas funções, proceder

gozam da independência para buscar o cumprimento da ordem jurídica sem ter de se submeter às pressões dos poderosos ou sob o risco de serem responsabilizados por eventuais erros na sua atuação, salvo se cometidos com dolo ou fraude (art. 85/CPC-73)⁶⁵.

Entretanto, nas *atividades-meio*, devem os membros de o Ministério Público seguir as instruções, resoluções, recomendações e atos normativos das autoridades administrativas da própria instituição (v.g., preencher os relatórios e manter os livros exigidos pela Corregedoria-Geral do Ministério Público, submeter-se a inspeções e correições das respectivas Corregedorias, inclusive a do CNMP, cumprir as metas, objetivos e indicadores traçados pelo planejamento estratégico).

A Constituição Federal estabelece princípios institucionais-garantia para permitir que os Membros do Ministério Público, na tarefa de zelar pela vontade geral, fiquem imunes às pressões dos poderes políticos e econômicos, bem como do crime organizado, e possam atuar, com segurança, contra os setores da sociedade, que resistem às transformações sociais e se organizam para a prática de ilicitudes⁶⁶. A Constituição Federal de 1988 tanto valorizou a independência e a autonomia do Ministério Público que considera crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos atentatórios ao livre exercício da instituição (art. 85, inc. II, CF)⁶⁷.

A sociedade, para combater esses segmentos que resistem a cumprir a ordem jurídica, dificultam a consagração do regime democrático e/ou violam os interesses sociais e individuais indisponíveis, precisa que os agentes políticos do Ministério Público estejam imunes às pressões dos detentores do poder. Portanto, os princípios institucionais-garantia do Ministério Público, previstos na Constituição Federal, a independência funcional, a inamovibilidade, o promotor natural, a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos protegem os agentes ministeriais para que possam exercer suas funções em benefício da proteção dos interesses sociais relevantes.

Logo, a independência funcional, prevista no artigo 127, § 1º, da Constituição Federal, é um princípio de proteção, em primeiro plano, da sociedade como um todo e, apenas em segundo plano, dos membros do Ministério Público, para que sua atuação seja livre de quaisquer pressões, baseada na livre convicção motivada, mas sempre voltadas à consecução dos fins constitucionais do Ministério Público (art. 127, *caput*, CF)⁶⁸.

com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de dez dias”.

⁶⁵ No artigo art. 181 do NCPC (na versão aprovada pelo Senado Federal em dezembro de 2014), o “membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

⁶⁶ GOULART, Marcelo Pedrosa. *Op. cit.* p. 135.

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p. 1680.

⁶⁸ “A independência funcional dos membros do Ministério Público encerra norma protetiva da ordem jurídica e da sociedade como um todo e, apenas em segundo plano, aos membros do *Parquet*, permitindo que a atuação funcional seja livre de quaisquer pressões, externando tão somente a livre convicção motivada do membro.” (CNMP, Processo 628/2010-95, julgado em 08 de novembro de 2010).

7. Vinculação do Planejamento Estratégico do Ministério Público e Independência Funcional

O Ministério Público brasileiro possui um Planejamento Estratégico Nacional, construído sob a coordenação do Conselho Nacional do Ministério Público. Ele visa o fortalecimento da instituição e foi pensado a partir da adoção de uma agenda estratégica capaz de alinhar os ramos do Ministério Público brasileiro entorno de objetivos comuns voltados para a melhoria dos serviços prestados à sociedade.

O Planejamento Estratégico Nacional do Ministério está baseado no respeito das autonomias e da independência funcional de cada um dos ramos do Ministério Público brasileiro. O escopo é definir diretrizes convergentes que possam contribuir para a maior eficiência do Ministério Público brasileiro.

O primeiro mapa estratégico nacional foi elaborado para vigorar entre 2010 e 2015. Fixou, como missão, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, buscando a concretização dos valores democráticos e da cidadania. Apontou, como visão de futuro para o Ministério Público, ser uma instituição reconhecida como transformadora da realidade social e essencial à preservação da ordem jurídica e do regime democrático. Indicou que a gestão estratégica do Ministério Público deve ser orientada pela unidade e eficiência da atuação institucional e operacional, pelo compromisso com a comunicação e com o relacionamento institucional, com a profissionalização da gestão e com o aperfeiçoamento da tecnologia da informação. Ainda, prevê, como principais retornos à sociedade, a defesa dos direitos fundamentais, a transformação social, a indução de políticas públicas e a diminuição da criminalidade.

Por sua vez, cada unidade do Ministério Público da União e os Ministérios Públicos Estaduais possuem seu planejamento estratégico com objetivos, metas, indicadores, planos, projetos e programas a serem desenvolvidos por cada uma dessas instituições.

De início, é preciso afastar a ideia da existência de uma absoluta incompatibilidade entre o princípio da unidade e o da independência funcional. Tal sugestão deve ser evitada, ao contrário do que induz Emerson Garcia, ao afirmar que não pode falar em independência onde há hierarquia⁶⁹. Aliás, o próprio autor ensina que não há direitos absolutos, no Estado Democrático de Direito, o que exige o estabelecimento de critérios para a solução dos conflitos normativos e das colisões entre princípios⁷⁰.

Ao contrário, é preciso buscar a harmonização dos princípios da unidade e da independência funcional. O princípio da unidade não indica, tão somente, que o Ministério Público é uma instituição incindível, sujeita a uma única Chefia, estando todos os seus membros subordinados administrativamente ao Procurador-Geral. O princípio da unidade, contudo, vai além dessa definição tradicional, pois, ao ser consagrado no artigo 127, § 1º, da Constituição Federal, adquiriu conotação política. Isto é, tal princípio informa e orienta a atuação político-institucional do Ministério

⁶⁹ *Op. cit.* p. 130.

⁷⁰ GARCIA, Emerson. *Op. cit.* p. 141.

Público que, pela definição de critérios objetivos fixados na estratégia institucional, consagradas em planos e programas de atuação, que contemplam as prioridades e os meios de ação para o cumprimento da estratégia, forma uma unidade ideológica e de ação⁷¹. Assim, se o princípio da independência funcional afasta qualquer forma de ingerência nas atividades-fim desenvolvidas pelos membros do Ministério Público, não impede que os órgãos da Administração Superior, pela permanente mobilização dos membros da instituição no sentido de concretizar os objetivos estratégicos e no fornecimento dos meios e dos suportes materiais necessários ao cumprimento das metas estabelecidas no planejamento estratégico, garanta a unidade política, ideológica e de ação estratégica do Ministério Público.

Como mandados de otimização, ambos os princípios – da unidade e da independência funcional – podem conflitar, mas tal conflito deve ser solucionado com respeito às diretrizes gerais traçadas para toda a instituição – que deve seguir os objetivos, metas e diretrizes traçados pelo planejamento estratégico, construído de forma democrática pelos membros do Ministério Público (isto é, de forma a ser uma política institucional impessoal, que coloca o sentimento coletivo majoritário acima das percepções, vontades ou opiniões individuais) – e, destarte, sem prejuízo das convicções jurídicas, políticas e ideológicas dos promotores e procuradores, todos chamados a contribuir com a construção dos objetivos institucionais prioritários. Quem tem a ganhar com isso é a própria instituição, que se fortalece, e, principalmente, a sociedade, com ações integradas capazes de obtenção de resultados mais eficientes. Assim, ao adotar estratégias regionais comuns para cuidar dos rios que integram a bacia hidrográfica da comarca em que o Promotor atua ou vincular-se a políticas institucionais de proteção ao patrimônio público, por exemplo, não se viola a independência funcional, mas potencializa-se a unidade institucional na busca por resultados mais eficientes na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais homogêneos⁷².

Nesse sentido, é importante destacar que a reorganização do Ministério Público de Minas Gerais, para a atuação por bacia hidrográfica e para a proteção do meio

⁷¹ GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério Público: objetivo estratégico e princípios institucionais. In: *Congresso Nacional do Ministério Público. Livro de teses: Ministério Público e cidadania*. Vol. 3. Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001. p.40-41.

⁷² Ao tratar do Plano Estratégico Nacional (PEN), a então Conselheira do CNMP Cláudia Chagas bem asseverou: “O MP tem uma missão relevante e para o seu bom desempenho precisa da autonomia institucional e da independência funcional. São dois conceitos indissociáveis da nossa atuação. Não é possível, contudo, que consideremos que os valores da autonomia e da independência sejam incompatíveis com a unidade, que também está prevista na Constituição Federal. Diante disso, PEN é uma oportunidade para promovermos uma maior integração entre os diversos ramos e unidades. É a possibilidade de encontrar convergências na diversidade e construir a unidade respeitando a autonomia. Certamente é um marco para o MP brasileiro, pois se trata de uma iniciativa inédita que vem recebendo amplo apoio e certamente será aperfeiçoado ao longo do tempo. Pretende-se iniciar um processo na busca do aperfeiçoamento e de uma maior eficiência do MP brasileiro. A intenção é que o PEN tenha continuidade independentemente de quem esteja à frente das instituições participantes.” (Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/artigos/3485-o-planejamento-e-a-possibilidade-de-construir-uma-unidade-respeitando-a-autonomia-do-mp-brasileiro?highlight=WYjpbmRlcGVuZFx1MDEBYW5jaWEiLCJpbmRlcGVuZFx1MDEBYW5jaWEgZnVhcnV2I2VbmFslI0=>Acesso em: 28 de janeiro de 2015.).

ambiente natural, cultural e urbanístico, foi o projeto vencedor da categoria Ministério Público, do Prêmio Inovare em 2010, cujo tema foi a desburocratização da Justiça: pesquisa e modernização da Justiça brasileira. O projeto reorganização por bacia hidrográfica foi criado em 2001, a partir de parceria entre o MPMG e o Ministério do Meio Ambiente, para a revitalização do Rio São Francisco. A ação dos membros do MP passou a ser otimizada e uniforme, o que permitiu excelentes resultados na proteção e recuperação das matas ciliares e áreas de recarga hídrica devastadas, das glebas degradadas pela mineração e o reflorestamento, decorrente da ocupação irregular do solo e da poluição das águas por esgoto doméstico, efluentes industriais, agrotóxicos e mercúrio, além da captação clandestina de recursos hídricos. O sucesso do alcance ambiental e social desse modelo de atuação inspirou a sua ampliação, em 2009, para outras regiões do Estado de Minas Gerais. Também foi reproduzido por outros Estados da Federação. A exemplo de Minas Gerais, o Ministério Público do Paraná, pela Resolução nº 1021/2014, instituiu o projeto estratégico Rede Ambiental das Bacias Hidrográficas, para viabilizar o trabalho conjunto, uniforme e estratégico da instituição frente às prioridades ambientais de cada região. O Estado foi dividido em 12 regiões, com base nos limites das Unidades Hidrográficas de Gestão de Recursos Hídricos utilizadas pelo Executivo Estadual, para facilitar a atuação integrada das Promotorias de Justiça de Proteção ao Meio Ambiente com outros órgãos e setores da sociedade engajados na proteção da natureza, com adaptações que viabilizam as atividades jurídico-administrativas na comarcas.

Na defesa do patrimônio público, vale destacar o Programa Estratégia Estadual de Combate à Corrupção (ECCO), desenvolvido pelo Ministério Público de Rondônia, e vencedor do Prêmio Inovare de 2013, na categoria Ministério Público. A iniciativa foi composta de um conjunto de ações no âmbito do governo estadual para o enfrentamento da corrupção (em seus aspectos civis e penais) por meio da atuação preventiva do Ministério Público. Foram considerados quatro eixos temáticos: adoção de portais de transparência pelas administrações municipais (Prefeituras e Câmaras) e estadual; implantação de mecanismo de controle de gastos de combustível de veículos e máquinas pelos entes públicos municipais e estaduais; efetivação dos artigos 1º da Lei nº 8.730/1993⁷³ e 13 da Lei nº 8.429/1992⁷⁴ (controle patrimonial de agentes públicos); combate à cedência irregular de servidores públicos. O Projeto também promoveu ações de sensibilização junto aos membros do Ministério Público, estimulando a adesão ao projeto⁷⁵.

⁷³ “Art. 1º É obrigatória a apresentação de declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou, inexistindo esta, na entrada em exercício de cargo, emprego ou função, bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte das autoridades e servidores públicos (...)”.

⁷⁴ “Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente (...)”.

⁷⁵ No âmbito do combate à corrupção pela promoção da educação para o exercício da cidadania, o Ministério Público do Paraná desenvolve, desde 2012, o projeto estratégico Movimento Paraná Sem Corrupção, com a articulação de diversos segmentos (industrial, comercial, esportivo, religioso, imprensa etc.), para a realização de ações dentro das escolas e na comunidade. O projeto celebrou mais de quatrocentas parcerias, em todo o Estado do Paraná, e desenvolveu campanhas de promoção da cidadania, palestras em escolas, concursos

A independência funcional, além de uma garantia individual, possui conotação social. Ao membro do Ministério Público é assegurado liberdade para agir, dentro dos limites do ordenamento jurídico, para construir uma sociedade livre, igualitária, justa e solidária. Não pode a independência funcional servir, pois, como justificativa para não agir na defesa de direitos fundamentais, que exigem, além da atuação individual, a integração e a otimização de esforços institucionais, inclusive para o controle e a efetividade de políticas públicas voltadas à realização dos direitos sociais, sob pena de não se desenvolverem integralmente.

Na essência, a independência funcional é uma proteção ao exercício das atribuições constitucionais do Ministério Público para que seus membros possam agir, se necessário, contra os detentores do poder político e/ou econômico, para fazer cumprir o que estabelece a ordem jurídica. Não consagra, com isso, a atuação individualista e isolada dos membros da instituição, nem lhes conferem poderes para fazer o que bem entendam, sem vincular-se às legítimas políticas institucionais voltadas a reduzir a violações de direitos na sociedade brasileira. Isso porque o princípio da independência funcional não é um fim em si mesmo, que se incorpora à pessoa dos membros do Ministério Público no momento em que tomam posse no cargo, mas um mero instrumento disponibilizado aos seus agentes para satisfazer o interesse público⁷⁶, que é a única razão da existência do MP.

Assim, o princípio da independência funcional deve ser interpretado à luz dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não dos sentimentos, vontades ou aspirações, legítimas ou não, da pessoa do agente do MP. Portanto, a independência funcional, como prerrogativa conferida aos agentes ministeriais para a consecução dos fins constitucionais, não se confunde com a vaidade do membro que ocupa o cargo de Promotor ou de Procurador⁷⁷.

A legitimação social do Ministério Público brasileiro é proporcional aos resultados que consegue atingir no combate às desigualdades e injustiças sociais. Para elevar os índices de qualidade dos serviços públicos (como os de saúde, educação e segurança públicas), é imprescindível a atuação planejada, coordenada e integrada dos membros da instituição.

Ademais, o planejamento institucional é uma atividade-meio, de natureza administrativa, voltada a construção de objetivos, metas e indicadores para aperfeiçoar a atuação do Ministério Público, enquanto instituição vocacionada para a efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

culturais, audiência públicas e centenas de ações de mídia para divulgar as ações do Ministério Público na sociedade. Em 2014, o Movimento Paraná Sem Corrupção realizou a Campanha Geração Atitude que, dentre outras ações, elaborou o Guia do Cidadão, contendo informações sobre a atuação do MP e dos três poderes, o funcionamento do sistema eleitoral e das instâncias de participação social, entre outros temas. Por meio de convênio com a Secretaria de Estado da Educação do Paraná, o conteúdo do Guia foi integrado em planos de aula para o ensino médio, da rede pública estadual, em disciplinas como Filosofia, Sociologia e História. O Movimento Paraná Sem Corrupção foi agraciado, em 2014, com o 3º lugar do Prêmio CNMP, na categoria Diminuição da Criminalidade e da Corrupção. Cfr. CAMBI, Eduardo. Movimento Paraná Sem Corrupção. *Revista do 5º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público: Gestão por resultados*. Brasília: CNMP, 2014. p. 70-74.

⁷⁶ GARCIA, Emerson. *Op. cit.* p. 142.

⁷⁷ GARCIA, Emerson. *Op. cit.* p. 143.

O planejamento estratégico do Ministério Público é regido pelos princípios da participação, coordenação, integração e continuidade. Não é uma imposição hierárquica do Procurador-Geral ou da Administração Superior da Instituição, mas uma forma de governança institucional participativa.

A elaboração e os ajustes dos planos institucionais decorrem de encaminhamentos de Grupos de Estudos Regionais, da sociedade civil⁷⁸ (por meio de consultas e/ou audiências públicas e canais de integração disponíveis na página eletrônica da instituição), Banco de Ideias, informações estatísticas, resultados de pesquisa de opinião pública e pesquisas acadêmicas. Compete, ainda, aos Centros de Apoio Operacionais dos Ministérios Públicos dos Estados e as Câmaras de Coordenação e Revisão das unidades do Ministério Público da União, nas suas áreas específicas, colaborar com a elaboração, supervisão, coordenação, assessoramento e execução do planejamento institucional.

Com o intuito de adotar um modelo de democracia participativa, integrando o Ministério Público à comunidade, no Paraná, foi desenvolvido um processo metodológico baseado em sistemas de informações e indicadores municipais, na elaboração de frequentes avaliações externas por pesquisa de imagem e na realização periódica de audiências públicas, tanto para a legitimação do plano de ação proposto, quanto na apresentação de seus resultados. Tal processo metodológico está voltado a melhor governança dos planos de ação, uma vez que apresenta dados concretos e atualizáveis para o controle das metas estabelecidas, além de orientar a execução dos planos e monitorar, com a participação comunitária, as atividades e os resultados. Dessa maneira, o planejamento institucional deixa de ser verticalizado, da Administração Superior ao órgão de execução do Ministério Público, o que possibilita aferir as necessidades concretas da comunidade e preservar a independência funcional, sem descuidar da realidade social em que o órgão de execução se encontra inserido, o que potencializa o papel do Ministério Público como agente de transformação social⁷⁹.

⁷⁸ Sobre a interação do Ministério Público com a sociedade, na construção do planejamento estratégico, verificar, dentre outros: CARUNCHO, Alexey Choi; BERCLAZ, Márcio Soares. A interação do Ministério Público com a sociedade e a construção do planejamento estratégico institucional: *In: XVIII Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social*. Porto Alegre: Magister, 2009. p. 509-517; RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público de resultados: a atual missão institucional: *In: XVIII Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social*. Porto Alegre: Magister, 2009. p. 584-592; BUCHMANN, Willian. O Ministério Público e seu papel fundamental na consolidação da democracia participativa. *In: Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público*. Brasília: Gomes e Oliveira Editora, 2013. p. 737-751.

⁷⁹ A experiência bem sucedida, criada pelo Ministério Público do Paraná, serviu de modelo para a reprodução desse modelo de atuação por outros Ministérios Públicos. No Rio Grande do Sul, o Ministério Público Estadual desenvolveu o Projeto Mapa Social, que, também, reuniu um conjunto de dados estatísticos, divulgados por diferentes instituições e órgãos públicos, relacionados a temas de atuação do Ministério Público, para nortear a atuação, judicial e extrajudicial, proativa dos Promotores de Justiça. Possibilita tanto a elaboração de projetos na área-fim, com alinhamento ao projeto estratégico institucional, quanto o fomento e a fiscalização de políticas públicas, essenciais à tutela dos direitos fundamentais sociais. Em 2014, o Projeto Mapa Social, do Ministério Público do Rio Grande do Sul, ganhou o 1º lugar, na categoria profissionalização da gestão, do Prêmio CNMP. *Cfr. Prêmio CNMP – Catálogo dos projetos premiados*. Brasília: CNMP, 2014. p. 44.

Tudo isso porque cabem aos órgãos e às unidades administrativas do Ministério Público, a partir das diretrizes gerais traçadas pelo setor de planejamento estratégico da instituição, desenvolver seus respectivos planejamentos setoriais, isto é, desdobrar o plano estratégico, com a previsão das atividades a serem desenvolvidas durante cada exercício.

Desse modo, o planejamento estratégico resulta da atividade coordenada, integrada e contínua de toda a instituição. Não suprime as iniciativas, a criatividade e a capacidade do membro do Ministério Público de buscar a consecução dos objetivos, metas e indicadores. Não interfere, pois, na independência funcional dos agentes ministeriais.

Entretanto, para que o planejamento institucional funcione, é imprescindível a existência de órgãos superiores de coordenação e gestão administrativa, encarregados de apresentar orientações gerais, editar atos normativos com a fixação de formas, procedimentos e cronogramas, ser responsável pela consolidação e análise técnico-metodológica, assessorar, promover a capacitação técnica e a sensibilização sobre o planejamento, a gestão estratégica, o desenvolvimento organizacional, a gestão de pessoas, de processos, de projetos e de informações, além de registrar, dar publicidade, acompanhar os planos setoriais de ação e seus desdobramentos, mas também de velar pela harmônica integração desses planos setoriais ao planejamento estratégico.

No Ministério Público do Estado do Paraná, por exemplo, tais atribuições são da Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento Institucional (SUBPLAN), órgão central de planejamento, instituído pela Lei Complementar estadual nº 122, de 28 de julho de 2008, com campo de atuação detalhado na resolução PGJ nº 2372, de 24 de novembro de 2008. A SUBPLAN conta com a colaboração do Comitê de Gestão Estratégica (CGE), integrado por diversos integrantes da instituição (art. 12 da Resolução PGJ nº 997, de 27 de abril de 2010), tendo entre as suas atribuições: a) monitorar o processo de gestão estratégica, com base em seus principais elementos analíticos (objetivos, indicadores, metas, projetos e ações estratégicas); b) emitir orientações e recomendações, aos diversos setores do Ministério Público, para assegurar o eficaz e harmônico desenvolvimento do plano estratégico; c) deliberar sobre aspectos relacionados ao cronograma e à metodologia de execução dos projetos e ações estratégicas; d) propor, aprovar ou autorizar ajustes em indicadores e metas estratégicas; e) propor, aprovar ou autorizar alterações, substituições ou encerramento de projetos e ações estratégicas; f) aprovar e priorizar, em bases metodológicas, predominantemente objetivas, a execução de novos projetos e ações estratégicas; g) aprovar revisões do plano estratégico, a cada quatro anos (art. 11 da Resolução PGJ nº 997, de 27 de abril de 2010).

As linhas gerais do planejamento, como atividade-meio, de natureza administrativa, decorrente de atos da Administração Superior do Ministério Público, voltadas a orientar a atuação ministerial, para melhor atender o interesse público, devem ser cumpridas por todos os membros da instituição, a começar pelo próprio Procurador-Geral.

Como o planejamento estratégico é traçado por um período longo (geralmente, cinco ou oito anos), sempre superior ao mandato do Chefe Administrativo da instituição, não haveria sentido que o Procurador-Geral, mesmo os escolhidos após a elaboração desse planejamento, não estivessem vinculados a ele. Sem a vinculação, todo novo Procurador-Geral poderia traçar um planejamento estratégico diferente, o que inviabilizaria o próprio planejamento que é uma política de desenvolvimento institucional de médio e longo prazo, baseada em objetivos, indicadores, metas, projetos e ações estratégicos. Por isso, no Paraná, a Lei Orgânica do Ministério Público afirma que o Procurador-Geral apresentará, até trinta dias após a posse, o Plano Bianual de atividades do MP e dará publicidade das prioridades institucionais (art. 19, inc. III, da Lei Complementar Estadual nº 85, de 27 de dezembro de 1999). A mesma Lei Orgânica, no artigo 19, inc. XL, estabelece que o Procurador-Geral de Justiça submeterá ao Colégio de Procuradores o plano anual de atuação do Ministério Público, contendo diretrizes, objetivos e metas prioritárias.

Além disso, para que o planejamento estratégico possa funcionar, é preciso que esteja atrelado ao orçamento do Ministério Público. A exemplo do que continha o artigo 1º do Decreto Presidencial nº 2829, de 29 de outubro de 1998, sobre o Orçamento da União, na elaboração do Plano Plurianual, as ações finalísticas (isto é, aquelas que proporcionam bens e serviços para o atendimento direto das demandas da sociedade, compatíveis com as atribuições constitucionais da instituição) do Ministério Público devem estar atreladas a seu Plano Estratégico. Ainda, tal como o artigo 10 do Decreto Presidencial nº 2829/98, as Leis de Diretrizes Orçamentárias devem conter, para o exercício a que se referem e dentre os programas do Plano Plurianual, as prioridades que deverão ser contempladas na Lei Orçamentária Anual.

Para que todos os membros do Ministério Público sigam as mesmas orientações administrativas, o artigo 10, inc. XII, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993) prevê, dentre as atribuições do Procurador-Geral de Justiça, a de expedir recomendações, sem caráter normativo, aos órgãos do Ministério Público, para o desempenho de suas funções. Ademais, o artigo 43, inc. XIV, da mesma lei, afirma, dentre os deveres dos membros do Ministério Público, acatar, no plano administrativo, as decisões dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público⁸⁰.

O membro do Ministério Público, que deixa de cumprir os objetivos, metas e indicadores do planejamento estratégico ou que deixa de elaborar e executar o planejamento setorial não pode alegar, em sua defesa, o princípio da independência funcional, pois tal princípio não funciona como um escudo para deixar de cumprir a missão constitucional, traduzida nos planos e programas de atuação, que, portanto, vinculam, todos os agentes ministeriais⁸¹.

⁸⁰ Pedro Roberto Decomain, ao interpretar o artigo 10, inc. XII, da Lei Orgânica Nacional do MP, defende que as recomendações, quando disserem respeito a assuntos de índole administrativa, têm caráter vinculante, valendo o mesmo raciocínio para as determinações de caráter administrativo expedidas por qualquer outro órgão da administração superior da instituição (exegese do art. 43, inc. XIV, da mesma lei) *Cfr. Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Lei nº 8.625, de 12.02.1993*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 108).

⁸¹ GOULART, Marcelo Pedroso. *Op. cit.* p. 137.

Diante da negativa de cumprimento das determinações normativas, advindas da Administração Superior, quanto ao planejamento institucional, sob a alegação de violação do princípio da independência funcional, o Procurador-Geral, provocado pelos órgãos responsáveis pelo cumprimento dos objetivos estratégicos, deve determinar a observância dos planos e programas de atuação estratégicos. Ao contrário do que ocorre com a suspeição e o impedimento, em relação às atribuições processuais⁸², não há justificativa legal que desvincule o agente ministerial de elaborar e executar os projetos institucionais.

Fixada a necessidade de atuação funcional, ainda que possa ter havido prejuízo ao interesse público em razão da não atuação do membro do MP, a situação, como regra, não é passível de punição funcional. Entretanto, quando a situação evidenciar a má-fé do agente ministerial e, portanto, for além da sua atuação legítima na valoração dos fatos e na exteriorização de sua posição jurídica, além da declaração da atribuição, a conduta é passível de análise mediante a instauração do devido processo administrativo disciplinar⁸³.

O planejamento estratégico é uma nova etapa na organização e no desenvolvimento das atividades do Ministério Público. É uma cultura diferente que é incorporada, no dia a dia, da instituição mediante o desenvolvimento de um processo gradual de orientação e de capacitação. Por isso, um dos papéis mais importantes das Corregedorias-Gerais é a fiscalização e a orientação quanto ao cumprimento, pelos órgãos de execução, dos objetivos, metas e indicadores fixados pela instituição no planejamento estratégico⁸⁴. Com isso, é possível fortalecer a identidade constitucional do Ministério Público, valorizar os membros que buscam cumprir os objetivos estratégicos, contribuir para a construção de um banco de dados sobre os esforços realizados pela instituição para divulgar à sociedade as ações concretizadas em prol do bem comum, além de conciliar, pela fiscalização e orientação permanentes dos agentes ministeriais, os princípios da unidade com os da independência funcional para que o Ministério Público, a partir da sedimentação da cultura do planejamento estratégico, desempenhe, com maior eficiência, a sua missão constitucional.

⁸² *Mutatis mutandis*, Emerson Garcia ensina: "Afigura-se legítima, ainda, a iniciativa do Procurador-Geral em editar atos que visem a orientar os membros do Ministério Público quanto à posição a ser seguida em determinadas situações em que é ordinariamente divisada a presença do interesse público justificador da atuação ministerial (art. 10, XII, da Lei nº 8.625/1993). Acaso não seja seguida a recomendação e sendo o Procurador-Geral instado a se pronunciar a respeito, tornar-se-á cogente a atuação do agente caso assim seja deliberado. É importante repetir que fixar a atribuição não guarda similitude com a conduta de interferir no exercício das atribuições. Aquela é admissível, esta não. Fixada a atribuição do agente, somente poderá ele se escusar a atuar nas hipóteses previstas em lei, que são o impedimento e a suspeição, as quais em nada se confundem com a negativa de exercer suas atribuições ante a ausência de interesse público que o justifique. Esta encontra-se relacionada ao cargo e à própria Instituição, enquanto o impedimento e a suspeição estão vinculados à pessoa do agente" (*Op. cit.* p. 149-150).

⁸³ GARCIA, Emerson. *Op. cit.* p. 149.

⁸⁴ BERCLAZ, Márcio Soares. A Corregedoria-Geral do Ministério Público e a necessidade de (re)definição do seu papel de orientação e fiscalização dos membros no compromisso de cumprimento e concretização do planejamento estratégico institucional: In: *XVIII Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social*. Porto Alegre: Magister, 2009. p. 518-527.

Porém, tão ou mais importante que a dimensão correicional, voltada à imposição do planejamento estratégico, para que ele seja mais bem assimilado e compreendido por todo o Ministério Público, é indispensável uma política de formação continuada⁸⁵, que contemple ações integradas de capacitação técnica e sensibilização permanentes, que envolvam os Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, as Fundações Escola do Ministério Público e outras instituições científicas e universitárias, acerca de temas como gestão de pessoas, de processos, de projetos e de informações, assim como de desenvolvimento organizacional. A elaboração e um plano de capacitação fortalecem o planejamento estratégico, ao basear-se na responsabilidade compartilhada entre membros e servidores do MP⁸⁶, voltados a melhoria contínua da qualidade da produtividade, para aumentar a eficiência dos serviços prestados.

Aliado ao preparo de membros e servidores do Ministério Público, também é importante um plano de comunicação interna e externa, para que a instituição possa assimilar o pluralismo de ideias e boas práticas, dialogar, de modo republicano, com outras instituições públicas e com os diferentes setores da sociedade (como Universidades, Igrejas, Observatórios Sociais, Federações, Associações Cívicas etc.) e estar aberta a críticas e sugestões para o aperfeiçoamento dos objetivos, metas, projetos e ações estratégicos.

Além disso, é indispensável o desenvolvimento de um sistema informatizado de gerenciamento para o registro, a publicidade e o acompanhamento, seja dos órgãos internos do Ministério Público, seja da própria sociedade, dos projetos estratégicos e dos planos setoriais/regionais de ação e seus desdobramentos. Nesse sentido, devem ser destacadas três iniciativas do Ministério Público brasileiro, vencedoras do Prêmio CNMP – Ministério Público: Um projeto, muitas conquistas – de 2014⁸⁷: i) o Sistema Natera, do Ministério Público do Acre, que envolve a criação de banco de dados, a elaboração de diagnóstico (socioeconômico, especial condição e situação de dependência química) sobre o perfil do usuário e familiares, o acompanhamento do tratamento, conforme a situação de gravidade do dependente e a geração de subsídios para a elaboração de estudos sobre dependência química a partir da realidade dos atendimentos do Núcleo de Atendimento Psicossocial em Dependência Química, coordenado pelo MPAC; ii) o Sistema Milênio, do Ministério Público da Bahia, que informatizou os formulários de visitas e revisitas das escolas e das unidades básicas de saúde, o que permitiu a coleta e o registro de dados, bem como o processamento das informações obtidas, ampliando a atuação preventiva do MPBA e trazendo melhores resultados à sociedade (como a melhoria das estruturas

⁸⁵ BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; TESSEROLLI, Kelly Cristina Ferreira. Uma política de formação continuada. In: *Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público*. Brasília: Gomes e Oliveira Editora, 2013. p. 873-880.

⁸⁶ Sobre a necessária integração entre membros e servidores do Ministério Público, verificar, dentre outros: MARTINELLI, Jaqueline Mara Lorenzetti. A missão compartilhada. In: *Congresso Nacional do Ministério Público. Livro de teses: Ministério Público e cidadania*. Vol. 3. Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001. p. 259-265).

⁸⁷ Cfr. *Prêmio CNMP – Catálogo dos projetos premiados*. Brasília: CNMP, 2014. p. 52-54.

e do atendimento nos postos de saúde e escolas, incluindo a alimentação e o transporte escolar; a criação de espaços de leitura; maior comprometimento dos gestores, professores, pais e alunos; fortalecimento dos conselhos; e a consolidação do Ministério Público como indutor de políticas públicas e agente de transformação social)⁸⁸; iii) o Desdobramento do Planejamento Estratégico Institucional (Depei), criado pelo Ministério Público Federal, para disseminar a estratégia do MPF para cada unidade, órgão e secretaria, o que resultou na transferência de conhecimento em planejamento estratégico; maior conhecimento das interfaces e interdependência com as áreas; redução de sigilos organizacionais; habilidade de identificação e priorização de cenários institucionais; conhecimento da percepção de membros e servidores sobre o planejamento institucional e diretrizes de atuação; fomento à identificação; e proposição de ações estratégicas).

Para coletar e disseminar os projetos bem-sucedidos no âmbito do Ministério Público brasileiro, o Conselho Nacional do Ministério Público criou o Banco Nacional de Projetos. Cada unidade do Ministério Público pode inscrever seus projetos, dar ampla publicidade às suas atividades de sucesso e possibilitar que as boas práticas sejam reproduzidas em todo território nacional.

Também para promover a concretização e o alinhamento ao Planejamento Estratégico Nacional, foi criado, em 2013, o Prêmio CNMP, por meio da Resolução nº 94, de 22 de maio de 2013, para premiar os programas e os projetos do Ministério Público brasileiro que mais se destacaram na efetivação do Planejamento Estratégico Nacional. O Prêmio contempla os melhores trabalhos produzidos por membros e servidores de todos os ramos do Ministério Público brasileiro em cada uma das oito categorias: I. Defesa dos Direitos Fundamentais; II. Transformação Social; III. Indução de Políticas Públicas; IV. Diminuição da Criminalidade e da Corrupção; V. Unidade e Eficiência da Atuação Institucional e Operacional; VI. Comunicação e Relacionamento; VII. Profissionalização da Gestão; VIII. Tecnologia da Informação.

Experiências exitosas, presentes no Banco Nacional de Projetos e destacadas pelo Prêmio CNMP, têm servido de modelo para a elaboração de planos setoriais e regionais, o que intensifica a atuação unificada do Ministério Público e possibilita a obtenção de melhores resultados da instituição na superação das injustiças sociais.

A legitimidade social do Ministério Público é proporcional à sua eficiência funcional, isto é, quanto melhores são os resultados apresentados à sociedade, maior será o reconhecimento social de suas ações. Logo, o planejamento estratégico do Ministério Público precisa valorizar tanto a interlocução participativa e democrática com a sociedade quanto assegurar níveis de desempenho funcional equivalentes aos níveis de exigência social gerados⁸⁹.

⁸⁸ MOREIRA, Sávio Henrique Damasceno; ARAUJO, Yuri Gonzalez. Sistema Milênio. *Revista do 5º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público: Gestão por resultados*. Brasília: CNMP, 2014. p. 65-69.

⁸⁹ RODRIGUES, João Gaspar. Op. cit. p. 590.

8. Conclusão

O princípio da independência funcional é uma prerrogativa, conferida pelo artigo 127, 1º, da Constituição Federal, ao Ministério Público para que possa, em nome da sociedade, agir na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF).

Na aplicação do princípio da independência funcional, o Conselho Nacional do Ministério Público e os Tribunais Superiores, apesar do seu conteúdo ser dinâmico e objeto de questionamentos de natureza diversa, têm buscado a sua compatibilização com os demais princípios funcionais, para que a instituição possa desenvolver políticas de atuação integrada e, assim, obter melhores resultados na defesa dos bens jurídicos coletivos e difusos.

O planejamento estratégico é um caminho para aperfeiçoar a eficiência institucional do Ministério Público. Está baseada na concepção do Ministério Público como agente político de transformação social. Supera a visão do Ministério Público como meros executores de atribuições processuais para assumir a defesa efetiva dos direitos fundamentais sociais, o que exige maior envolvimento com a comunidade e os demais agentes políticos, para a indução, acompanhamento e aperfeiçoamento de políticas públicas sociais.

O planejamento estratégico, enquanto atividade-meio de natureza administrativa, vincula todos os membros da instituição, a começar pelo Procurador-Geral. Cria uma espécie de governança participativa que inclui todos os membros da instituição, além de aprimorar o diálogo do Ministério Público com a sociedade, exigindo a definição de prioridades, diretrizes, objetivos e metas, para melhor otimizar os recursos humanos e orçamentários.

Ao estimular a elaboração de planos setoriais, por cada uma das Procuradorias ou das Promotorias, a partir da disponibilização de sistema de informações e indicadores específicos (como a taxa de analfabetismo ou de evasão escolar, a qualidade da água, os índices de mortalidade na região etc.), publicados por instituições de pesquisa e órgãos públicos (como IBGE, Datasus e Inep), preserva a independência funcional e aproxima o Ministério Público das necessidades locais. Isso é essencial para reforçar a legitimidade política e social na indução, fiscalização e execução de políticas públicas⁹⁰, bem como na composição extrajudicial de conflitos. Desse modo, evita-se a judicialização dos litígios, busca-se a inserção de políticas públicas nos orçamentos dos entes federativos e discute-se com os agentes políticos e comunitários as limitações econômicas do Estado e a necessidade de priorização de demandas.

⁹⁰ Para um estudo mais completo sobre a relação das políticas públicas com a atuação do Ministério Público, verificar, entre outros: CAMBI, Eduardo; GONÇALVES, Leonardo. Ministério Público social. *Revista de processo*, vol. 177, nov./2009, p. 209 e seguintes; MARINHO, Ana Maria do Amaral. A atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas. *Teses do XIX Congresso Nacional do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 21-34; BUCHMANN, Willian. Ministério Público, participação social e políticas públicas. In: *Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público*. Brasília: Gomes e Oliveira Editora, 2013. p. 895-906.

Portanto, o planejamento estratégico representa uma nova cultura institucional em que a atuação do Ministério Público deixa de ser medida apenas pela eficiência no cumprimento de prazos e volumes processuais para estar voltada na efetividade das ações desenvolvidas e nas respostas à sociedade das demandas que lhe são trazidas.

No entanto, a gestão estratégica e a governança participativa são ações inovadoras no âmbito do Ministério Público. A cultura do planejamento não integra a formação exigida do membro do Ministério Público, o que exige a superação de resistências na solução de problemas individuais e casuísticos, que não levam em consideração a proatividade e o planejamento das ações. Trata-se, pois, de um processo cultural que deve estar assentado no convencimento e na integração de todos os membros e servidores do Ministério Público que devem ser corresponsáveis pelos resultados produzidos pela instituição. Além disso, exige um constante aperfeiçoamento, inclusive na forma de atuação republicana do Ministério Público em relação aos demais poderes, em especial o Poder Executivo.

Tal construção cultural deve começar pela harmonização do princípio da independência funcional com o planejamento estratégico, para que atuação do Ministério Público seja fortalecida pela ação integrada da instituição, baseada em definições objetivas (metas, objetivos e indicadores), que, além de poder medir o esforço de membros e servidores, serve para consolidar a atuação do Ministério Público como efetivo agente de transformação da realidade social (injusta) brasileira.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. de Luís Afonso Heck. *Revista de direito administrativo*, vol. 217.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 4, jul./2001.

_____. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 7, out./2001.

_____. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BERCLAZ, Márcio Soares. A Corregedoria-Geral do Ministério Público e a necessidade de (re)definição do seu papel de orientação e fiscalização dos membros no compromisso de cumprimento e concretização do planejamento estratégico institucional. In: *XVIII Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social*. Porto Alegre: Magister, 2009.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; TESSEROLLI, Kelly Cristina Ferreira. Uma política de formação continuada. In: *Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público*. Brasília: Gomes e Oliveira Editora, 2013.

BUCHMANN, Willian. Ministério Público, participação social e políticas públicas. In: *Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público*. Brasília: Gomes e Oliveira Editora, 2013.

_____. Ministério Público e seu papel fundamental na consolidação da democracia participativa. In: *Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público*. Brasília: Gomes e Oliveira Editora, 2013.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. Movimento Paraná Sem Corrupção. *Revista do 5º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público: Gestão por resultados*. Brasília: CNMP, 2014.

CAMBI, Eduardo; BOLZANI, Henrique. O poder investigatório do Ministério Público como cláusula pétrea. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, vol. 1, dez./2014.

CAMBI, Eduardo; ANTUNES, Taís Caroline Pinto Teixeira. A proibição de retrocesso como salvaguarda da atuação do Ministério Público. In: *Ministério Público: prevenção, modelos de atuação e a tutela dos direitos fundamentais*. Org. Eduardo Cambi. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CAMBI, Eduardo; GONÇALVES, Leonardo. Ministério Público social. *Revista de processo*, vol. 177, nov./2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

CARUNCHO, Alexey Choi; BERCLAZ, Márcio Soares. A interação do Ministério Público com a sociedade e a construção do planejamento estratégico institucional. In: *XVIII Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social*. Porto Alegre: Magister, 2009.

COELHO, Luiz Fernando. *Helênia & Devília. Civilização e barbárie na saga dos direitos humanos*. Curitiba: Bonijuris, 2014. p. 101-102.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Lei nº 8.625, de 12.02.1993*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito. Temas e desafios*. Trad. de Candice Premarour Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 11ª ed. São Paulo: Editora Civilização Brasileira, 1969.

GARCIA, Emerson. O Conselho Nacional do Ministério Público e a semântica do “controle”. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, nº 1, dez./2014.

_____. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIACIOIA, Gilberto. Ministério Público Vocacional. *Revista Jurídica*, Ministério Público de São Paulo/Associação Paulista do Ministério Público, nº 197, jul./dez. 2007.

_____. Entrevista. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, nº 1, dez./2014.

GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério Público: objetivo estratégico e princípios institucionais. In: *Congresso Nacional do Ministério Público. Livro de teses: Ministério Público e cidadania*. Vol. 3. Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001.

_____. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2ª ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

MARINHO, Ana Maria do Amaral. A atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas. *Teses do XIX Congresso Nacional do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINELLI, Jaqueline Mara Lorenzetti. A missão compartilhada. In: *Congresso Nacional do Ministério Público. Livro de teses: Ministério Público e cidadania*. Vol. 3. Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Os limites da independência funcional no Ministério Público*. <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesindep.pdf>. Acesso em: 26 de janeiro de 2015.

MORAES, Alexandre de. *Constituição brasileira interpretada e legislação constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Sávio Henrique Damasceno; ARAUJO, Yuri Gonzalez. Sistema Milênio. *Revista do 5º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público: Gestão por resultados*. Brasília: CNMP, 2014.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Teoria da argumentação. A nova retórica*. Trad. de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PROENÇA, Luis Roberto. Planejamento estratégico da atuação do Ministério Público. In: *Congresso Nacional do Ministério Público. Livro de teses: Ministério Público e cidadania*. Vol. 3. Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001.

RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público de resultados: a atual missão institucional. In: *XVIII Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social*. Porto Alegre: Magister, 2009.

ROSA, Maria Alice da; GODOY FILHO, Raul de. A ética e o livre exercício das funções institucionais pelo Ministério Público. *In: Congresso Nacional do Ministério Público. Livro de teses: Ministério Público e cidadania. Vol. 3.* Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001.

SILVA, Cláudio Barros. A designação prevista no artigo 28 do Código de Processo Penal, em face ao Princípio Constitucional da Independência Funcional. *In: X Congresso Nacional do Ministério Público. O Ministério Público: corrupção, criminalidade e violência.* Belém: CEJUP, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces constitucionales. In: Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos.* Madri: Trotta Editorial, 2007.

_____. *El derecho dúctil.* 8ª ed. Trad. de Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2008.

Calendarização Processual

Eduardo José da Fonseca Costa*

"[...] civil procedure should be simplified and made more flexible and expeditious, while at the same time maintaining the guarantees provided for litigants by the traditional rules of procedure and maintaining the high level of justice required in a democratic society."
(Recomendação nº R (84) 5, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 28 de fevereiro de 1984).

Sumário

1. Introdução. 2. Calendarização (Primeira Parte). 3. Calendarização (Segunda Parte). 4. Calendarização processual como técnica de governança judicial. 5. Acordo de Calendarização e Acordo de Procedimento. 6. Calendarização por Imposição Judicial. 7. Recusa da Parte ou do Advogado à Calendarização. 8. Modelos de Termo de Calendarização. 9. Calendarização em Execução. 10. Conclusão.

Resumo

O objetivo do presente trabalho é abordar, analítica e pragmaticamente, o instituto da *calendarização*. Trata-se de técnica de gestão racional do tempo processual, comum em países anglo-saxões. Neles, adota-se o gerenciamento científico de processos [*case management*] por influência de ideias de governança corporativa adaptadas à seara jurisdicional. Essa técnica gerencial promove o fim dos "tempos inúteis" despendidos em atividades cartoriais, já que todos os atos do procedimento estão previamente agendados num cronograma imposto *ab initio* pelo juiz, ou negociado entre as partes numa audiência prévia. Assim, tornam-se desnecessários, p. ex., os atos oficiais de mero expediente para a movimentação do processo e as suas publicações na imprensa oficial.

Palavras-chave

Calendarização. Flexibilização procedimental. Acordo de procedimento. Gerencialismo processual. *Case management*. Governança judicial. Negócio processual.

* Juiz Federal Substituto em Ribeirão Preto/SP. Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da USP em Ribeirão Preto/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Panamericano de Direito Processual. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Processual.

1. Introdução

No Brasil, as regras jurídicas sobre aceleração do processo ainda estão fadadas à ineficiência. O problema tem raízes menos legislativas que dogmáticas. O CPC de 1973 e as leis processuais extravagantes já carregam enorme potencial de aceleração do desfecho das causas. Entretanto, só é possível esgotar todo esse potencial mediante uma dogmática mais criativa. Um pouco mais de imaginação científica conferiria às ferramentas já postas no sistema processual uma capacidade de agilização ainda maior. Entretanto, a ciência do processo brasileira é exclusivamente *analítica*, ou seja, é voltada tão apenas à fixação de pontos estáticos de compreensão do sistema. Para haver um bom emprego das técnicas de aceleração processual pelo meio forense, não basta que a comunidade dos juristas se cinja a classificar, sistematizar e definir essas técnicas, tal como expressamente desenhadas nos textos de lei. Noutras palavras: não basta compreender cientificamente as técnicas sobre aceleração processual *secundum legem* [know why], mas produzir tecnologias inovadoras *praeter legem* de aceleração processual e aprender a manipulá-las estrategicamente [know how]. Enfim, é necessária uma processualística menos analítica e mais pragmática. Uma *pragmática processual da ação aceleradora*, pois.

Talvez isso explique por que os teóricos do processo e os práticos do foro jamais estudaram e aplicaram em *terra brasilis* o instituto anglo-saxão da *calendarização*. Afinal de contas, nunca viveu no nosso direito qualquer empenço constitucional ou legal à adoção dessa técnica tão simples quanto fecunda. É bem verdade que o CPC de 2015 prevê essa técnica no seu artigo 191¹. Entretanto, a previsão da calendarização em lei é prescindível para sua imediata experimentação. Daí o objetivo deste trabalho: mostrar a possibilidade do instituto no Brasil, entender a sua natureza jurídica à luz das categorias do nosso ordenamento e investigar as fórmulas práticas para uma utilização rentável. Para isso será indispensável uma interação dialética entre um raciocínio analítico e um raciocínio pragmático: a Analítica direcionando o uso da calendarização e a Pragmática corrigindo eventuais abstrações estéreis².

2. Calendarização (primeira parte)

A enorme quantidade de processos que assola o Poder Judiciário faz recair sobre os juízes um inédito *dever de performance*. Para que a instituição não exploda, é preciso – dentre outras coisas – que ocorra um equilíbrio entre o número de demandas ajuizadas [*input*] e o número de autos findos arquivados [*output*]. Tal equilíbrio garante não apenas

¹ “Art. 191 De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 2º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 3º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.”

² Para um aprofundamento das distinções entre a Analítica Processual e a Pragmática Processual. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo. *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Org. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 47-87.

o bom desempenho organizacional como a rapidez no desfecho processual. Para que esse desempenho seja levado a efeito, é indispensável que o juiz esteja adestrado e capacitado para misteres com os quais não está tradicionalmente acostumado. Judicando sob o pálio da *eficiência*, ele tem de iniciar-se em saberes práticos arcanos como produção em escala, planejamento estratégico, liderança motivacional, capacidade mobilizadora, estatísticas, fixação e monitorização do alcance de metas, gestão computacional e controladoria. Ou seja, o juiz tem de embrenhar-se em uma “administração científica” da vara em que atua [*court management*] e dos autos que nela tramitam [*case management*]. Por esse motivo, auxiliado por um *staff* assessorial³, o juiz se aproxima da figura do *gerente*. Tudo se passa como se ele fosse um “CEO judiciário”, que – de forma plástica, pragmática e informal – planeja, organiza, dirige e controla as atividades pelas quais é responsável⁴. Nesse sentido, o processo passa a ser tratado como uma “microempresa gerenciável pela macroempresa judiciária” e os processualistas passam a seduzir-se pelo fetiche *business*.

De outro lado, ante um crescente processo de globalização, que faz com que todos os países revelem idênticos problemas de morosidade processual, é indispensável que os magistrados estejam inscritos em programas de intercâmbio internacional para a troca de experiências e a importação de soluções bem sucedidas. Não por outra razão, caminha-se para uma “mundialização judicial” ou “globalização dogmática”, a partir da qual se vem superando a visão nacionalista no trato das questões processuais e se vem paulatinamente alcançando um *corpus* transnacional de princípios comuns de processo civil⁵. Com isso, o Brasil se torna receptáculo de inúmeras soluções experimentadas por países estrangeiros, posto que não estejam previstas expressamente em nossos textos de direito positivo. Boa parcela dessas soluções ataca problemas que gravitam em torno do *procedimento*. E nem poderia ser diferente: no Estado Democrático de Direito, em que se prima pela *eficiência*, a ideia de uma sequência procedimental *always under law* perde a força e o processo civil passa a ser marcado por traços como *particularização*, *individualização*, *fragmentação*, *adaptação* e *maleabilidade*⁶. Daí por que atualmente já se fala num “sistema de artesanía procedimental”⁷.

Uma das mais bem sucedidas alternativas da qual se pode fazer uso no Brasil é o chamado “*timing of procedural steps*”. O verbo inglês *to time* pode ser traduzido para o português como *aprazar*, *cronometrar*, *compassar*, *marcar o tempo*. Em sentido

³ Sobre o relevantíssimo papel do assessor em um modelo gerencial de justiça, v., p. ex.: COSTA, Eduardo José da Fonseca e DELFINO, Lúcio. O assessor judicial. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo CPC*. Coord. Alexandre Freire et al. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 547-556.

⁴ Talvez fosse o caso de repensar-se o modelo atual dos concursos da magistratura e neles inserir etapas de recrutamento presididas por técnicos em RH e preordenadas à seleção de candidatos com perfil gerencial.

⁵ Sobre a globalização do pensamento judiciário: MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 124-125.

⁶ Sobre o assunto, ver nosso: As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo* 121 – mar 2005, p. 275-301.

⁷ CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010, p. 260.

jurídico, o verbo bem pode ser traduzido como *calendarizar*, *criar um calendário*, *estabelecer um cronograma*. Nesse sentido, a expressão significaria *calendarizar as etapas do processo*. Aqui, portanto, o juiz (por meio de resolução) ou as partes (por meio de acordo) *agendam* a prática de cada ato do processo civil para uma data-limite. Ou seja, ao invés de as partes serem intimadas pelo juiz para a prática dos atos que lhes cabem, já saem elas cientes *ex ante*, em audiência preliminar [*pretrial conference*], de todos os atos que terá de realizar até que seja prolatada a sentença. Em verdade, promove-se a delineação imediata de uma expectativa temporal para a prolação da sentença [*deadline*] e, a partir daí, todas as etapas do procedimento passam a ser orientadas em função dessa expectativa⁸. Isso faz com que a caminhada processual ocorra sobre um trilho e sob um ritmo definidos, abandonando-se o *laissez faire laissez passer* que sempre caracterizou o sistema adversarial. Segundo José Igreja Matos, “uma conferência entre as partes, ainda que apenas para permitir um claro agendamento das diligências posteriores, é reconhecida como um dos instrumentos mais efectivos para conseguir transações, evitar adiamentos e concentrar o essencial dos actos processuais com o decorrente ganho em termos de celeridade”⁹.

3. Calendarização (segunda parte)

A prática permite que se abandone, p. ex., a utilização de publicações sucessivas. O término de um prazo para o autor já deflagra, automaticamente, o prazo superveniente para o réu. Isso evita os chamados “buracos negros” [*black holes*], isto é, os lapsos inúteis de tempo perdidos com juntada de petição, conclusão dos autos ao juiz para despacho em gabinete, lavratura e assinatura do despacho pelo juiz, devolução dos autos pelo gabinete à serventia judicial (cartório ou secretaria), remessa do teor do despacho à publicação em imprensa, certificação da publicação nos autos e retirada dos autos pela parte interessada para o cumprimento do ato pertinente¹⁰. Tudo já está antevisto e rigorosamente datado a fim de não haver dilações improdutivas. Afinal, “*right delayed is right denied*”. Ademais, o impulso oficial sofre uma releitura, pois não se vê o juiz movimentando o procedimento de fase em fase: a força motriz da marcha processual deixa de estar nos despachos e passa a residir no ato inaugural que instituiu o cronograma.

⁸ Em tese, a calendarização não precisa necessariamente ir só até a sentença. Pode-se prever calendarização para o processamento de recursos ainda em primeiro grau de jurisdição (data-limite para a oposição dos embargos de declaração, para a decisão sobre os embargos declaratórios, para a apresentação das razões e das contrarrazões de apelação, etc.).

⁹ *Ob. Cit.*, p. 131.

¹⁰ Fundado em estudo realizado pelo STF, Antônio Ernani Pedroso Calhao aponta que “70% do tempo do processo é consumido com atos que nenhum valor agrega ao processo”. Melhor especificando, do tempo total de um processo, desde a sua distribuição até o final com o arquivamento, o juiz utiliza apenas 11% com atos decisórios. Relativamente ao cômputo geral, os demais atores processuais – advogados e partes – utilizam 20%, e os outros quase 70% são despendidos com atividades burocráticas” (*Ob. Cit.*, p. 261). Sobre o problema dos “tempos mortos”, p. ex.: NUNES, Dierle José Coelho e BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Por um paradigma democrático de processo. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 171 e ss.

Por essa razão, a chamada “calendarização processual” [*rectius*: “*procedimental*”] altera completamente as rotinas cartoriais e a forma de gestão da vara judicial. Quando se está diante de autos em papel, p. ex., não há mais sentido em que os cadernos processuais migrem de escaninho em escaninho segundo uma lógica de evolução topológico-temporal e sob o controle de fichamentos físicos ou eletrônicos. Em verdade, o instrumento central para controle do expediente cartorial passa a ser uma *agenda*. Tão logo os autos retornem do recinto de audiências (com o *acordo* de calendarização) ou do gabinete do juiz (com a *resolução* de calendarização), cabe ao serventuário da justiça lançar, numa agenda, todas as datas-limites dos atos do processo já combinadas ou determinadas; daí em diante, deve organizar-se para que as respectivas petições estejam prontamente juntadas a fim de que parte contrária delas disponha e possa praticar os atos ou diligências que lhe competem. Com isso, ao invés de passearem de estante em estante, os autos físicos só saem do lugar em que se encontram para juntadas, resoluções judiciais, vista em balcão de atendimento, carga pelo advogado e remessa ao tribunal. Na verdade, esses autos têm uma localização fixa no armário mediante sistema de coordenadas (em números e/ou letras, por exemplo). Assim que chega ao seu trabalho, o servidor imprime a rol das tarefas agendadas para o dia e realiza-as (o que proporciona várias conveniências administrativas, pois permite que a equipe trabalhe com metas diárias e objetivos inflexíveis). O mesmo se aplica ao juiz, que, ao adentrar o seu gabinete para mais um dia de labuta, terá em mãos o rol dos feitos conclusos em que haverá de sentenciar. Nesse sentido, a vara contará com *duas* agendas: uma na secretaria, outra no gabinete.

Em caso de calendarização por *acordo*, é importante que ele seja tentado em uma audiência colocada entre a distribuição da petição inicial e o início do prazo para resposta (embora possa o juiz homologar acordo de calendarização já celebrado pelas partes *antes* da propositura da ação). Se a tentativa de conciliação restar infrutífera (o que será menos provável, pois o réu ainda não terá impugnado os termos da inicial e, por isso, os ânimos estarão menos acirrados), o ato de resposta também poderá ser calendarizado. Daí se nota que uma calendarização exitosa pressupõe flexibilização do procedimento, haja vista que o juiz terá de convocar o réu para a audiência prévia antes de ordenar-lhe a citação. Tão somente após a audiência – caso o processo não seja extinto por homologação de transação, ou por outro motivo – terá início o prazo de resposta.

Não se pode esquecer, ademais, que o cronograma não é rígido (se bem que a sua conservação seja desejável). Inúmeros imprevistos podem acontecer: atraso na entrega do laudo, morte da parte ou do advogado, não comparecimento à audiência de instrução por motivos de força maior, greve nos serviços judiciários, decisões de tribunal determinando a suspensão do processo (p. ex., atribuição de efeito suspensivo a agravo de instrumento, concessão de medida liminar em ação de controle abstrato de constitucionalidade ou ação cautelar inominada) etc. Nesses casos, com a retomada do curso processual, a sequência dos atos remanescentes pode ser “recalendarizada” por meio de uma nova *timetable*, seja por outro acordo entre as partes, seja por imposição judicial. De qualquer modo, a rigidez do sistema de calendarização deve ser uma obsessão para o juiz, que não pode ser tolerante com adiamentos *sine die*.

4. Calendarização Processual como Técnica de Governança Judicial

A calendarização é técnica de governança privada bastante usual em trabalhos de auditoria, gestão de projetos e produção. O transplante dessa técnica para a esfera pública ocorreu, fundamentalmente, a partir das recomendações do *New Public Management* de Mark Moore, tão difundidas nos anos 1980 pelas gestões de Margaret Thatcher e Ronald Reagan¹¹. A necessidade de *eficiência* governamental (responsabilidade dos funcionários, redução de despesa e aumentos de qualidade, produtividade e receita) fez a rigidez *formal* da racionalidade de *comando* (fundamentada em noções publicísticas, técnicas cartoriais e modelos hierárquicos) dar lugar à flexibilidade *informal* da racionalidade de *consenso* (fundada em noções privatistas, técnicas empresarias e modelos gerenciais). Ou seja, em razão da insuficiência das fontes de legitimação *a priori* e da consequente necessidade de aquisição de legitimidade *a posteriori*, o Estado teve de incrementar o seu desempenho e passou a buscar modelos alternativos, plásticos e ágeis de atuação institucional, o que o impeliu a uma verdadeira “fuga para o direito privado” [Maria João Estorninho]. Daí por que as relações jurídicas titularizadas pela Administração Pública passaram a ser cada vez menos reguladas por leis, regulamentos e portarias (em que prevalecem os princípios da dessimetria e adjudicação compulsória), e cada vez mais por acordos, convenções, cartas, pactos, quase contratos, etc. (nos quais sobressaem os princípios da simetria e cooperação voluntária). Como bem sublinhado pelo jurista alemão Hans Peter Bull, a “Administração autoritária” [*obrigkeitlichen*] vem cedendo cada vez mais espaço a uma “Administração soberana consensual” [*schlicht-hoheitlichen*]¹².

Transplantadas para o âmbito *jurisdicional*, essas diretrizes acabaram infundindo uma espécie de “boa governança judicial” [*good judicial governance*]¹³. Em fornecedores de produtos e serviços, p. ex., uma boa prática de governança são as técnicas inventivas e particularizantes de reengenharia procedimental, que lhes permitem trabalhar sob a ideia de *lead time*: trata-se do tempo de processamento de um pedido, desde o instante em que é colocado na empresa até o momento em que o produto ou serviço é entregue ao cliente. Atualmente, para essas empresas, o desafio utópico é trabalhar muito para que o *lead time* seja reduzido a zero, o que acaba delas exigindo uma produção bastante *flexível*. *Mutadis mutandis*, algo similar se passa hoje com o Poder Judiciário. O juiz-fornecedor precisa: a) fixar *lead times* para a entrega da tutela jurisdicional aos jurisdicionados-consumidores; b) flexibilizar os procedimentos em função das particularidades das situações concretas e do direito material aplicável; c) calendarizar atos processuais em função das expectativas temporais para a prolação das sentenças.

¹¹ MOORE, Mark. *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*. Trad. Xavier Castaner Folch. Barcelona: Paidós, 1998.

¹² Apud ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Lisboa: Almedina, 2009, p. 44 e ss.

¹³ Sobre o movimento mundial de reforma gerencial do Judiciário, v., p. ex.: NUNES, Dierle e TEIXERA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 123 e ss.

A calendarização é usual nos países de tradição anglo-saxã e decorre dos *judicial case management powers*. Grosso modo, trata-se de poderes discricionários atribuídos ao juiz para que – assumindo a responsabilidade pela qualidade e pela eficiência do serviço público de justiça – possa calculadamente regular a atividade das partes segundo balizas ou “bitolas corretivas”. Geralmente, neles estão compreendidas ferramentas de gestão do processo como: fazer uso de tecnologias de informática; incentivar as partes à conciliação ou à cooperação na condução processual; encorajá-las às vias alternativas de resolução de disputas; adaptar o procedimento às diferentes circunstâncias de cada caso concreto; fixar limites de tempo para a prática de atos; monitorar permanentemente situações de delonga ou protelação injustificada; delegar amplamente poderes à secretaria judicial; determinar oficiosamente a produção de provas¹⁴. Como se vê, o combate ao uso irracional do tempo em juízo é inspirado nos valores eficientistas do *social-liberalismo*, infundindo a figura hiperativa do *managerial judge* e a ideologia do “pós-keynesianismo processual”¹⁵.

De qualquer modo, não há nada de “pós-moderno” no formato da calendarização. Afinal de contas, não existe nada de novo sob o sol. O *timing of procedural steps* exprime um princípio de *liberdade formal*, que marca hoje a arbitragem¹⁶.

5. Acordo de Calendarização e Acordo de Procedimento

Se bem que se trate de institutos afins, o *acordo de calendarização* e o *acordo de procedimento* não são confundíveis.

No *acordo de procedimento*, as partes definem quais atos praticarão, bem como a forma e a sequência desses atos, mas não vinculam necessariamente cada um deles a uma data-limite. Trata-se de algo similar a um “compromisso para-arbitral em juízo”, em que as partes chegam a um acordo acerca do procedimento que será adotado no processo. Por meio desse acordo, portanto, as partes celebram um negócio jurídico constitutivo de um formato procedimental. Esse formato pode originar-se de

¹⁴ Sobre os *case management powers*: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 112 e ss.; MATOS, José Igreja. *Ob. Cit.*, p. 130 e ss. Na Europa, a adoção do *case management powers* é diretriz comunitária prevista na Recomendação nº R (1984) 5 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, adotada no dia 28 de fevereiro de 1984, a qual estabelece princípios de processo civil destinados a melhorar o funcionamento da justiça. A diretriz foi encampada pelo *Dispute Act* norueguês de 2005, especialmente pelas regras contidas no § 9-4. No *Civil Procedure Rules* inglês de 1999, esses poderes estão previstos na regra 1.4 (cujo item 2.g prevê a possibilidade de o magistrado fixar calendário ou outro modo de controlar o trâmite processual). Na Justiça Federal dos EUA, o *case management* se faz não com arrimo em texto de lei, mas numa apostila de recomendações para novos juízes chamada “*The elements of case management: a pocket guide for judges*”, editada no ano de 2006 pelo *Federal Judicial Center* (um centro que acompanha o funcionamento das cortes federais) e escrita em 1991 pelo Juiz William W. Schwarzer (diretor do aludido centro entre 1990 e 1995) e por Alan Hirsch (ex-membro do quadro de pessoal do centro).

¹⁵ Sobre as bases político-ideológicas do gerencialismo processual civil: COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, fascista y gerencial”. *Revista Brasileira de Direito Processual* nº 82 – abr/jun 2013, p. 205-216; *idem*. Uma espectrografia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Coord. Fredie Didier et al. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 171-186.

¹⁶ Uma comparação entre o sistema de liberdade formal e o de legalidade procedimental pode ser vista em: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 52 e ss.

bases inéditas, ou simplesmente derivar de algumas deturpações sumarizantes ao procedimento legal padrão. Daí por que o procedimento criado pelas partes é *especial*; contudo, não se trata de um procedimento especial *in abstracto* (desenhado pela lei para situações gerais e abstratas – e. g., mandado de segurança, ação de nunciação de obra nova, desapropriação), mas de um procedimento especial *in concreto* (ou seja, construído episodicamente para um único caso determinado e singular).

Já o *acordo de calendarização* tem autonomia ontológica. Muitas vezes, ele pode funcionar como *pacto adjeto* a um acordo de procedimento. Com outras palavras: após as partes inventarem um procedimento, podem elas submetê-lo a um cronograma e vincular a realização de cada ato a uma data-limite preestabelecida. Aqui, a natureza *acessória* do acordo de calendarização é indissociável, pois ele reflexamente se desconstituirá caso se desconstitua o acordo de procedimento. Não por outra razão o novo CPC traz o acordo de procedimento no artigo 190 e a calendarização no artigo 191. Ainda assim, é possível que as partes decidam não criar procedimento, mas aproveitar o procedimento padrão previsto em lei e vincular cada um dos seus atos a datas precisas. Por conseguinte, pode haver (a) *calendarização com flexibilização procedimental* e (b) *calendarização sem flexibilização procedimental*¹⁷. Decididamente, o *timing of procedural steps* não constitui a técnica de flexibilização procedimental. Não se trata de manifestação ou expressão do *princípio da tutela jurisdicional diferenciada*. Enfim, não é uma forma de adaptação do procedimento a vicissitudes da relação jurídica de direito material controvertida. Quando muito se pode sustentar que é uma técnica de *gestão racional do tempo processual*, fruto da filosofia do *just in time*, que tanto inspira o processo produtivo das grandes corporações empresariais. Técnica, aliás, muito bem vinda, haja vista que “tempo é dinheiro”¹⁸.

De qualquer maneira, o que existe em comum entre o acordo de calendarização e o acordo de procedimento é que ambos são *negócios jurídicos processuais*. No primeiro, a autonomia da vontade modela a estrutura procedimental; no segundo, ela define o ritmo do desenvolvimento procedimental. Ambas imprimem ao processo uma lógica *arbitral* e tiram a condução procedimental do *comando autoritário*, transportando-a para a esfera do *consenso amigável*. A verticalidade da imposição rígida cede passo à horizontalidade da negociação flexível. O acordo de calendarização é um negócio jurídico porque é um fato jurídico cujo suporte fático carrega como elemento nuclear manifestações ou declarações conscientes de vontade, em relação às quais o sistema jurídico processual civil faculta às partes, dentro de limites prefixados e de amplitude vária, o poder de submeter a sequência procedimental a um autorregramento cronológico, a fim de que cada ato processual esteja vinculado a uma data-limite¹⁹.

¹⁷ Excelentes críticas à possibilidade de flexibilização procedimental no Brasil podem ser encontradas em: NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre, CÂMARA, Bernardo Ribeiro e SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 443 e ss.

¹⁸ Como bem sublinha Antônio Ernani Pedroso Calhao, “uma justiça lenta e ineficiente produz impactos negativos à segurança dos negócios e inibe a inversão de capitais, constituindo a lentidão como mais um componente na construção dos indicadores que medem a taxa de risco pelos mercados de capitais.” (Ob. Cit., p. 275).

¹⁹ Excelentes considerações sobre a possibilidade de negócios processuais – a despeito da resistência da

Trata-se de negócio *bilateral*. Dele o juiz não participa como declarante. Limita-se a homologá-lo (o que é *um elemento integrativo de eficácia* do negócio, não elemento constituinte do seu suporte fático no plano da *existência*). Mesmo que o magistrado esteja comprometido a sentenciar até determinada data, em tese não haverá de sofrer qualquer sanção processual civil caso não logre cumprir a promessa (a não ser sanções de natureza correicional se a demora descambar para o plano da irrazoabilidade). Afinal, se os prazos estabelecidos *ex vi legis* para o magistrado decidir são impróprios, com maior razão para ele são impróprios os prazos fixados *ex vi voluntatis*. É interessante registrar que as partes podem levar *ab initio* à homologação do juiz um acordo de calendarização celebrado pré-processualmente (autônomo, ou adjeto a um acordo de procedimento); porém, não podem obrigar o juiz a acatar o *deadline* estipulado por elas próprias para a prolação da sentença.

6. Calendarização por Imposição Judicial

Questão tormentosa é saber se o juiz pode *impor* às partes uma calendarização por ele mesmo estruturada. Ou seja, resta saber se o juiz, após receber a petição inicial, pode unilateralmente construir em seu gabinete uma “tabela temporal” [*timetable*] – mediante uma flexibilização procedimental, ou aproveitando-se do modelo procedimental padrão – e impô-la à observância das partes.

Embora a hipótese possa melindrar a ala mais radical do garantismo processual, a calendarização *ex officio* pode ser um excelente instrumento de celerização nos processos em que uma das partes seja o Poder Público. Afinal de contas, é notória a lentidão que os privilégios e as prerrogativas da Fazenda ocasionam aos processos. Não se pode olvidar, porém, que a atuação dos advogados públicos em juízo é sempre caracterizada por várias restrições funcionais; logo, podem existir dúvidas a respeito da possibilidade de acordos de calendarização pelos órgãos de representação judicial das pessoas jurídicas de direito público. De qualquer forma, é bastante recomendável que o juiz entre em tratativas com os procuradores-chefes, visto que os respectivos órgãos de representação judicial terão de reorganizar-se internamente para que trabalhem sob *agendamentos*. No caso da União, p. ex., a intimação de *cada* despacho com vista pessoal dos autos (Lei nº 9.028/1995, art. 6º; LC 73/1993, art. 38; Lei nº 11.033/2004, art. 20) dará lugar a uma única intimação de tudo quanto venha a acontecer até a sentença. Idêntico raciocínio é extensível às Defensorias Públicas (LC 80/1994, arts. 44, I, e 128, I) e ao Ministério Público (CPC, arts. 83, I, e 236, § 2º; Lei nº 8.625/1993, art. 41, IV). Todos eles têm secretarias próprias, que recebem autos e mandados e repartem equanimemente os encargos de trabalho entre seus agentes.

Porém, na calendarização por imposição, a autoridade judicial há de ter redobrada cautela. Afinal, trata-se de exercício de ativismo judicial, que, não raro,

doutrina em admiti-los – podem ser lidas em: DIDIER JR., Fredie e NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 54-64; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Sentenças condicionais. Pontes de Miranda e o direito processual*. Coord. Fredie Didier Jr. et al. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 919-933.

descamba para o *summum malum* da arbitrariedade, ferindo a indeclinável *isonomia* entre as partes. O juiz deve ter cuidado para não fixar prazos preclusivos inferiores àqueles previstos em lei, ou estabelecer assimetricamente prazos favoráveis mais a uma parte que à outra. Tanto num caso como noutro, o *devido processo legal* estaria gravemente afrontado. As datas-limites deverão expressar prazos razoáveis para cada uma das partes. Para que se evitem riscos, porém, o ideal é que a calendarização seja feita por acordo em audiência (a qual é sempre preferível, pois nela se verifica uma gestão compartilhada do fluxo processual entre juiz e partes, o que atende aos ditames da democratização participativa²⁰). Nesse caso as partes podem estabelecer para si prazos preclusivos inferiores àqueles previstos em lei. Todavia, se o acordo de calendarização não for possível, é recomendável que os *timings* prescritos em lei sejam aumentados pelo juiz: se por um lado se perde tempo com a dilatação dos prazos, por outro se ganha com a erradicação dos “tempos neutros” ou “black holes”. O resultado final acaba sempre sendo o aumento do rendimento de produção com a redução do tempo global de tramitação processual.

7. Recusa da Parte ou do Advogado à Calendarização

É possível que uma das partes se recuse, imotivadamente, a celebrar um acordo de calendarização. A técnica traz enormes benefícios, visto que se destina à concretização do princípio constitucional da celeridade processual (CF, artigo 5º, LXXVIII). Ainda assim, pode a parte não desejá-la e preferir que o trâmite processual se faça de modo mais lento e tradicional. Tal atitude pode partir de um réu que não tenha razão, fadado a perder, que apenas queira protelar o desfecho da causa. Nesse caso, poderia o juiz sentir-se tentado a condenar o réu nas penas previstas para a prática de litigância de má-fé (CPC, artigos 14 e 18). Afinal de contas, à luz do princípio da boa-fé objetiva, a resistência à celebração do acordo poderia ser lida como um comportamento social típico de dolo processual. Porém, as partes não são obrigadas a firmar acordos no processo. O exercício do poder negocial das partes é simplesmente *facultativo*, não obrigatório. Não há dever de celebrar acordo de calendarização, pois. Daí por que a recusa da parte ao entabulamento de cronogramas procedimentais não configura ilícito. Ora, se de ilícito não se trata, não se há de falar em imposição de sanção processual civil. De qualquer modo, em situações como essa, poderá o juiz estabelecer a calendarização *unilateralmente* ²¹.

²⁰ É valiosa a ideia do advogado como um *cogestor do tempo processual*. Como bem pontua o juiz federal e professor da UFMG Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad, “os próprios advogados [...] não se enxergam como agentes capazes de contribuir para fomentar a celeridade processual. E não adianta a Constituição Federal estabelecer, com clareza mediterrânea, que o advogado é indispensável à administração da Justiça, porque a imposição normativa esbarra na resistência cultural. Por seu turno, os juízes americanos veem necessidade de alocar os advogados nos esforços para gerenciar o ritmo dos litígios e os consideram naturais parceiros no desenvolvimento de programas de redução do atraso a condução dos processos.” (Gerenciamento processual e demandas repetitivas. *Seminário demandas repetitivas e na Justiça Federal: possíveis soluções processuais e gerenciais*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciário, 2013, p. 88).

²¹ A letra fria do artigo 191 do CPC de 2015 parece não referendar essa possibilidade.

É possível que a recusa advenha do advogado, que não se veja profissionalmente organizado para atuar por agendamento (o que não é crível, porquanto o agendamento é a metodologia de trabalho do causídico *par excellence*). De qualquer modo, é preciso dizer que a calendarização não apenas agiliza o fluxo temporal da relação jurídica processual, como também distensionaria o relacionamento entre advogado e cliente. Afinal de contas, o *timetable* reduz a ansiedade da parte, que antecipadamente sabe a data provável em que a demanda será julgada. Isso fará com que o cliente procure menos o seu advogado, acesse menos o site de acompanhamento processual e visite menos o cartório ou a secretaria em que tramitam os autos. Se o teor da sentença é imprevisível, ao menos que seja previsível a sua data. Como se tudo isso não bastasse, a informação aos jurisdicionados de um *padrão de espera* para a sentença, “além de cumprir com o princípio democrático [...], garante a possível reclamação pelo descumprimento à autoridade hierarquicamente superior, e o controle passa a ser da sociedade [...]”²².

8. Modelos de Termo de Calendarização

Para que se visualize a dinâmica de tratativas de um acordo de calendarização em juízo, entendemos por bem expor duas atas de audiência hipotéticas, nas quais o negócio processual é celebrado:

AUDIÊNCIA PRÉVIA

AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

AUTOS SOB Nº xxxxxxxx-xx.2014.403.6102

AUTOR: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

RÉU: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF

No dia 11 de julho de 2014, às 14h00, na sala de audiências da 7ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP, sob a presidência do MM. Juiz Federal Substituto Dr. EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, foi aberta a audiência com as formalidades de estilo. Compareceram o autor xxxxxxxxxxxxxxxx, patrocinado pelo advogado Dr. xxxxxxxxxxxxxxxx, inscrito na OAB/SP sob nº xxxxxxxxxxxx, bem como a ré CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, apresentada pelo preposto xxxxxxxx e patrocinada pelo advogado Dr. xxxxxxxxxxxxxxxx, inscrito na OAB/SP sob nº xxxxxxxxxxxx. Iniciados os trabalhos, a tentativa de conciliação restou infrutífera. Do diálogo entre juiz e partes, restou declarado pela ré que pretende, caso não se extinga o processo sem resolução do mérito, a realização de perícia contábil, à qual não se opôs o autor. Restou desde já nomeado para o múnus o

²² CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *Ob. cit.*, p. 267.

Contabilista xxxxxxxxxxxx, cujo escritório se situa na Rua xxxxxxxx, e cujo telefone é (16) xxxx-xxxxxxx. Presente à audiência, o perito tomou esclarecimentos e, com isso, pôde arbitrar seus honorários em R\$ xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, com o qual concordaram as partes. Por sugestão do juiz, as partes firmaram acordo de procedimento com pacto adjeto de calendarização, o qual restou homologado nos seguintes termos: a) até 28 de julho de 2014, a CEF contestará (ocasião em que arguirá, a título de preliminar, apenas sua ilegitimidade passiva), adiantará a remuneração pericial, indicará assistente técnico e formulará, no máximo, 10 (dez) quesitos; b) até 07 de agosto de 2014, o autor replicará, indicará assistente técnico e formulará, no máximo, 10 (dez) quesitos; c) a preliminar será apreciada até 15 de agosto de 2014; se afastada, a CEF não interporá agravo e os autos serão remetidos no mesmo dia ao perito para iniciar seus trabalhos; d) até 16 de setembro de 2014, o laudo deverá ser protocolizado em juízo, com entrega de cópias para cada uma das partes; e) até 26 de setembro de 2014, as partes apresentarão manifestações e os pareceres dos seus assistentes técnicos; f) se o juiz não tiver dúvidas sobre o laudo e se as partes não formularem quesitos elucidativos e/ou complementares, os autos serão remetidos à conclusão para sentença, a qual será provavelmente prolatada até 13 de outubro de 2014; g) caso contrário, os autos serão remetidos ao perito e, a partir de então, nova calendarização será feita *ex officio* pelo juiz. Restou ainda acordado que, sob pena de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a ser revertida ao Estado: 1) nenhum documento mais será juntado após a contestação; 2) a CEF não apresentará reconvenção, impugnação ao valor da causa, impugnação aos benefícios da justiça gratuita ou exceções formais; 3) as petições terão, no máximo, 10 (dez) páginas, totalizando 14.000 caracteres, e terão formato A4, margens superior 4.5 cm, margem inferior 4.0 cm, margem esquerda 4.5, margem direita 2.5 cm, cabeçalho 3.8 cm, rodapé 2.5 cm, fonte Times New Roman, corpo 12 pt, espaçamento 1.5, margem justificada. Saem os presentes intimados. Nada mais. Eu, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, Analista Judiciária, RF sob nº xxxxxx, digitei.

MM. Juiz Federal Substituto: _____

Autor: _____

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (preposto): _____

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (advogado): _____

PERITO: _____

AUDIÊNCIA PRÉVIA

AÇÃO DE PROCEDIMENTO ESPECIAL DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL
AUTOS SOB Nº xxxxxxxx-xx. 2014.403.6313

AUTOR: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

No dia 11 de julho de 2014, às 14h00, na sala de audiências do Juizado Especial Federal de Franca/SP, sob a presidência do MM. Juiz Federal Substituto Dr. EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, foi aberta a audiência com as formalidades de estilo. Compareceram o autor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, patrocinado pelo advogado Dr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, inscrito na OAB/SP sob nº xxxxxxxxxxxx, bem como o INSS, apresentado pelo Procurador Federal Dr. xxxxxxxxxxxx, inscrito na OAB/SP sob nº xxxxxxxxxxxx. Iniciados os trabalhos, a tentativa de conciliação restou infrutífera. Ficou claro que o deslinde da causa depende da realização de prova oral (depoimento pessoal do autor e oitiva de testemunhas a serem por ele trazidas). Por sugestão do juiz, as partes firmaram acordo de procedimento com pacto adjeto de calendarização, que restou homologado nos seguintes termos: a) o autor não mais juntará documentos; b) em audiência a realizar-se no dia 12 de agosto de 2014, às 14h00, neste mesmo local, o INSS entregará contestação (na qual não arguirá a incompetência deste juízo), será tomado o depoimento pessoal do autor e serão ouvidas suas testemunhas, que comparecerão independentemente de intimação; b) não haverá ensejo para réplica e alegações finais; c) a sentença será prolatada em audiência; d) havendo interesse recursal, na própria audiência serão oralmente apresentados embargos declaratórios, razões e contrarrazões de recurso inominado; d) na mesma audiência, o juiz decidirá sobre os efeitos do recurso e determinará a remessa dos autos à Turma Recursal. Saem os presentes intimados. Nada mais. Eu, xxxxxxxxxxxx, Analista Judiciária, RF sob nº xxxxxx, digitei.

MM. Juiz Federal Substituto: _____

Autor: _____

INSS: _____

Perceba-se que essas duas atas trazem casos de ampliação e de redução de prazos processuais. Nisso, estão elas em sintonia com os enunciados aprovados por unanimidade pela Plenária do II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual, realizado nos dias 9 e 10 de novembro de 2013 em Salvador/BA²³.

De acordo com o Enunciado 19:

²³ <http://atualidadesdodireito.com.br/dellore/files/2013/12/carta-salvador-nov13.pdf>.

19. Art. 191. São admissíveis os seguintes negócios processuais bilaterais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo bilateral de ampliação de prazos das partes, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória. (Grupo: Negócio Processual)

De acordo ainda com o Enunciado 21:

21. Art. 191. São admissíveis os seguintes negócios plurilaterais, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado da lide convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais. (Grupo: Negócio Processual)

9. Calendarização em Execução

Até agora a figura da calendarização foi estudada como uma tabela temporal para o desenvolvimento da atividade *cognitiva*, especialmente das fases instrutória e decisória. Num calendário típico, os *timings* dizem respeito à prática de atos como oferecimento de contestação, tomada de depoimento pessoal das partes, oitiva de testemunhas, juntada de documentos, apresentação de razões finais e prolação de sentença. Todavia, é plenamente possível a instituição de uma tabela temporal para a etapa de implantação prática de uma sentença condenatória de obrigação de fazer (obviamente, nos casos em que o condenado concorda em cumpri-la)²⁴. Ou seja, a técnica da calendarização é aplicável tanto a fases pré-sentenciais quanto a fases pós-sentenciais.

Na etapa de execução da tutela específica²⁵, é possível que as partes celebrem um *cronograma de cumprimento voluntário*. Isso permitirá que juiz e autor promovam um controle individual ou conjunto do cumprimento das etapas do cronograma, *i.e.*, realizem o acompanhamento e o monitoramento desses *timings* [*procedural timing controls*]. Em execuções de obrigação de fazer mais complexas (*e.g.*, implantação de políticas públicas em juízo), a supervisão *pari passu* do cumprimento das tarefas também pode ser realizada por *administrador* da confiança do juiz, ou indicado pelas

²⁴ Só é possível em execução de obrigação de fazer (provisória ou definitiva), em que se pode negociar um cronograma de cumprimento de fases. Na execução por quantia certa, por exemplo, é possível calendarizar o procedimento dos embargos de devedor. Mas aí se está falando de calendarização de atividade cognitiva incidental.

²⁵ O termo *execução* está em sentido impróprio, pois, aqui, o Estado-juiz não invade forçadamente a esfera jurídica do demandado. Ou seja, “execução” está como sinônimo de *efetivação*. Não se adota, portanto, a diferenciação entre “execução direta” e “execução indireta”. Para uma crítica a essa diferenciação, v., p. ex.: GOUVEIRA FILHO, Roberto Campos e ARAÚJO, Raquel Silva. Por uma noção de execução forçada: pequenas provocações aos defensores da executividade da “execução indireta”. *Pontes de Miranda e o direito processual civil*. Coord. Fredie Didier Jr. et al. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 989-1000.

partes (chamado pela doutrina estadunidense de *master*), sem que lhe sejam atribuídos poderes de intervenção no Poder Público, ou de gestão direta sobre a implantação da política. Com isso se percebe que, em execuções complexas delongadas sob racionalidade cooperativa, a dinâmica do processo se assemelha muito a uma atividade *reguladora*: as cláusulas do acordo de calendarização definem os marcos regulatórios [*rule-making*] e os meios de fiscalização do cumprimento do cronograma [*monitoring*]²⁶.

No acordo, é possível estipular-se: α) a incidência de multa penal pelo atraso no cumprimento de cada etapa do cronograma (ou seja, é possível a estipulação de sanções pelo descumprimento dos *timings*), sem prejuízo de multa diária em caso de expiração do prazo para o cumprimento total da obrigação de fazer; β) a incidência de multa diária em caso de expiração do prazo para o cumprimento total da obrigação, sem incidir qualquer multa penal pelo atraso nos *timings*. Sem dúvida, a opção (β) é preferível: o que importa é o cumprimento *global* da obrigação. Ora, não raro, surgem imprevistos na execução das fases do cronograma. Assim, em face de caso fortuito ou força maior, pode o réu invocar a *teoria da imprevisão* e requerer a convocação de uma nova audiência para que se discuta a revisão do acordo e para que ele seja readequado às novas circunstâncias que dificultam o cumprimento da obrigação no tempo originariamente previsto.

Para que seja evitada a necessidade de revisão de todo um complexo cronograma já negociado, é possível – e, não raro, recomendável – que cada etapa seja objeto de uma rodada própria de negociação. Ou seja, é possível que, ao fim de cada etapa realizada, o juiz convoque as partes para uma negociação do passo subsequente. A esse agrupamento funcional de acordos dá-se o nome de *coligação de negócios jurídicos* [Orlando Gomes] ou *união interna de negócios jurídicos* [Pontes de Miranda]: embora cada negócio tenha a sua identidade própria, eles têm os seus destinos ligados entre si. Essa técnica de várias negociações sucessivas revela-se adequada, p. ex., para os casos de políticas públicas de implantação supercomplexa e demorada, já que permite ao juiz e às partes uma avaliação da gestão administrativa no cumprimento dos passos antecedentes, um reajustamento das expectativas e uma readequação das tarefas para as etapas posteriores. Num certo sentido, esse tipo fracionado de “execução cooperativa” aproxima-se mais da forma real como, na prática, as políticas públicas se concretizam extrajudicialmente, visto que a implantação costuma ser apresentada em *ciclos* (não em fases claramente discerníveis) e a avaliação é feita no curso da implantação (não ao final), o que acaba introduzindo novos elementos na agenda inicialmente concebida e fazendo com que ela seja continuamente reavaliada e adaptada à realização do objetivo. Daí por que, aqui, a implantação voluntária da política pública não advir da celebração de um único acordo, mas de *vários*, todos interligados por subordinação ou coordenação e pertencentes a uma unidade funcional complexa.

²⁶ Para um aprofundamento do assunto: COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo* 212 – out. 2012, p. 25-56.

10. Conclusão

Pôde-se ver ao longo deste pequeno artigo que a calendarização é uma técnica de aceleração processual (1) simples, (2) de baixo custo normativo e (3) de alta eficiência: *simples* porque se consubstancia num mero ato inaugural fundante, em que esteja previsto todo o cronograma do procedimento; *de baixo custo normativo*, pois não depende de lei para ser aplicada; *de alta eficiência*, visto que produz considerável celeridade eliminando os despachos de movimentação processual e as publicações na imprensa oficial. Técnicas como essa devem ser examinadas e aplicadas sem reticências, especialmente às vésperas de um novo CPC, que constrói mega-equipamentos de aceleração de compreensão difícil, manuseio sofisticado e eficiência duvidosa. Porém, não se pode esperar outra postura de uma comunidade de juristas que ainda raciocina sob a trilogia *estrutural* jurisdição-ação-processo. Nos tempos confusos da hipercomplexidade social, o processo civil já deveria estar sendo trabalhado sob a trilogia *funcional* organização-celeridade-eficácia. Se isso já estivesse acontecendo no Brasil, talvez não seria preciso um novo Código: bastaria que as normas do CPC de 1973 fossem inventivamente relidas e aplicadas sob uma mentalidade gerencial de cariz empírico-pragmático. Para muitos, ainda assim, tão só um novo Código teria condições de minimizar o déficit de eficiência jurisdicional. Nesse caso, para que tal déficit seja efetivamente superado, impõe-se uma inapagável condição de possibilidade: a profunda mudança de mentalidade dos operadores forenses.

Trabalho de Crianças e Adolescentes e Participação em Espetáculos Públicos: Reflexões sobre o Juízo Competente para Autorizá-los

Emerson Garcia*

Sumário

1. Delimitação do Plano de Análise. 2. Aspectos Gerais do Trabalho de Crianças e Adolescentes. 3. Participação de Crianças e Adolescentes em Espetáculos Públicos. 4. Autorização Judicial para o Trabalho e para a Participação em Espetáculos Públicos. 5. Iniciativas Favoráveis à Competência da Justiça do Trabalho para Autorizar o Trabalho de Crianças e Adolescentes. 6. A Competência do Juízo da Infância e da Juventude e o seu Alicerce Argumentativo. 6.1. O Direito da Infância e da Juventude e sua Autonomia Existencial. 6.2. A Distinção entre Autorização para o Trabalho e Relação de Trabalho. Epílogo. Referências Bibliográficas.

Resumo

O trabalho de crianças e adolescentes há muito tem atraído os olhares de tantos quantos se preocupam com a continuidade e o sadio desenvolvimento da espécie humana. Afinal, é sabido que essa camada da população tem sido vítima de abusos de toda ordem, daí as restrições, ao exercício de atividades laborativas, baseadas no critério etário. Em situações excepcionais, é possível que o hoje denominado Juízo da Infância e da Juventude autorize o desempenho de certas atividades, incluindo a participação em espetáculos públicos, que, em muitos casos, mais se aproxima de uma atividade de lazer que propriamente de um labor. O objetivo dessas breves linhas é tão somente o de demonstrar que o art. 114, I, da Constituição da República, com a redação que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional nº 45/2004, em nada alterou esse quadro, de modo que a Justiça do Trabalho, conquanto seja competente para apreciar as ações oriundas da relação de trabalho, não o é para apreciar o pedido de autorização para o trabalho.

Palavras-Chave

Juventude. Relação de Trabalho. Espetáculos. Autorização. Juízo da Infância e da Juventude.

* 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. Membro 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).

1. Delimitação do Plano de Análise

Um bom alicerce garante a solidez da construção. Essa máxima, ínsita no pensamento individual e amplamente difundida em qualquer ambiente sociopolítico, é daquelas que une, com rara plasticidade, engenho e filosofia. Do mesmo modo que nenhuma construção permanece imune às suas falhas estruturais, também o ser humano há de colher, na fase madura da vida, ou as bonanças advindas da sementeira da juventude ou, não raro, as intempéries decorrentes de uma formação insuficiente ou inadequada. Na invejável percepção do poeta inglês Wordsworth,¹ “[t]he child is the father of the man”. A juventude de hoje dá origem à maturidade do amanhã, assim como a manhã inaugura o dia que há de findar com a noite.

Não é por outra razão que as sociedades há muito têm se preocupado com a proteção e o desenvolvimento da *juventude*, designativo que alberga os seres humanos ainda em formação, não alcançados pela maturidade e que é preferível ao significante *menor*, por si só estigmatizante, na forma e na essência. Um dos aspectos dessa preocupação reflete-se no cuidado em relação à identificação das situações em que deve ser admitido, ou não, o exercício do trabalho ou a participação em espetáculos públicos por essa camada da população. Afinal, o trabalho prematuro pode subtrair momentos preciosos de estudo e lazer, colocando em risco o futuro do indivíduo e, porque não, da própria sociedade em que inserido.² Espetáculos alicerçados em uma base de valores distorcida podem simplesmente deturpar personalidades.

O direito brasileiro, certamente influenciado por um movimento cosmopolita, há pelo menos um século, tem externado a sua preocupação com o trabalho da juventude e estabelecido padrões regulatórios para o seu exercício. Além de ser comum o estabelecimento de vedações para o exercício do trabalho a partir de critérios etários, tem sido igualmente permitido que, com a vedação geral, concorram autorizações específicas. Nesse caso, é preciso que uma autoridade judiciária venha a concedê-las. Essa autoridade, há pouco menos de um século, tem sido o juízo com competência específica para atuar em assuntos afetos à juventude. Ainda que um século seja pouco mais que nada em termos de evolução da humanidade, é prazo mais que considerável em termos de estabilidade normativa, principalmente em um País como o nosso, que há pouco mais de um século tornou-se República e que por poucas décadas conviveu com práticas democráticas.

Apesar desse quadro de estabilidade, percebe-se, no alvorecer do século XXI, o surgimento de um movimento, ainda incipiente, prosélito da incorreção da sistemática legal que atribui ao juízo da juventude (*rectius*: da infância e da juventude) competência para autorizar o trabalho nas situações em que a ordem jurídica estabelece uma vedação geral. Afinal, segundo ele, por estarmos perante uma relação de trabalho, a competência, por imperativo constitucional, haveria de ser da Justiça do Trabalho. Muitos defendem que até mesmo a autorização para a participação episódica em espetáculos públicos deveria ser absorvida por este ramo especializado.

¹ WORDSWORTH, William. *The Rainbow, in Poems*, vol. I. 2ª ed. London: Clarence Press, 1952, p. 226.

² Wolowski, refletindo sobre os impactos trazidos pela Revolução Industrial, também realçara que “a criança de hoje é a sociedade do futuro” (*Le Travail des Enfants dans les Manufactures*. Paris: Librairie Guillaumin, 1868, p. 11).

O objetivo dessas breves linhas é analisar o atual estágio de evolução dessa temática e apresentar o nosso entendimento a seu respeito. O primeiro passo é identificar os aspectos gerais do trabalho da juventude e as especificidades que envolvem a sua participação em espetáculos públicos. A partir daí, será possível aferir a funcionalidade da autorização judicial e os argumentos que pesam a favor da competência da Justiça do Trabalho e aqueles que caminham no mesmo norte em que se situa a Justiça da Infância e da Juventude.

2. Aspectos Gerais do Trabalho de Crianças e Adolescentes

O trabalho do homem, como se sabe, passou por múltiplas vicissitudes de ordem sócio-jurídica desde os primórdios da humanidade. Como referenciais, podemos mencionar o trabalho como meio indispensável à subsistência, presente desde as épocas mais primitivas, e, numa fase mais avançada, o trabalho voltado à satisfação dos interesses de outrem, do que são exemplos (1) a escravidão, caracterizada pela falta de liberdade e pela prestação de uma atividade laborativa compulsória, sem qualquer contraprestação do tomador, (2) a servidão, própria do período feudal, em que o indivíduo não tinha ampla liberdade, mas possuía alguns direitos (v.g.: direito de herança sobre animais e objetos pessoais), beneficiando-se da produção; e (3) o trabalho remunerado, que, em suas origens, além da remuneração, poucos direitos assegurava ao trabalhador, em muito se assemelhando a uma mera mercadoria.

A conquista do trabalho remunerado é fruto da revolução política do Século XVIII, de raízes franco-americanas, que apregoou a liberdade como valor fundamental e rechaçou o trabalho servil. No Édito de fevereiro de 1776, elaborado pelo Ministro Turgot e que dispensava a vinculação dos trabalhadores às corporações de ofício, afirmava-se que *“Dieu, en donnant à l’homme des besoins, en lui rendant nécessaire la ressource du travail, a fait du droit de travailler, la propriété de tout homme; et cette propriété est la première, la plus sacrée et la plus imprescriptible de toutes. Nous regardons comme un des premiers devoirs de notre justice, et comme un des actes les plus dignes de notre bienfaisance, d’affranchir nos sujets de toutes les atteintes portées à ce droit inaliénable de l’humanité.”*³ Essa construção filosófica, no entanto, teve o seu brilho ofuscado por alguns dogmas da Revolução Industrial. A liberdade não conseguia transpor o plano idealístico-formal e o trabalho remunerado transmutava-se numa amarga ilusão. O trabalhador “livre” via-se subjugado pelo capital, que se concentrava em grandes estruturas organizacionais manipuladoras das massas operárias. A liberdade não veio acompanhada da igualdade: esse estado de coisas fez que o domínio do capital atingisse patamares acentuados, permitindo que a opressão em muito se assemelhasse aos antigos regimes servis. No liberalismo clássico, a contraposição entre capitalismo e proletariado tornou-se extrema; o Estado, por sua vez, nada fazia para aproximar liberdade e igualdade, deixando o trabalho sob o jugo do capital.

³ Cf. TANGUE, Fernand. *Le droit au travail entre histoire et utopie, 1789-1848-1989: de la répression de la mendicité à l’allocation universelle*. Bruxelles: Publications des Fac. St Louis. 1989, p. 47.

No plano político-filosófico, o combate à dominação do capital sofreu grande influência das construções teóricas de Marx e de Leão XIII. Enquanto o primeiro apregoava a “luta de classes”, que culminaria com o triunfo do proletariado sobre a burguesia, extinguindo-a; o segundo defendeu, na Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, a “harmonia entre as classes”, permitindo o nivelamento e o equilíbrio entre burguesia e proletariado. No primeiro pós-guerra, essas doutrinas exerceram indiscutível influência no delineamento dos regimes políticos emergentes, com especial realce na dicotomia socialismo – capitalismo, este último de contornos mais moderados, com características próprias do novo Estado Social de Direito.

No âmbito internacional, o Tratado de Versalhes, de junho de 1919, imposto pelos vencedores aos vencidos,⁴ previu a criação da Organização Internacional do Trabalho em sua Parte XIII, o que demonstrava o anseio da sociedade internacional em ver respeitados determinados direitos sociais do trabalhador (vide art. 427, 1 a 9). Esse objetivo seria alcançado com a instituição de uma representação que albergasse todos os interesses envolvidos (empregados, empregadores e representantes do Estado), buscando-se a melhoria das condições de trabalho, que não deveria ser considerado uma mercadoria, e com a possibilidade de serem recebidas reclamações das organizações profissionais quanto ao descumprimento das obrigações assumidas pelos Estados-partes. Em seu preâmbulo, a Carta da Organização Internacional do Trabalho dispõe que as “Altas Partes Contratantes são movidas por sentimentos de justiça e humanidade” e que “uma paz universal e duradoura só pode ser fundada numa base de justiça social”.

No âmbito do direito interno, merecem referência as Constituições mexicana de 1917, russa de 1918 e alemã de 1919. No direito brasileiro, a Constituição de 1934 foi a primeira a dispensar especial atenção ao trabalhador, em muito se aproximando das bases postas pela Constituição de Weimar, de 1919, ao estabelecer um extenso rol de direitos sociais (v.g.: salário mínimo, jornada máxima de trabalho, indenização por despedida injusta etc.). Disciplinou o amparo da produção e das condições de trabalho, sempre com o objetivo de assegurar a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos da sociedade. As conquistas foram mantidas nas Constituições posteriores, que ainda atribuíram novos direitos sociais aos trabalhadores.

O trabalho não mais poderia ser visto como mercadoria e o trabalhador deveria ter o seu valor reconhecido. Afinal, recorrendo à filosofia kantiana,⁵ tudo há de ter um *preço* ou uma *dignidade*: aquilo que tem um preço pode ser substituído por outra coisa equivalente, o que é superior ao preço e não admite equivalente tem uma dignidade. Paralelamente ao reconhecimento da importância do trabalho no âmbito das relações sociais, com a correlata atribuição de direitos ao trabalhador, foram igualmente adotadas medidas cujo fim precípuo era o de preservar a incolumidade física e mental de crianças e adolescentes que desempenham atividades laborativas.

⁴ Cf. BECKER, Jean-Jacques. *O Tratado de Versalhes (Le Traité de Versailles)*. Trad. de EGREJAS, Constança. São Paulo: Editora Unesp, 2010, p. 31 e ss.

⁵ *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. de HOLZBACH, Leopoldo. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 52.

Apesar de o trabalho de crianças e adolescentes ter oferecido relevante contribuição para a economia europeia, os seus efeitos deletérios não passaram despercebidos. Os primeiros países a aboli-lo em grande escala na indústria foram os da Europa do Norte, seguidos pelos antigos países comunistas da Europa Central.⁶ Na Inglaterra, no alvorecer da Revolução Industrial, crianças e adolescentes chegavam a trabalhar de 12 a 16 horas por dia, o que levou à edição do *Moral and Health Act*, de 1802, que limitou a jornada a 12 horas. Pouco tempo depois, foi proibido o trabalho das pessoas com idade inferior a 9 anos. Na França, vedou-se, em 1813, o trabalho de pessoas de reduzida faixa etária nas minas e, em 1841, o exercício de qualquer trabalho aos menores de 8 anos.⁷ No plano internacional, o grande impulso das medidas de proteção foi oferecido pela Organização Internacional do Trabalho, que difundiu inúmeras convenções e recomendações a respeito dessa temática:

(i) Convenção nº 5, de 1919, que estabeleceu a idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria (art. 2º). Foi aprovada na 1ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Washington – 1919) e entrou em vigor no plano internacional em 13 de junho de 1921. Em relação ao Brasil, foi aprovada por ato do Chefe do Governo Provisório, de 27 de março de 1934, ratificada em 26 de abril de 1934 e promulgada pelo Decreto nº 423, de 12 de novembro de 1935. Foi denunciada, como resultado da ratificação da Convenção nº 138, em 28 de junho de 2001.

(ii) Convenção nº 6, de 1919, que proibiu o trabalho noturno do menor na indústria. Foi aprovada na 1ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Washington – 1919) e entrou em vigor no plano internacional em 13 de junho de 1921. Em relação ao Brasil, foi aprovada por ato do Chefe do Governo Provisório, de 27 de março de 1934, ratificada em 26 de abril de 1934 e promulgada pelo Decreto nº 423, de 12 de dezembro de 1935. Está em vigor. Consta como instrumento pendente de revisão.

(iii) Convenção nº 7, de 1920, que dispôs sobre a idade mínima para a admissão de menores no trabalho marítimo. Foi aprovada pela 2ª Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em sua 22ª sessão, realizada em junho e declarada encerrada em 24 de outubro de 1920. Em relação ao Brasil, foi ratificada em 08 de junho de 1936 e promulgada pelo Decreto nº 1.397, de 19 de janeiro de 1937. Foi denunciada, como resultado da ratificação da Convenção nº 58, em 9 de janeiro de 1974.

(iv) Convenção nº 10, de 1921, que fixou a idade mínima para o trabalho na agricultura. Entrou em vigor no plano internacional em 31 de agosto de 1923 e não foi ratificada pelo Brasil.

⁶ *Conseil de l'Europe. Les enfants et le travail en Europe*. Strasbourg: Éditions du Conseil de l'Europe, 1996, p. 23.

⁷ A respeito das primeiras leis, inglesas e francesas, que buscavam disciplinar o trabalho juvenil, vide: WOŁOWSKI. *Le Travail des Enfants...*, p. 11 e ss.; e DUPIN, Charles Baron. *Du travail des enfants qu'emploient les ateliers, les usines et les manufactures*. Paris: Bachelier, Imprimeur-Libraire, 1840, p. XXXV e ss. Interessante levantamento sobre o trabalho das crianças, em território belga, na primeira metade do século XIX, mais especificamente em relação ao quantitativo de trabalhadores, às atividades realizadas e à remuneração recebida, pode ser encontrado em DIEUDONNÉ, J. *Mémoire sur la condition des classes ouvrières et sur le travail des enfants, par le Conseil Central de Salubrité Publique de Bruxelles*. Bruxelles: Imprimerie de Th. Lesigne, 1846, p. 1 e ss.

(v) Convenção nº 16, de 1921, que dispôs sobre o exame médico de menores no trabalho marítimo. Foi aprovada na 3ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1921) e entrou em vigor no plano internacional em 20 de novembro de 1922. Em relação ao Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 9, de 22 de dezembro de 1935, do Congresso Nacional, ratificada em 8 de junho de 1936 e promulgada pelo Decreto nº 1.398, de 19 de janeiro de 1937.

(vi) Recomendação nº 45, de 1935, que dispôs sobre o desemprego dos menores. Foi aprovada no plano internacional em 25 de junho de 1935 e não foi ratificada pelo Brasil.

(vii) Convenção nº 58, de 1936, que dispôs sobre a idade mínima para o trabalho marítimo. Foi aprovada na 22ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1936) e entrou em vigor no plano internacional em 11 de abril de 1939. Em relação ao Brasil, foi aprovada pelo Decreto-lei nº 480, de 8 de junho de 1938, ratificada em 8 de junho de 1936 e promulgada pelo Decreto nº 1.397, de 19 de janeiro de 1937.

(viii) Convenções nºs 59 e 60, de 1937, que dispuseram sobre a idade mínima para a admissão de crianças em empregos industriais e não industriais. Entraram em vigor no plano internacional, respectivamente, em 21 de fevereiro de 1941 e 29 de dezembro de 1950. Não foram ratificadas pelo Brasil.

(ix) Convenção nº 78, de 1946, que dispôs sobre o exame médico de menores em trabalhos não industriais. Entrou em vigor no plano internacional em 29 de dezembro de 1950 e não foi ratificada pelo Brasil.

(x) Convenção nº 79, de 1946, que dispôs sobre o trabalho noturno em atividades não industriais. Entrou em vigor no plano internacional em 29 de dezembro de 1950 e não foi ratificada pelo Brasil.

(xi) Convenção nº 124, de 1965, que dispôs sobre o exame médico dos adolescentes para o trabalho subterrâneo nas minas. Foi aprovada na 49ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1965) e entrou em vigor no plano internacional em 13 de dezembro de 1967. No que se refere ao Brasil, foi aprovada pelo Decreto-lei nº 664, de 30 de junho de 1969, ratificada em 21 de agosto de 1970 e promulgada pelo Decreto nº 67.342, de 5 de outubro de 1970.

(xii) Convenção nº 127, de 1967, que versou sobre o peso máximo a ser transportado pelo menor. Foi aprovada na 51ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1967) e entrou em vigor no plano internacional em 10 de março de 1970. Em relação ao Brasil, foi aprovada pelo Decreto-lei nº 662, de 30 de junho de 1969, ratificada em 21 de agosto de 1970 e promulgada pelo Decreto nº 67.339, de 5 de outubro de 1970. Está em vigor. Consta como instrumento pendente de revisão.

(xiii) Convenção nº 138, de 1973, que dispôs sobre a idade mínima de admissão de menores em diversas profissões, esclarecendo que não deveria ser inferior à idade necessária para a conclusão da escolaridade obrigatória nem inferior a 15 anos. Admitiu a fixação do limite de 15 anos como a primeira etapa a ser alcançada nos países não

desenvolvidos. Foi aprovada na 58ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1973) e entrou em vigor no plano internacional em 19 de junho de 1976. Em relação ao Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 179, de 14 de dezembro de 1999, do Congresso Nacional, ratificada em 28 de junho de 2001 e promulgada pelo Decreto nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002. Está em vigor. Consta como idade mínima especificada pelo Brasil a de 16 anos.

(xiv) Recomendação nº 146, de 1973, que complementou a Convenção nº 138 e dispôs que cada país deve especificar a idade mínima mediante declaração. Também foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 179, de 14 de dezembro de 1999 e promulgada na ordem interna pelo Decreto nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002.

(xv) Convenção nº 182, que proíbe as piores formas de trabalho para os menores de 18 anos e exige a adoção de ações imediatas para a sua eliminação. A Convenção considerou, como trabalhos incompatíveis com a condição de uma pessoa em vias de desenvolvimento, (a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como o tráfico de crianças, a servidão por dívidas, a condição de servo e o trabalho forçado ou compulsório; (b) o recrutamento forçado ou obrigatório de meninos para utilização em conflitos armados; (c) o emprego de crianças na prostituição, a produção de pornografia ou ações pornográficas; (d) a utilização, o recrutamento ou o oferecimento de crianças para a realização de atividades ilícitas, como a produção e tráfico de drogas; e (e) o trabalho que prejudique a saúde, a segurança e a moral das crianças. Foi convocada, em Genebra, pelo Conselho de Administração da Secretaria Internacional do Trabalho e reunida em 1º de junho de 1999, em sua 87ª Reunião. No que se refere ao Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 178, de 14 de dezembro de 1999, do Congresso Nacional, ratificada em 2 de fevereiro de 2000 e promulgada pelo Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000. Está em vigor. Consta como instrumento atualizado. Foi complementada pela Recomendação nº 190, também promulgada na ordem interna pelo Decreto nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, dispôs, em seu Princípio IX, que – “[a] criança deve ser protegida contra toda forma de abandono, crueldade e exploração. Não será objeto de nenhum tipo de tráfico. Não se deverá permitir que a criança trabalhe antes de uma idade mínima adequada; em caso algum será permitido que a criança dedique-se, ou a ela se imponha, qualquer ocupação ou emprego que possa prejudicar sua saúde ou sua educação, ou impedir seu desenvolvimento físico, mental ou moral”. De modo simples e objetivo: a criança não deve ser explorada, trabalhar até certa idade e realizar trabalho incompatível com sua condição de pessoa em desenvolvimento.

As formas de trabalho de crianças e adolescentes, que foram proscritas pelo direito internacional, podem ser classificadas, de acordo com o Escritório Internacional do Trabalho, em três categorias: (1ª) aquelas intrinsecamente condenáveis, como a escravidão, a servidão por dívidas e outras formas de trabalho forçado, o recrutamento forçado em um conflito armado, a prostituição, a pornografia e outras atividades ilícitas; (2ª) as tarefas realizadas por uma criança ou adolescente, que não condizem

com sua condição de pessoa em desenvolvimento, conforme definidas pela legislação nacional com base no direito internacional; e (3ª) as tarefas que prejudicam o bem-estar físico, mental ou moral da criança ou do adolescente, seja em razão de sua natureza, seja em razão das condições em que são exercidas, recebendo a designação de “trabalhos perigosos”.⁸

No direito brasileiro, as primeiras normas de proteção do trabalho das crianças e adolescentes remontam ao Decreto nº 1.313/1890, cuja efetividade restou comprometida em razão da ausência de regulamentação. O Decreto nº 16.300/1923, que veiculou o Regulamento Nacional de Saúde Pública, vedou que menores de 18 anos trabalhassem mais de seis horas a cada período de 24 horas. O Decreto nº 17.943-A/1927, que dispôs sobre o Código de Menores, vedou a realização de qualquer trabalho pelos menores de 12 anos e de trabalho noturno aos menores de 18 anos. A partir da Constituição de 1934, todas veicularam medidas protetivas.

A Constituição de 1934 vedou, em seu art. 121, a fixação de diferenças salariais por motivo de idade, qualquer trabalho aos menores de 14 anos, o trabalho noturno aos menores de 16 anos e o trabalho em indústrias insalubres aos menores de 18 anos. A Constituição de 1937, em seu art. 137, K, vedou qualquer trabalho aos menores de 14 anos, o trabalho noturno aos menores de 16 anos e o trabalho em indústrias insalubres aos menores de 18 anos. Foi sob a égide dessa sistemática constitucional que se editou a Consolidação das Leis do Trabalho, cujos arts. 402 a 441 tratam do “trabalho do menor”. A Constituição de 1946, no inciso II do seu art. 157, proibiu a diferença de salário em razão da idade e, no inciso IX do mesmo preceito, proibiu o trabalho dos menores de 14 anos e o trabalho noturno e em indústrias insalubres aos menores de 18 anos.⁹ A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969, respectivamente em seus arts. 158, X e 165, X, proibiram o trabalho dos menores de 12 anos e o trabalho noturno e em indústrias insalubres ao menor de 18 anos.¹⁰ A Constituição de 1988, no inciso XXX do art. 7º, vedou a diferença de salários e, no inciso XXXIII, proibiu o trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao menor de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 14 anos, salvo na condição de aprendiz. Com a

⁸ Cf. *Bureau International du Travail. La fin du travail des enfants: un objectif à notre portée. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*. Genève: BIT, 2006, p. 26.

⁹ Eis a redação do inciso IX do art. 157 da Constituição de 1946: “proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente.” Pontes de Miranda, ao comentar esse preceito, ressaltava que a possibilidade de autorização do Juiz competente somente se referia ao trabalho noturno dos menores de 18 anos, que poderia ser realizado entre os 14 e os 18 anos. Portanto, “[o] trabalho é vedado, clara, inofismável, peremptoriamente, a menores de quatorze anos” (Comentários à Constituição de 1946, vol. V. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 58-59). Esse entendimento, no entanto, como observara José de Segadas Vianna, não era o prevalecente, que se inclinava no sentido de que o Juiz de Menores podia autorizar o trabalho do menor de 14 anos (Instituições de Direito do Trabalho, vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 264). A referência a esse texto é bem interessante para compreender-se a origem do entendimento, ainda adotado por alguns, sob a égide da Constituição de 1988, no sentido de que, apesar da vedação de natureza etária, ela sempre poderia ser contornada por decisão do Juiz da Infância e da Juventude.

¹⁰ Cf. YOSHIDA, Márcio. Direitos do Menor na Constituição, in *Revista de Direito Público* nº 78, abr.-jun./1986, p. 131.

promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998, essa sistemática foi alterada para vedar-se qualquer tipo de trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos.¹¹ Portanto, ao menor de 14 anos foi vedado o exercício de qualquer atividade laborativa, inclusive na condição de aprendiz.¹² O trabalho de aprendiz, que possui características próprias e exige a celebração de um contrato de trabalho, pode ser desenvolvido entre as idades de 14 e 18 anos.¹³⁻¹⁴

Como se percebe, tanto o direito internacional como o direito interno há muito veiculam limitadores normativos ao exercício de atividades laborativas por crianças e adolescentes, o que é mais que justificável. A Lei nº 8.069/1990, em seu art. 68, previu a criação de programas sociais de capacitação, de caráter educativo, sem fins lucrativos, mantidos por entes governamentais ou não governamentais, com o objetivo de preparar o adolescente para o exercício de atividade remunerada. Nesse caso, a ênfase é atribuída ao desenvolvimento pessoal e social do adolescente. Ainda merece referência a figura do menor assistido, prevista no Decreto-lei nº 2.318/1986, que foi regulamentado pelo Decreto nº 94.338/1987. Tratava-se de verdadeiro programa de

¹¹ Note-se que o art. 227, § 3º, I, da CR/1988 não foi alterado pelo poder reformador, permanecendo a referência à "idade mínima de quatorze anos para a admissão ao trabalho." Apesar disso, como o mesmo preceito previu que deveria ser "observado o disposto no art. 7º, XXXIII", é evidente que, após a reforma constitucional, esse trabalho somente poderá ser exercido na condição de aprendiz.

¹² A elevação da idade mínima para o trabalho dos adolescentes tem sido objeto de muitas críticas. São realçadas a sua incompatibilidade com a realidade do País, em que essa camada da população necessita trabalhar para auxiliar no sustento da família, a não oferta de programas adequados de educação básica e até mesmo o fato de o fim precipuo da medida estar associado a um objetivo puramente previdenciário, de modo a evitar um período demasiado longo de contribuição, já que a idade mínima para aposentadoria foi ampliada. Cf. TALAVERA, Glauber Moreno. Trabalho da Criança e do Adolescente, in: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 15, p. 11 e ss., jan./2005; MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 613; e SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 272. Em razão da precária situação econômica da maior parte das famílias brasileiras, Eduardo Gabriel Saad realçou que, "[e]m face dessa realidade de cores tão sombrias, o legislador não pode nem deve entregar-se a reflexões líricas e fingir que não vê o que acontece nas favelas das grandes cidades, onde se acotovela e se maltratam milhões e milhões de pessoas em todo o território nacional, com padrão de vida igual ao das nações mais pobres do mundo" (Constituição e Direito do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: Editora LTR, 1989, p. 274). Essa passagem, aliás, traz-nos à lembrança a lição de Ripert, quando dizia que "[s]e uma lei corresponde ao ideal moral, a sua observância será facilmente assegurada; o respeito da lei apoiar-se-á sobre a execução voluntária e alegre do dever; a sanção será eficaz porque punirá os membros da sociedade reconhecidos como rebeldes ao dever. Se, pelo contrário, a lei vai contra o ideal moral da sociedade, será imperfeitamente obedecida, até o dia em que, apesar da sua aplicação difícil, consiga deformar o ideal moral e apareça, ela própria, como a tradução dum outro ideal" (*A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*. Trad. de OLIVEIRA, Osório de. Campinas: Bookseller, 2000, p. 41-42).

¹³ Cf. SÜSSEKIND. *Direito Constitucional*..., p. 273. No contrato de aprendizagem, é desenvolvida uma atividade remunerada mediante subordinação, em que o empregador assume o compromisso de ensinar metodicamente um ofício ao adolescente e este a seguir o regime de aprendizagem. Vide, a esse respeito, as Recomendações nº 60, de 1930, e 117, de 1962, da OIT; o art. 1º do Decreto nº 31.546/52; e o art. 428 da CLT. Note-se que a aprendizagem distingue-se do estágio na medida em que este último não configura vínculo de emprego. Vide Lei nº 11.788/2008, que revogou a Lei nº 6.494/1977.

¹⁴ Ao divulgarmos este texto pela primeira vez, recebemos a curiosa crítica de que nosso escrito não merecia qualquer credibilidade, já que "ignorávamos" que a aprendizagem poderia estender-se até os 24 anos de idade, tal qual previsto no art. 428 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 11.180/2005. Para evitar deturpações, achamos por bem inserir a presente nota, esclarecendo, que o texto versa sobre crianças e adolescentes, cuja idade máxima é de 18 anos. Daí a assertiva de que "[o] trabalho de aprendiz, que possui características próprias e exige a celebração de um contrato de trabalho, pode ser desenvolvido entre as idades de 14 e 18 anos".

assistência social, em que os adolescentes eram encaminhados às empresas com seis ou mais empregados, que tinham a obrigação de admiti-los, com horário de trabalho reduzido, de modo a garantir a frequência à escola. De acordo com essa sistemática, o adolescente não precisava ser registrado e não tinha direitos previdenciários. O Decreto nº 94.338/1987, que regulamentava o programa e já nascera inconstitucional, por negar os direitos trabalhistas e previdenciários, terminou por ser revogado pelo Decreto s/nº, de 10 de maio de 1991. Além disso, também destoava da Constituição de 1988, cujo art. 227, § 3º, II dispõe que o direito à proteção integral abrange a “garantia de direitos previdenciários e trabalhistas”.

3. Participação de Crianças e Adolescentes em Espetáculos Públicos

Espetáculo, do latim *spectaculum*, indica o que atrai a atenção pública, o que é merecedor de aplausos de todos os lados (*plausus ex omnibus spectaculis*).¹⁵ É uma forma de manifestação cultural cuja funcionalidade básica é a de entreter.

A cultura, enquanto realidade incorpórea e não passível de avaliação econômica imediata, reflete o conjunto de valores e significados de origem humana com relevância coletiva. Como ressaltado por Radbruch,¹⁶ “a cultura, tal como descrita pelos historiadores, não é de modo algum puro valor, mas antes uma mescla de humanidade e barbárie, de bom e de mau gosto, de verdade e de erro, mas que em todas as suas manifestações, seja como inibição ou exigência de valor, seja como falta ou realização de valor, nunca pode ser pensada sem vínculo com o valor: a cultura não é, pois, realização de valor, mas o dado que tem a significação, o sentido de realizar valores”. Tanto pode indicar a criação de referenciais e significados pelo espírito humano como a apreensão da realidade, que passa a ser refletida a partir do subjetivismo de um dado agente, sendo essencial à evolução e à formação da personalidade individual. Na plasticidade de Horácio (Epístolas, I, 39), “[N]inguém é tão selvagem que, prestando paciente ouvido à cultura, não possa ser domesticado”.

Trata-se de fenômeno puramente humano e que se mostra essencial à coesão do grupamento, permitindo seja construída uma identidade comum. O idioma, os símbolos, o conhecimento e os meios de vida do grupamento são apenas alguns exemplos das múltiplas formas de manifestação da cultura. A liberdade característica da revolução franco-americana bem reflete o elemento indispensável ao surgimento e ao desenvolvimento da cultura, enquanto identidade de um povo e não mero arquétipo do dirigismo estatal. Embora seja evidente que a cultura só se perfaz com um mínimo de liberdade, pouco a pouco se reconheceu que, longe de ser um fenômeno lastreado na mera espontaneidade, a cultura deveria ser protegida e estimulada pelo Estado, daí o relevante papel desempenhado pelos direitos sociais,

¹⁵ Cf. TORRINHA, Francisco. *Dicionário Latino Português*. Porto: Gráficos Reunidos, 1942, p. 811, verbete *spectaculum*.

¹⁶ *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*. Trad. de HOLZHAUSEN, Marlene. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 7.

com especial ênfase no direito à educação,¹⁷ e pelos meios de comunicação social. Afinal, “para que seja possível produzir cultura torna-se necessário receber cultura, o que implica educação.”¹⁸ A cultura absorve a identidade e a diferença, conferindo igual relevância à pluralidade de manifestações que surgem e se desenvolvem em dado território. É justamente a partir do livre fluxo das diferenças que se pode alcançar o senso comum e a identidade de um povo.

A Constituição de 1988, em seu art. 215, não só garante o exercício dos direitos culturais como assegura o acesso às suas fontes, determinando, ainda, que o Estado incentive a sua valorização e difusão. Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o desconto assegurado aos jovens, para o ingresso em casas de diversões, era uma forma de garantir o acesso à cultura.¹⁹ É evidente que o direito à cultura, a exemplo de todo e qualquer direito fundamental, apresenta uma dimensão subjetiva e outra de contornos objetivos.²⁰

A dimensão subjetiva da cultura denota, em sua expressão mais simples, a atribuição de posições de vantagem, com o reconhecimento de direitos subjetivos e a correlata proteção da esfera jurídica individual. Daí falar-se no direito de (a) não ter a esfera jurídica invadida por ato do Poder Público ou de terceiros; (b) receber a proteção do Poder Público, e (c) receber um mínimo de atuação estatal, com base na cláusula da dignidade humana, ainda que a norma constitucional que embasa o direito assuma contornos eminentemente programáticos. A dimensão objetiva, por sua vez, (a') veda a edição de normas incompatíveis com o direito fundamental, (b') influi na interpretação da ordem jurídica e (c') direciona a atuação dos órgãos estatais, cuja atuação, em qualquer seara, deve ser direcionada à sua realização e não ao seu comprometimento.

O direito à cultura, na medida em que não surge e se desenvolve de maneira isolada, há de ser compatibilizado com os demais bens, interesses e valores tutelados pelo sistema. Foi justamente em virtude dessa constatação que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a denominada “farra do boi”, embora possa ser vista como uma manifestação cultural, destoa do disposto no art. 225, VII, da Constituição da República, que veda a submissão de animais à crueldade.²¹

Os espetáculos, enquanto manifestações tipicamente culturais, podem assumir uma multiplicidade de formas, sendo veiculados por um número não menos variado de meios. Teatro, circo, cinema, rádio e televisão são apenas alguns exemplos. É factível que os espetáculos podem efetivamente contribuir para o aprimoramento

¹⁷ Uma análise da jurisprudência brasileira a respeito dos distintos aspectos afetos ao direito à educação pode ser encontrada em artigo de nossa autoria, intitulado *The Right to Education and their Perspectives of Effectiveness: The Brazilian Experience*, in: *International Journal for Education Law and Policy*, vol. 5, Issue 1-2, 2009, p. 55 e ss.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVII, nº 1 e 2, 2006, p. 42.

¹⁹ STF, Pleno, ADI-MC nº 2.163/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 29/06/2000, DJ de 12/12/2003.

²⁰ Cf. SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito. Direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 115-132.

²¹ STF, 2ª Turma, RE nº 153.531/SC, Rel. Min. Francisco Rezek, j. em 03/06/1997, DJ de 13/03/1998.

cultural de crianças e adolescentes. Apesar disso, não menos exata é a constatação de que podem colidir com os valores mais basilares da família e da sociedade, contribuindo para deturpar personalidades ainda em formação. Note-se que a própria ordem constitucional, em seu art. 227, *caput*, assegurou às crianças, aos adolescentes e aos jovens, com absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito, sendo dever da família, da sociedade e do Estado “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O Estado, portanto, há de adotar medidas para assegurar que a participação de crianças e adolescentes em atividades dessa natureza não gere uma situação de colisão com outros valores de singular importância para essa camada da população. Uma das formas encontradas para evitar situações dessa natureza é a exigência de que a participação seja autorizada pelo Poder Judiciário, o que veremos em seguida. Esse tipo de autorização, como ressaltado pela doutrina,²² não configura propriamente uma espécie de censura, mas, sim, meio adequado para evitar qualquer tipo de dano aos direitos das crianças e dos adolescentes que participarão do espetáculo. Em síntese: o objetivo não é o de restringir o acesso ou a disseminação da informação, mas, sim, o de evitar a participação de crianças e adolescentes, com base no proveito financeiro e na notoriedade, em atividades que lhes sejam nocivas.

Outro aspecto digno de nota é o de que a participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos tanto pode ocorrer de forma episódica como apresentar a continuidade típica de uma relação de trabalho, o que se dá, por exemplo, na gravação de uma novela ou de um filme que se estenda por vários meses.

4. Autorização Judicial para o Trabalho e para a Participação em Espetáculos Públicos

Crianças e adolescentes, em razão de suas próprias características físicas e psicológicas, devem contar com o apoio da família, da sociedade e do Estado para que as distintas fases do seu desenvolvimento alcancem níveis ótimos de completude, propiciando o surgimento de adultos com personalidade bem formada e valores sólidos. Como se disse, é mais que natural que a ordem jurídica restrinja o seu acesso a certas atividades e conteúdos ou, mesmo, condicione esse acesso à prévia aquiescência dos pais ou de órgão do Poder Judiciário.

A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXXIII, estabeleceu a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”. A interpretação desse enunciado linguístico, em linha de princípio, não permite seja alcançado conteúdo outro senão o de que é proibido qualquer tipo de trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, o que pode ocorrer a partir dos

²² Cf. SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. O Procedimento de Portaria e de Expedição de Alvará. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 674-675.

14 anos. Ao significante *proibição* não pode ser atribuído qualquer significado que denote *permissividade* ou *facultatividade*. Apesar do caráter incisivo dessa vedação, todo e qualquer preceito normativo há de ser interpretado de modo a permitir o delineamento de uma norma que possa ser vista como o resultado da convergência entre o texto normativo e a realidade. Além disso, nenhum comando constitucional encontra-se isolado do seu entorno. Aliás, é comum o surgimento de situações de colisão, o que exige do intérprete a realização de uma atividade de concordância prática, de modo que, tanto quanto possível, sejam harmonizados os valores e os interesses amparados pelo sistema. É por isso que os órgãos jurisdicionais têm admitido o exercício de certas atividades, como aquelas desenvolvidas pelos membros da família, que poderiam ser enquadradas sob a epígrafe mais ampla do trabalho, por parte de crianças e adolescentes.²³

A Consolidação das Leis do Trabalho, de longa data, dedica todo um capítulo à “proteção do trabalho do menor.” Esse título, aliás, é bem sugestivo, pois o objetivo, sempre e sempre, deve ser o de proteger o denominado *menor*, não simplesmente penitenciá-lo pela faixa etária em que se encontra, o que soaria, no mínimo, discriminatório. Nesse capítulo, estão previstos diversos comandos que tratam da temática. O art. 402, com a redação dada pela Lei nº 10.097/2000, considera menor o trabalhador de “quatorze até dezoito anos”, tendo o art. 403, que também foi alterado pelo referido diploma normativo, acrescido que “[é] proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos

²³ Não é incomum que países em vias de desenvolvimento estabeleçam um limite mínimo de idade para o exercício de atividades laborativas, sendo o mais comum deles o de 14 anos, e, paralelamente, permitam que uma autoridade pública autorize a realização do trabalho em situações excepcionais. Em Madagascar, por exemplo, tal autorização pode ser concedida quando a situação econômica da família o impõe (Código do Trabalho, art. 100) e na medida em que as atividades a serem realizadas não sejam atentatórias à saúde física e moral do jovem trabalhador. Cf. MADIO, Projet. *Le travail des enfants à Madagascar: un état des lieux*. Indiana: Universidade de Indiana, 1997, p. 5. O ingrediente econômico, por vezes, é tão expressivo que, a exemplo do que se verifica no Marrocos, faz que o número de crianças que trabalha precocemente supere, em certas regiões, o daquelas que frequentam a escola. Cf. GUESSOUS, Chakib. *L'exploitation de l'innocence. Le travail des enfants au Maroc*. Casablanca: A. Rethani Éditions, 2002. Na Mauritânia, é comum que cerca de 70% dos jovens trabalhadores auxiliem a atividade econômica da família, normalmente no setor rural. Cf. Mauritânia Béchir Fall. *Le travail des enfants en Mauritanie*. Mauritânia: Ministère de la fonction publique et de l'emploi, Direction du travail et de la prevoyance sociale, 2004. Situações desse tipo certamente contribuem para demonstrar o acerto da conclusão de que “[é] inegável e largamente reconhecido que o trabalho de crianças está inextricavelmente ligado à pobreza” (Bureau International du Travail. *Un avenir sans travail des enfants. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*. Genève: BIT, 2002, p. 53). No mesmo sentido: Organisation De Coopération et de Développement Économiques. *Combattre le travail des enfants*. OECD Publishing, 2003, p. 33-39; YONGSI, Blaise Nguendo e AMADOU, Ousmane. *Le travail des enfants au Niger. Situation et tendance*. France: PAF, 2014, p. 10 e ss.; e PFAFF, Sabine. *Kinderrechte in Theorie und Praxis. Die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Costa Rica*. Hamburg: Diplomica Verlag, 2010, p. 58 e ss. E a solução desse problema não será obtida sem a convergência de políticas públicas, o que passa pela alocação de “créditos orçamentários suficientes para as políticas, programas e serviços públicos de que as crianças necessitam” (Bureau International du Travail. *Intensifier la lutte contre le travail des enfants. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*. Genève: BIT, 2010, p. 54). Referindo-se à situação do Senegal, Rosalie Aduayi Diop realça um problema comum à maior parte dos países de modernidade tardia: “a causa das crianças e dos adolescentes ocupa muito espaço no discurso político, institucional e organizacional, mas pouco espaço sob o prisma das realizações concretas” (*Survivre à la pauvreté et à l'exclusion. Le travail des adolescentes dans les marchés de Dakar*. Dakar: Éditions Karthala, 2010, p. 31).

quatorze anos". À luz desses comandos, pode-se concluir que o trabalho do menor, disciplinado pela CLT, em rigor lógico, alcança os adolescentes de 16 a 18 anos, sendo que, dos 14 aos 18 anos, é permitida a atuação como aprendiz.

Em relação ao trabalho propriamente dito, o art. 404 veda o noturno de maneira peremptória, enquanto o art. 405, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 229/1967, dispõe que ao menor não será permitido o trabalho: "I – nos locais e serviços perigosos ou insalubres, constantes de quadro para esse fim aprovado pelo Diretor Geral do Departamento de Segurança e Higiene do Trabalho; II – em locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade". De acordo com o art. 405, § 3º, da CLT, "[c]onsidera-se prejudicial à moralidade do menor o trabalho: a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, buates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos; b) em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes; c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral; d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas".

Após enunciar as vedações, a CLT veiculou a necessidade de autorização judicial para que certos trabalhos pudessem ser realizados.

(1) O art. 405, § 2º, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 229/1967, dispôs que "[o] trabalho exercido nas ruas, praças e outros logradouros dependerá de prévia autorização do Juiz de Menores, ao qual cabe verificar se a ocupação é indispensável à sua própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e se dessa ocupação não poderá advir prejuízo à sua formação moral".²⁴ É importante ressaltar que a competência do denominado Juiz de Menores encontrava-se prevista na CLT desde sua origem.

(2) O art. 406, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 229/1967, permitiu que o Juiz de Menores autorizasse o menor a realizar trabalho: *a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, buates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos; b) em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes*. Para tanto, é preciso que a representação tenha fim educativo ou a peça de que participe o menor não possa ser prejudicial à sua formação moral – desde que o Juiz se certifique ser a ocupação do menor indispensável à própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e não advir nenhum prejuízo à sua formação moral. Essa competência também encontrava-se prevista na CLT desde as suas origens.

Como a CLT, reproduzindo o comando constitucional, vedou qualquer tipo de trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, seria intuitiva a conclusão de que somente poderia ser autorizado o trabalho, pela autoridade judicial, a partir dessa faixa etária. Essa conclusão, por certo, embora atendesse à literalidade do comando constitucional, terminaria por ser extremamente prejudicial às crianças e

²⁴ De acordo com o art. 405, § 4º, da CLT, "[n]as localidades em que existirem, oficialmente reconhecidas, instituições destinadas ao amparo dos menores jornalheiros, só aos que se encontrem sob o patrocínio dessas entidades será outorgada a autorização do trabalho a que alude o § 2º".

adolescentes, pois é sabido existirem atividades que, embora tangenciem o conceito mais amplo de *trabalho*, envolvem diversos outros valores, como a educação e a cultura, e não oferecem qualquer risco ao desenvolvimento dessa camada da população. Basta pensarmos na situação das crianças e dos adolescentes que atuam em novelas e filmes, contribuindo para entreter a população e, não raro, retratar, de forma crítica ou neutral, algum aspecto da realidade. Fosse a vedação levada a extremos, nossas crianças e adolescentes ver-se-iam envolvidos na interessante situação de assistir a filmes e novelas estrelados exclusivamente por adultos, como se essas pessoas assim tivessem nascido. De qualquer modo, não se pode ignorar a constatação de Madia D’Onghia,²⁵ no sentido de que quanto “mais se diminui a idade do trabalhador, mais se aumenta a tutela”.

Em virtude desses fatores, apesar da vedação expressa, tem sido identificada a existência de exceções, as quais, longe de opor-se ao intuito protetivo do comando constitucional, não só o preservam como ainda contribuem para a sedimentação de outros valores do sistema. É sob esse prisma que deve ser compreendido o art. 8º da Convenção nº 138, da OIT. Essa Convenção, que dispôs sobre a necessidade de cada Estado Parte fixar uma idade mínima para a admissão no emprego, previu, em seu art. 8º, que “[a] autoridade competente poderá conceder, mediante prévia consulta às organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, quando tais organizações existirem, por meio de permissões individuais, exceções à proibição de ser admitido ao emprego ou de trabalhar, que prevê o artigo 2º da presente Convenção, no caso de finalidades como a de participar em representações artísticas”. Nesse caso, as permissões deverão limitar “o número de horas do emprego ou trabalho autorizadas e prescreverão as condições em que esse poderá ser realizado”. Apesar de a Convenção nº 138 ter sido editada em momento anterior à promulgação da Constituição de 1988, é evidente a sua plena compatibilidade com os valores tutelados pela ordem constitucional.²⁶

Ainda a respeito da participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos, é factível que esse tipo de atividade não se identifica com aquelas que justificaram a mobilização internacional em torno da extinção do trabalho infantil.²⁷ Afinal, não é intrinsecamente condenável, como a escravidão; regra geral, não apresenta

²⁵ *Lavoro Minorile*, in: LAMBERTUCCI, Pietro (org.). *Dizionario del Diritto Privato. Diritto del Lavoro*. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 370.

²⁶ Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva ressalta que a vedação genérica de trabalho abaixo dos 16 anos deve ser compatibilizada com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como aqueles que autorizam o trabalho familiar, educativo e artístico (A proteção jurídica internacional e brasileira do trabalho infanto-juvenil, in: *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 141, jan.-mar./2011, p. 19 e ss.). Também admitindo a compatibilidade do trabalho artístico com a ordem constitucional: ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim e PERES, Antonio Galvão. Trabalho artístico da criança e do adolescente – valores constitucionais e normas de proteção, in: *Revista LTr*, vol. 69, fev. de 2005, p. 148 e ss.

²⁷ À guisa de ilustração, basta um mero passar de olhos sobre os estudos, que buscam identificar as causas e traçar as estratégias de combate ao trabalho infantil, para concluir-se que a participação em espetáculos sequer costuma ser qualificada como tal. Vide, por exemplo: DORNER, Benjamin e NIEDRICH, Ina. *Kinderarbeit. Abschaffen besser als Anschanen?* Deutschland: Grin Verlag, 2007, p. 7-11; MEUNIER, Véronique. *Le travail des enfants: livre de l'enseignement*. Bruxelles: De Boeck & Lancer. 2002, p. 6 e ss.; Bureau International du Travail. *Un avenir sans travail des enfants...*, p. 24-42; *Idem*. *La fin du travail des enfants: un objectif à notre portée...*, p. 26; e *Organisation de Coopération et de Développement Économiques. Combattre le travail des enfants...*, p. 33 e ss.

qualquer risco a essa camada da população; e, nem ao longe, pode ser classificada como um “trabalho perigoso”. A própria Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e promulgada na ordem interna pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, dispôs, em seu art. 32, 1, que “[o]s Estados Partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social”. Desde que haja um mínimo de zelo na identificação da natureza do espetáculo e na sua compatibilidade com as peculiares condições de uma pessoa em desenvolvimento, como a maior fragilidade física e a necessidade de dedicar boa parte do seu tempo aos estudos, não é exagero afirmar que a criança e o adolescente tendem a auferir, com a participação, maiores malefícios que benefícios.²⁸ O Conselho da Europa realçou que grande parte do trabalho desenvolvido por crianças e adolescentes em certas atividades culturais “é assimilado a uma atividade de lazer.”²⁹ Em toda e qualquer ação estatal associada a essa camada da população, é preciso considerar “o interesse maior da criança”.³⁰

Volvendo à temática da competência do denominado “Juízo de Menores”, para autorizar o trabalho do menor, cumpre observar que a CLT não chegou a inovar em nossa ordem jurídica. Em verdade, a sistemática adotada remonta ao Decreto-lei nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que veiculou o nosso primeiro Código de Menores³¹ e dedicava todo o seu Capítulo IX ao “trabalho dos menores”. Ali foram consagradas as vedações ao trabalho do menor e as situações em que, a partir de autorização da autoridade competente, o trabalho poderia ser realizado, incluindo a participação em apresentações artísticas.³² Muitas décadas depois, sobreveio a Lei

²⁸ Jean-Maurice Derrien observa que a temática do “trabalho das crianças” costuma polarizar os *negacionistas*, que negam a sua natureza deletéria, admitindo-o de maneira generalizada, e os *abolicionistas*, que querem abolir-lo de imediato, qualquer que seja a atividade; no plano intermédio, existem os *realistas*, que analisam diversas questões afetas ao trabalho dessa camada da população, como a natureza da atividade desenvolvida, as tarefas que realizam e os riscos que enfrentam, principalmente no que diz respeito à necessária compatibilização com a sua situação de pessoa em desenvolvimento (*Le travail des enfants en question(s)*. Paris: L’Harmattan, 2008, p. 14).

²⁹ *Conseil de l’Europe. Les enfants et le travail en Europe...*, p. 47. Vale lembrar que, de acordo com o art. 5º da Diretiva nº 38, de 22 de junho de 1994, do Conselho da União Europeia, foi prevista a necessidade de autorização prévia para a participação em atividades de natureza cultural, artística, desportiva ou publicitária, mas foi previsto, no terceiro parágrafo desse preceito, que os Estados-membros podem autorizar, por via legislativa ou regulamentar, a participação de crianças maiores de 13 anos nas atividades que venham a definir. No direito italiano, compete à *Direzione provinciale del lavoro* fiscalizar a atuação de crianças (menores de 15 anos) nessa atividade, devendo zelar para que não prejudiquem a sua segurança e integridade física e psicológica, bem como a frequência à escola, e ainda verificar a existência de autorização escrita dos titulares da *potestà genitoriale*. Em relação à participação em programas televisivos, deve ser seguido o disposto no Decreto nº 218, de 27 de abril de 2006, do Ministério das Comunicações. Cf. D’ONGHIA. *Lavoro Minorile...*, p. 371.

³⁰ Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente, art. 3º, 1.

³¹ O art. 1º do Decreto-lei nº 17.943-A/1927, de forma bem pitoresca, assim dispunha a respeito dos seus destinatários: “[o] menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e protecção contidas neste Código.” Se é possível falarmos em uma linguagem politicamente correta, ela certamente era desconhecida à época, isso sem mencionarmos os menores *vadios*, *mendigos* e *libertinos* a que se referiam os arts. 28 a 30.

³² Decreto-lei nº 17.943-A/1927, art. 115: “Os menores que houverem de tomar parte em espectáculos theatraes, sejam ou não de companhias infantis, ou em companhias eqüestres, de acrobacia, de prestidigitação, ou

nº 6.695, de 10 de outubro de 1979, que revogou a legislação anterior e dedicou o seu Título VIII ao “trabalho do menor.” O curioso é que esse Título era composto por um único artigo, com a seguinte redação: “art. 83. A proteção ao trabalho do menor é regulada por legislação especial”. Enquanto vigeu esse diploma normativo, a matéria foi regida pela CLT. O acesso a certos locais e a participação em espetáculos eram disciplinados em portaria do juízo competente, na forma dos arts. 8º³³ e 50 a 58 do Código, cuja amplitude se assemelhava à da própria lei. Por fim, foi editada a Lei nº 8.069/1990, que, já sob a égide da Constituição de 1988, veiculou o Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou a sistemática anterior.

A Lei nº 8.069/1990 tratou, no Capítulo V do Título II, “do direito à profissionalização e à proteção no trabalho”. O art. 60, que precedeu a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998, proibiu qualquer trabalho aos menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz. Já o art. 61 veicula um comando bem esclarecedor a respeito da coexistência do Estatuto com a legislação específica, *verbis*: “[a] proteção ao trabalho dos adolescentes é regulada por legislação especial, sem prejuízo do disposto nesta Lei”. Esse comando é sugestivo a respeito da coexistência e complementaridade entre as duas ordens de comandos normativos. Nos demais preceitos que integram esse Capítulo, são reconhecidos diversos direitos dos adolescentes, além de ser vedado, pelo art. 67, o trabalho “I – noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte; II – perigoso, insalubre ou penoso; III – realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social; IV – realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola”. Em relação aos adolescentes infratores, dispõe o art. 114, parágrafo único, em harmonia com o art. 5º, XLVII, c, da Constituição de 1988, que “[e]m hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado”.

Ao tratar das competências do Juízo da Infância e da Juventude, o art. 149 outorgou-lhe competências regulamentares e decisórias em relação à frequência a determinados locais e à participação de crianças e adolescentes em certas atividades.

semelhantes, só serão admitidos mediante as seguintes condições: I – os empregados ou responsáveis pelo espectáculo apresentarão à autoridade fiscalizadora autorização em devida forma dos pais ou representantes legais dos menores, para que estes tomem parte nas representações, exporão em memorial as condições e o tempo de trabalho diário dos menores; II – os menores não trabalharão em mais de um espectáculo por dia, salvo permissão especial, o a autoridade fiscalizadora pôde exigir a alteração do tempo e horário de serviço, si a julgar conveniente à saúde dos menores, negando a licença, si não fôr aceita a alteração indicada, e cassando-a, no caso do não ser exactamente observada; III – é lícito à autoridade fiscalizadora exigir que os menores sejam submettidos a exame medico de capacidade physica, e fiscalizar si a alimentação e o alojamento delles são conformes ás exigencias da hygiene, assim como verificar si elles são pagos regularmente pela forma convencionada com seus pais ou representantes legais; IV – os menores não tomarão parte em peças, actos ou scenas que possam offender o seu pudor ou a sua moralidade, ou despertar nelles intinctos mãos ou doentios, ou que não sejam adequados á sua idade ou ao seu desenvolvimento physico e intellectual; V – não andarão em companhia de gente viciosa ou de má vida”.

³³ Lei nº 6.695/1979, art. 8º: “[a] autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que ao seu prudente arbitrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder”. Como ressaltado por José Luiz Mônaco da Silva, esse permissivo não foi reproduzido pela Lei nº 8.069/1990, que contemplou a edição de portarias em seu art. 149, de alcance sensivelmente mais restrito (Estatuto da Criança e do Adolescente. Comentários. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 254).

No que diz respeito ao objeto deste estudo, o inciso II do referido preceito dispõe que à autoridade judiciária compete disciplinar, por meio de portaria, ou autorizar, mediante alvará, “a participação de criança e adolescente em: a) espetáculos públicos e seus ensaios; b) certames de beleza.”³⁴ Para tanto, deve levar em conta os princípios da Lei nº 8.069/1990 e da Constituição da República, em especial do seu art. 227, as peculiaridades locais, a existência de instalações adequadas, o tipo de frequência habitual ao local, a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes e a natureza do espetáculo. A exigência de autorização judicial, verdadeira manifestação do poder de polícia estatal, pela relevância dos valores envolvidos, mostra-se plenamente justificável, ainda que a criança ou o adolescente esteja acompanhado dos seus pais ou responsáveis.³⁵

Portanto, *de lege lata*, há pouco menos de um século, a ordem jurídica brasileira atribui ao Juízo da Infância e da Juventude competência para autorizar o trabalho, consoante disciplina estabelecida na CLT, e a participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos, conforme encontra-se atualmente previsto na Lei nº 8.069/1990. Trata-se de nítida hipótese de jurisdição voluntária,³⁶ em que não se identifica a presença de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, mas, sim, a necessidade de integração da vontade individual, que, por si só, não pode produzir o efeito pretendido.

5. Iniciativas Favoráveis à Competência da Justiça do Trabalho para Autorizar o Trabalho de Crianças e Adolescentes

Aqueles que defendem a competência da Justiça do Trabalho para autorizar o trabalho ou a participação em espetáculos públicos, de crianças e adolescentes, têm externado o seu entendimento em três planos distintos. O primeiro, próprio para esse tipo de debate, é o plano legislativo, em que proposições com esse objetivo já se encontram em tramitação. O segundo é o plano jurisdicional, em que já se identificam algumas decisões da Justiça do Trabalho atraindo para si essa competência. O terceiro, por sua vez, é o plano argumentativo, no qual se desenvolve a tentativa de conscientizar os operadores do direito a respeito da correção desse entendimento.

Plano Legislativo

No Projeto de Lei nº 3.974, de 2012, de autoria do Deputado Federal Manoel Júnior, busca-se alterar o art. 406 da Consolidação das Leis do Trabalho para atribuir-lhe a seguinte redação: “[o] Juiz do Trabalho poderá autorizar ao adolescente o

³⁴ O STJ já reconheceu que, sob a epígrafe dos espetáculos públicos, estão incluídos os programas de televisão, sendo imperativa a existência de autorização judicial para a participação de crianças e adolescentes, de modo que a sua falta atrai a incidência da multa a que se refere o art. 258 do ECA: 1ª Turma, AgRg. no Ag. nº 545.748/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 18/03/2004, DJ de 17/05/2004, p. 136; e 2ª Turma, AgRg. no Ag. nº 543.237/RJ, Rel. Min. Castro Meira, j. em 05/02/2004, DJ de 29/03/2004, p. 210.

³⁵ Cf. ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: Doutrina e Jurisprudência. 15. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 384.

³⁶ CPC/1973, art. 1º e 1103; e CPC/2015, art. 719. Cf. SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. Comentários ao art. 149 do ECA. In: CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 590.

trabalho a que se referem as alíneas *a* e *b* do § 3º do art. 405, desde que a representação tenha fim educativo ou a peça de que participe não possa ser prejudicial à sua formação”. De acordo com as alíneas *a* e *b* do § 3º do art. 405 da CLT, ao menor é vedado o trabalho em serviços prejudiciais à sua moralidade, considerando-se como tal aqueles prestados “de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, buates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos” e “em empresas circenses, em funções de acróbata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes”. Pela atual redação do art. 406, a autorização pode ser concedida pelo “Juiz de Menores”. Em sua justificativa, argumenta o autor do Projeto que a matéria é trabalhista e que “a Justiça Comum não estaria apta para a análise sob o ângulo da Legislação Trabalhista”.

No Projeto de Lei nº 4.253, de 2013, de autoria do Deputado Federal Dr. Grilo, o objetivo é alterar o art. 406 da Consolidação das Leis do Trabalho, de modo a conceder competência concorrente ao Juiz de Menores e ao Juiz do Trabalho. Na justificativa, argumenta-se que “o artigo 114 da Constituição Federal de 1988 deixa claro que compete à Justiça do Trabalho julgar e processar controvérsias decorrentes das relações de trabalho. Portanto, descabida a competência exclusiva dos Juízes de Menores”.

No Projeto de Lei nº 4.968, de 2013, de autoria do Deputado Federal Jean Wyllys, é alterado, inicialmente, o art. 60 da Lei nº 8.069/1990, que veicula o Estatuto da Criança e do Adolescente, para vedar a autorização de trabalho para os “menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos”, bem como para permitir tal autorização apenas “no caso de participação em representações artísticas”. Especifica, ainda, os requisitos a serem observados pelo alvará, ressaltando que ele poderá ser “concedido pela autoridade judiciária do Trabalho, e a pedido dos detentores do poder familiar, após ouvido o representante do Ministério Público”. Por fim, o Projeto revoga o parágrafo único do art. 402, que estabelece sistemática específica para o trabalho em oficina da família; os parágrafos segundo e quarto do art. 405, que outorgam ao Juiz de Menores competência para autorizar o trabalho em logradouros públicos, quando necessário à subsistência, e exigem a vinculação dos menores jornalheiros às instituições de amparo existentes na localidade; e o art. 406 da Consolidação das Leis do Trabalho, que confere ao Juiz de Menores competência para autorizar o trabalho na hipótese das alíneas *a* e *b* do § 3º do art. 405 da CLT. O autor do projeto, em sua justificativa, realça a necessidade de evitar-se o trabalho de crianças e adolescentes, de modo a cumprir os comandos constitucionais e os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro. Quanto às razões para a alteração de competência, nada foi dito.

Os três projetos foram pensados e analisados em conjunto pela Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados. De acordo com o parecer da relatora, Deputada Benedita da Silva, a presença de crianças e adolescentes em relações de trabalho deve ser autorizada pela justiça especializada, qual seja, a trabalhista, que, por ser “especialista em amparar os trabalhadores hipossuficientes, conferirá maior amplitude ao exercício dos direitos trabalhistas das crianças e adolescentes que exerçam atividade artística. A Justiça Comum se limita a analisar os aspectos civis da autorização, ou seja, se irá gerar prejuízo aos estudos, à moral, mas não adentra nos aspectos dos direitos trabalhistas”. Portanto, em razão da competência constitucional

da Justiça do Trabalho e, “principalmente, pelo princípio da proteção integral às crianças e adolescentes”, as autorizações não de ser concedidas por esse ramo do Judiciário.

Plano Jurisprudencial

Os órgãos do Poder Judiciário possuem a profícua incumbência de aplicar o direito posto em caráter definitivo, de modo a evitar, recompor ou reparar qualquer lesão ou tentativa de lesão a direitos individuais ou coletivos. Para tanto, interpretam o direito posto e, nesse particular, alguns órgãos da Justiça do Trabalho têm visualizado, no art. 114, I, da Constituição de 1988, o alicerce de sua competência para autorizar, ou não, o trabalho de crianças e adolescentes.

De acordo com o art. 114, I, da Emenda Constitucional nº 45/2004, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. A partir desse enunciado linguístico, alcançou-se o entendimento de que o art. 406 da CLT, que atribui ao Juízo da Infância e da Juventude competência para autorizar o trabalho de crianças e adolescentes, não poderia sobrepor-se ao comando constitucional, tendo sido revogado.

A esse respeito, podem ser colacionados os seguintes acórdãos relacionados a essa temática, *verbis*:

“COMPETÊNCIA PARA APRECIAÇÃO DO PLEITO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA TRABALHO INFANTIL – É da Justiça do Trabalho a competência para apreciar pedido de autorização para ocorrência de trabalho por menores, que não guardam a condição de aprendizes nem tampouco possuem a idade mínima de dezesseis anos. Entendimento que emana da nova redação do artigo 114, inciso I, da *Lex Fundamentalis*” (TRT-2ª Região, Processo nº 00017544920135020063, Rel. Des. Rosana de Almeida, j. em 10/12/2013, DJ de 10/01/2014).

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO DE MENOR. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA RECURSAL. – Após a Emenda Constitucional nº 45, fica evidente a competência da Justiça do Trabalho para dirimir conflito relativo à fiscalização do trabalho de menores. – Competência declinada à Justiça do Trabalho” (TRF-4ª Região, 3ª Turma, AC nº 2005.04.01.033601-0, Rel. Des. Fed. José Paulo Baltazar Junior, j. em 06/03/2006, DJ de 03/05/2006).

Plano Argumentativo

A evolução de qualquer ciência não passa ao largo da circulação de ideais e do livre debate a respeito de sua adequação, ou não, às peculiaridades do contexto sociopolítico. Essas são as características de um ambiente pluralista, em que convergências e divergências são a tônica do debate público. O pluralismo há de ser reconhecido sob todos os pontos de vista (artístico, religioso etc.), assumindo especial relevo, para o ambiente democrático, em sua feição política.³⁷ O pluralismo político, alicerce estrutural do regime liberal, aponta para a inexistência de uma verdade oficial,

³⁷ Cf. DEBBASCH, Charles; BOURDON, Jacques; PONTIER, Jean-Marie e RICCI, Jean-Claude. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 3ª ed. Paris: Economica, 1990, p. 197.

existindo, apenas, uma opinião majoritária, fruto da igual manifestação e consideração de todas as opiniões existentes. O livre aflorar de opiniões dinamiza a interação recíproca entre grupos de interesses e o Estado, que atuam como participantes do discurso político,³⁸ impedindo a estagnação das orientações existentes.

Não obstante a plena legitimidade do discurso argumentativo, parece existir em certos setores uma precipitação em relação à forma de interação desse discurso com a realidade. A alguns parece que a competência da Justiça do Trabalho para autorizar, em caráter excepcional, o trabalho de crianças e adolescentes, longe de estar adstrita ao plano das ideias, contando com algumas poucas decisões desse ramo especializado do Poder Judiciário, que parece adotar uma postura autorreferencial, é fato consumado. Em outras palavras, tal competência já existiria e deveria ser imediatamente cumprida. Essa constatação decorre de duas iniciativas, desenvolvidas nos Estados de São Paulo e Mato Grosso, que, pela sua singularidade, merecem ser referidas.

Por meio da Recomendação Conjunta nº 1, da lavra da Corregedoria-Regional do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região, da Corregedoria-Regional do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, da Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do Ministério Público do Trabalho da Segunda Região, do Ministério Público do Trabalho da Décima Quinta Região e do Ministério Público do Estado de São Paulo, foi dito o seguinte:

Art. 1º. Recomendar aos Juízes de Direito da Infância e da Juventude, aos Juízes do Trabalho da Vigésima Terceira Região, aos membros do Ministério Público Estadual e do Ministério Público do Trabalho da Vigésima Terceira Região, que tomem como diretriz, para efeito de competência:

I – As causas que tenham como amparo os direitos fundamentais da criança e do adolescente e sua proteção integral, nos termos da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, inserem-se no âmbito da competência dos Juízes de Direito da Infância e da Juventude;

II – As causas que tenham como fundamento a autorização para trabalho de crianças e adolescentes, inclusive artístico e desportivo, e outras questões conexas derivadas dessas relações de trabalho e emprego, debatidas em ações individuais e coletivas, inserem-se no âmbito da competência dos Juízes do Trabalho, nos termos do art. 114, incisos I e IX, da Constituição da República.

Art. 2º. Esta Recomendação entra em vigor na data de sua publicação.

Não há dúvidas de que a recomendação, de fato, é o veículo adequado à disseminação de certas diretrizes de atuação funcional, que hão de ser sugeridas,

³⁸ Cf. JANOSKI, Thomas. *Citizenship and Society. A Framework of Rights & Obligations in Liberal, Traditional, and Social Democratic Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 117.

não propriamente impostas. O curioso é que as recomendações destoam de uma sistemática quase secular, isso sem olvidar que a competência dos juízes e as atribuições dos órgãos do Ministério Público são temáticas que mais se afeiçoam a um comando cogente, não a uma mera diretriz de atuação. Aliás, é justamente por estar em vigor uma sistemática diversa é que encontram-se em tramitação proposições legislativas com o objetivo de alterá-la. Vale lembrar que recomendação, com justificativa diversa, mas de conteúdo praticamente idêntico, foi editada, em 19 de dezembro de 2014, por autoridades congêneres no Estado de Mato Grosso*.

O principal alicerce de sustentação da tese da competência da Justiça do Trabalho é a interpretação que se pretende dar ao art. 114, I e X, da Constituição da República.³⁹ Além disso, também se argumenta com o disposto no art. 83 da Lei Complementar nº 75/1993, segundo o qual “[c]ompete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho”, podendo “III – promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”; e “V – propor as ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores, incapazes e índios, decorrentes das relações de trabalho”. Como esse comando teria outorgado ao Ministério Público do Trabalho, a atribuição necessária à defesa dos interesses dos menores, “decorrentes das relações de trabalho”, ter-se-ia, *ipso iure*, a competência da Justiça do Trabalho para apreciar as respectivas ações. Alguns chegam a afirmar que a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária, daí decorrendo a inferência lógica de que a CLT fora tacitamente revogada.

6. A Competência do Juízo da Infância e da Juventude e o seu Alicerce Argumentativo

As discussões em torno do órgão jurisdicional competente para apreciar as autorizações ora analisadas deparam-se com um quadro normativo bem definido. De um lado, temos comandos legais que atribuem essa competência ao Juízo da Infância e da Juventude, alguns deles editados sob a égide da Constituição de 1988; de outro, temos a interpretação que se pretende outorgar ao art. 114, I, da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Quanto ao art. 83, V, da Lei Complementar nº 75/1993, é evidente que esse preceito tão somente enuncia a atribuição do Ministério Público do Trabalho para defender os interesses, de crianças e adolescentes, “decorrentes da relação de trabalho”, o que reconduz a discussão à interpretação do referido preceito constitucional.

* N. do A. – Após a conclusão deste estudo, referidas recomendações foram impugnadas, perante o STF, por meio da ADI nº 5326/DF, sendo relator o Min. Marco Aurélio. O julgamento foi iniciado em 12/08/2015, com o voto favorável do relator reconhecendo o caráter normativo das recomendações e declarando a inconstitucionalidade da tese de que a Justiça do Trabalho deveria autorizar a participação de crianças e adolescentes em eventos artísticos e desportivos, no que foi acompanhado pelo Min. Edson Fachin. A Min. Rosa Weber, por sua vez, antecipou pedido de vista. Em momento posterior, mais especificamente em 20/08/2015, o relator deferiu monocraticamente a liminar requerida.

³⁹ Cf. OLIVA, José Roberto Dantas. Autorização para o trabalho infanto-juvenil artístico e nas ruas e praças: parâmetros e competência exclusiva do Juiz do Trabalho, in: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, nº 28, 2006, p. 117.

O art. 114, I, da Constituição de 1988, em sua redação original, tinha o seguinte conteúdo:

Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

A referência a “dissídios individuais e coletivos” evidenciava o caráter litigioso das causas submetidas à Justiça do Trabalho, o que, por si só, já seria suficiente para afastar a sua competência para apreciar o pedido de autorização ora analisado. Além disso, era possível que a lei estendesse a competência desse ramo especializado a “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”, que seriam definidas em lei. Fosse explorado o potencial semântico dessa expressão, utilizando-se técnica semelhante àquela encampada pelos atuais defensores da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, de modo que *decorrente* deixasse de ser o que vem *depois*, passando a ser o que vem *antes*, por certo, não haveria óbice a que a Consolidação das Leis do Trabalho viesse a reconhecer referida competência. Apesar desse diploma normativo ter sido objeto de inúmeras alterações desde 5 de outubro de 1988, jamais retirou-se, do Juízo da Infância e da Juventude, a competência ora analisada, que remonta ao início do século.

Em 30 de dezembro de 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, que alterou a redação do art. 114 da Constituição da República, de modo a detalhar as suas competências, sem prejuízo de sua ampliação pela legislação infraconstitucional. Eis o teor do *caput* e dos incisos I e IX do art. 114 após a modificação constitucional:

Art. 114 – Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

(...)

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Tão logo foi promulgada a reforma constitucional, tornou-se perceptível o surgimento de certo frenesi a respeito da ampliação das competências da Justiça do Trabalho. Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal foi instado a pronunciar-se a respeito de algumas “teses hermenêuticas”. O Tribunal, ao julgar a ADI nº 3.395-6 (Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 05/04/2006, DJ de 10/11/2006), conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 114, I, para excluir da competência da Justiça do Trabalho as causas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os

Municípios, de um lado, e seus servidores de outro, sempre que “vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo”. No julgamento da ADI nº 3.684-0 (Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 01/02/2007, DJ de 03/08/2007), o Tribunal deixou assentado que o disposto no art. 114, I, IV e IX, “*não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais*”. Em outras palavras, nem a ordem constitucional autoriza nem a legislação infraconstitucional pode autorizar que Juízes do Trabalho julguem crimes, ainda que sejam praticados, durante a relação de trabalho e envolvam empregado e empregador.

Mas será que a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao modificar o inciso I do art. 114, teria inventado a “quadratura do círculo”? Em outras palavras, será que o enunciado linguístico que atribui competência a esse ramo especializado para processar e julgar “as ações oriundas das relações de trabalho” legitimaria a conclusão idealizada por alguns? Ou, melhor dizendo, seria possível afirmar que essa expressão apresenta distinção substancial em relação ao enunciado anterior, que mencionava “dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores (...) e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”? De modo mais específico: no que se distinguem as expressões “ações oriundas das relações de trabalho” e “controvérsias decorrentes da relação de trabalho”? Com todas as vênias daqueles que encampam entendimento diverso, cremos que nada mudou, em nosso texto constitucional, que possa embasar a interpretação pretendida. E, pior, nada mudou em nosso ambiente sociopolítico que pudesse justificar o conteúdo normativo que se pretende delinear.

O êxito de uma ordem constitucional, enquanto paradigma de efetividade social, é influenciado pela qualidade interna de suas regulamentações, pelas condições externas que permitam a sua realização e pela atividade desenvolvida pelo responsável pela individualização de suas normas, daí a relevância da relação triangular estabelecida entre “texto, contexto e interpretação”.⁴⁰ Na síntese de Häberle:⁴¹ “[*k*] *ein (rechtlicher) Text ohne Kontext, kein (rechtlicher) Text ohne Auslegung*” [“não há texto (jurídico) sem contexto, não há texto (jurídico) sem interpretação”]. A ordem constitucional, aliás, pode ser vista como uma rede de inter-relações formada a partir da aproximação, de um lado, da linguagem textual, e, do outro, das forças de natureza social, econômica, política e moral.⁴² Tal ocorre justamente porque as disposições normativas constitucionais estão situadas em um contexto multidimensional, real e cambiante, o que permite sejam adjudicados significados dinâmicos a significantes estanques, resultado da ação de forças que determinam a natureza, o significado e os efeitos que os significantes linguísticos produzirão no plano concreto.⁴³ A norma constitucional é essencialmente mutável. Afinal, entre o momento constituinte e o

⁴⁰ Cf. GRIMM, Dieter. *Constituição e Política (Die Verfassung und die Politik)*. Trad. de CARVALHO, Geraldo de. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 24 e 266.

⁴¹ *Function und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive*, in: EuGRZ 32. Jg. Heft 22-23, 2005, p. 685 (685).

⁴² Cf. LEVI, Judith; N. WALKER, Anne Graffam. *Language in the judicial process*. Vol. 5 of *Law, Society and Policy*. New York: Plenum Press, 1990, p. 6.

⁴³ Cf. COULTHARD, Malcolm e JOHNSON, Alison. *An introduction to forensic linguistics: language in evidence*. New York: Routledge, 2007, p. 48.

momento em que é individualizada, é factível a possibilidade de o contexto social ter passado por diversas modificações.⁴⁴

A promoção da interação entre texto e contexto é *munus* que recai sobre o intérprete, fazendo que a ordem constitucional transite da plasticidade formal para a concretude de um específico ambiente sociopolítico. Esse é o alicerce estrutural da metódica concretista de Konrad Hesse.⁴⁵ A interpretação constitucional é “concretização”, não existindo “independente de problemas concretos”.⁴⁶ A Constituição deve ser sempre concebida em sua atualidade, individualidade e concretude. Considerando a sua vinculação a um ambiente histórico-concreto, a atividade do intérprete assume relevância ímpar no delineamento do seu conteúdo. Afinal, cabe a ele apreender a realidade e promover a sua interação com o significante interpretado. A relevância dessa atividade é percebida nas situações em que o significado possível não seja inequívoco, ensejando dúvidas insuscetíveis de serem superadas pelos métodos clássicos.

Na doutrina de Friedrich Müller,⁴⁷ que se dedicou de modo mais amplo à temática, a norma não se sobrepõe ao texto, sendo concretizada a partir dele. É a resultante da convergência de fatores linguísticos e factuais, aqueles inerentes ao texto normativo, estes às especificidades da realidade em que se projetará. O intérprete, realizando uma atividade essencialmente intelectual e decisória, é o responsável pela condução do processo de concretização, que principia pela identificação do problema, avança pela individualização do texto normativo, se desenvolve sob os influxos da realidade e somente se completa com a solução do caso concreto.⁴⁸ Nesse *iter*, o intérprete confere vida e utilidade ao enunciado linguístico inserido na Constituição formal, que alcança o *status* de norma constitucional a partir da simbiose, entre texto e contexto, promovida pela interpretação, culminando com a formação da norma de decisão, resultado final do processo de concretização. Abandona-se o formalismo e encampa-se o dinamismo da práxis. O objetivo: adotar critérios prático-normativos voltados à decisão do caso concreto.⁴⁹ Nesse “avanço tópico”, diversamente da “*tópica pura*”, a base textual, que não tem um significado (*Bedeutung*) próprio, direciona (*dirigiert*) e limita (*begrenzt*) a atividade do intérprete. É, além disso, influenciado pela política jurídica, devendo sopesar as consequências e os efeitos das decisões.⁵⁰

⁴⁴ Cf. LAVAGNA, Carlos. *Costituzione e socialismo*. Bologna: Il Mulino, 1977, p. 40. Na síntese de Walter Claudius Rothemburg, a Constituição, face à sua dimensão dinâmica, “está mais para cinema do que para fotografia” (Direito Constitucional. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 17).

⁴⁵ *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 61-70.

⁴⁶ *Elementos...*, p. 62.

⁴⁷ *Discours de la Méthode Juridique (Juristische Methodik)*. Trad. De JOUANJAM, Olivier. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 186 e ss.; *Juristische Methodik, Band I: Grundlagen Öffentliches Recht*. Berlin: Duncker & Humblot. 9. ed., 2004, p. 258 e ss.; e Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. 3ª ed. Trad. de NAUMANN, Peter. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 47 e ss.

⁴⁸ Cf. MÜLLER. *Juristische Methodik...*, p. 470.

⁴⁹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, A.. Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais, Boletim da FDUC. *Stydia Iuridica* 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 84.

⁵⁰ Cf. MÜLLER. *Juristische Methodik...*, p. 127, 258 e 476 (resumo).

É evidente que o contexto sociopolítico atualmente existente na realidade brasileira não oferece ambiente adequado à pretendida modificação da competência da Justiça do Trabalho. Além de o art. 114, I, da Constituição de 1988 não encampar, semântica ou sintaticamente, a tese de que a Justiça do Trabalho teve suas competências exponencialmente expandidas, as peculiaridades do ambiente sociopolítico não justificam a ampliação pretendida. Afinal, estamos perante um sistema que já subsiste há quase um século e é especificamente direcionado às crianças e aos adolescentes. A própria ampliação da competência da Justiça do Trabalho, via legislação infraconstitucional, seria de duvidosa constitucionalidade, já que a matéria estaria dissociada da relação de trabalho.

O acerto dessa conclusão ainda é corroborado pela autonomia do denominado *Direito da Infância e da Juventude*, o que aconselha a concentração de competências, que devem ser tratadas no nível da especialização. Para maior clareza, analisaremos esse aspecto de maneira mais detida em tópico próprio. Também será objeto de análise específica a distinção entre *autorização para o trabalho e relação de trabalho*.

6.1. O Direito da Infância e da Juventude e sua Autonomia Existencial

Direito, do latim *directum*, de *dirigere*, indicando a ação de dirigir, de ordenar, é signifiante eminentemente polissêmico. Para os fins de nossa exposição, pode ser visto como o conjunto de padrões normativos, do qual derivam posições jurídicas de sujeição e de fruição. É indissociável da inter-relação social, que delimita e compatibiliza,⁵¹ e apresenta um “significado emotivo favorável”,⁵² denotando a presença de uma atitude de adesão, o que assegura a sua validade social. Em virtude da crescente complexidade das relações sociais, esses padrões normativos se multiplicaram, apresentando, além das distinções que justificam a sua própria existência, alguns traços comuns que permitem reuni-los em certos ramos específicos, de modo a estabelecer uma identidade metódica e didática, facilitando a sua compreensão. As classificações mais tradicionais e amplamente difundidas são aquelas que dividem o direito em internacional e interno, e este último em público e privado.⁵³

As principais distinções entre o direito público e o privado, dicotomia que tem sofrido severas críticas, costumam ser condensadas nos objetivos a serem alcançados, nas características das respectivas normas⁵⁴ e no critério de posição dos sujeitos.⁵⁵ O

⁵¹ Cf. BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. 2ª ed., reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 36.

⁵² Cf. SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed., 13ª reimp. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005, p. 16.

⁵³ Sálvio de Figueiredo Teixeira, há algumas décadas, realçava a superação da dicotomia entre direito público e privado, o que decorria do reconhecimento dos denominados interesses transindividuais, coletivos ou difusos (O Direito e a Justiça do Menor, in *Revista dos Tribunais*, vol. 650, p. 12, dez./1989). Mais recentemente, vide, no mesmo sentido, o belíssimo trabalho de Gregório Assagra de Almeida, intitulado *Direito Material Coletivo. Superação da Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

⁵⁴ Cf. TERRÉ, François. *Introduction générale au droit*. Paris: Dalloz, 1991, p. 70.

⁵⁵ Cf. BAPTISTA MACHADO, João. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 17ª reimp. Lisboa: Almedina, 2008, p. 65; e LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, p. 99-102.

objetivo do direito público é o de satisfazer os interesses da coletividade, enquanto o direito privado busca assegurar o máximo de satisfação aos interesses individuais. As normas de direito público são essencialmente imperativas, o que afasta qualquer poder de disposição sobre elas, enquanto, no direito privado, que privilegia a vontade e a liberdade individuais, a preponderância é das normas dispositivas. Nas normas de direito público, estaria presente o exercício de um poder de autoridade (*pública potestas*), enquanto que, nas normas de direito privado, as partes aparecem numa posição de igualdade.

Além da divisão do direito interno em público e privado, comportando, cada qual, uma multiplicidade de sub-ramos, é crescente o desenvolvimento do que alguns denominam de ramos mistos,⁵⁶ por apresentarem certas características que podem ser consideradas inerentes ao direito público ou ao direito privado. A nosso ver, essa classificação não apresenta grande rigidez dogmática. Afinal, é difícil imaginar a existência de um ramo em estado puro, somente possuindo normas que se enquadrem sob a epígrafe das públicas ou das privadas. Apesar dessa constatação, é factível que o enquadramento do direito do trabalho na dicotomia tradicional é tarefa assaz difícil, sendo nítida a convergência de normas de direito público e de direito privado,⁵⁷ daí o porquê de muitos o considerarem *direito social*.⁵⁸

Não se pode deixar de observar, juntamente com Recasens Siches,⁵⁹ que nenhuma doutrina “logrou encontrar um critério universalmente válido para estabelecer tal distinção”. Daí a conclusão de que a dicotomia público-privado baseia-se mais em dados históricos que propriamente em uma validade intrínseca, vale dizer, existem normas em que, historicamente, prepondera o interesse público e normas em que a preeminência é do interesse privado. E o exemplo oferecido pelo autor para demonstrar a falta de rigidez dessa classificação era justamente a situação das normas protetoras dos filhos, reputadas tipicamente de direito privado, mas que possuem um caráter público, “que é salvaguardado de ofício, pela intervenção do Ministério Público.” Já o direito do trabalho, embora seja principalmente protetor de interesses privados, alguns ordenamentos, como o mexicano, consideram-no como de direito público, pois os direitos que tutela são irrenunciáveis.

Acresça-se que o mundo contemporâneo tem testemunhado uma crescente compartimentação dos padrões normativos, conforme a natureza das relações sociais que devem disciplinar. Daí decorre a diversificação dos ramos do direito, que passam a ter reconhecida a sua autonomia existencial em razão das peculiaridades que os distinguem dos outros ramos existentes. Apesar da advertência de François Terré,⁶⁰ no sentido de que há um certo exagero na defesa da autonomia de alguns ramos do direito, é inegável que esse fenômeno não é reversível. O desafio é afastar os excessos, mas

⁵⁶ Cf. TERRÉ. *Introduction...*, p. 73.

⁵⁷ Cf. ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das Deutsche Recht*. 3ª ed. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, p. 270.

⁵⁸ Cf. Baptista Machado. *Introdução...*, p. 74.

⁵⁹ Cf. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2003, p. 179.

⁶⁰ Cf. TERRÉ. *Introduction...*, p. 74.

reconhecer a utilidade da compartimentação, cuja finalidade prática, como ressaltado por Tercio Sampaio Ferraz Júnior,⁶¹ é contribuir para a “decidibilidade de conflitos com um mínimo de perturbação social”. A autonomia surge da diversidade, mas não se exaure nela. É indispensável que o novo ramo apresente singularidades que o distingam dos demais, daí decorrendo a possibilidade de oferecer soluções originais e derogatórias das regras gerais existentes no sistema ou das regras específicas afetas a outros ramos.

Para que a autonomia seja reconhecida, é necessário, em primeiro lugar, que a aplicação de princípios e métodos de argumentação gerais conduza a situações injustas ou irrazoáveis. A autonomia, além disso, exige que a matéria considerada, embora se abebere de princípios gerais ou específicos preexistentes, tenha uma espécie de “combinação química”⁶² que permita atribuir-lhe contornos de novidade. Foi justamente isso que aconteceu com o direito do trabalho, que passou a ostentar grande relevância social e a dispensar especial proteção ao trabalhador, que historicamente sucumbia ao avanço do capital. Com isso, despreendeu-se do direito civil e adquiriu as características de disciplina autônoma.

O reconhecimento da autonomia existencial do direito da infância e da juventude exige considerações em torno do modo como essa camada da população passou a ser vista pelos distintos atores do ambiente sociopolítico, tanto interno como internacional, e o tratamento jurídico que lhe foi dispensado pelas estruturas estatais de poder. Somente assim será possível aferir se o critério etário justificou, por si só, o surgimento de uma visão social e normativa tão diferenciada a seu respeito que torne inviável a sua inserção, total ou parcial, em algum ramo do direito incumbido da organização normativa de matéria diversa.

Desde os primórdios da humanidade, percebeu-se que os seres humanos somente alcançavam a plenitude de suas potencialidades físicas e mentais com o passar dos anos. Em algumas civilizações, os mais jovens sequer eram sujeitos de direito, e, quando se reconheceu esse *status*, foram-lhes opostas restrições à manifestação da vontade. Durante longo tempo, foram penitenciados pelos erros dos antecessores, quer cumprindo penas, quer tendo a sua esfera jurídica restringida.

O século XX testemunhou uma crescente preocupação com os direitos das crianças e dos adolescentes, sendo inúmeros os atos de direito internacional que buscam tutelá-los. Em caráter meramente enunciativo, podemos mencionar aqueles listados abaixo.

(i) A Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente, adotada no âmbito da UNICEF em 20 de novembro de 1959, enunciou um extenso rol de direitos que deveriam ser reconhecidos “a todas as crianças, sem qualquer exceção, distinção ou discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, nacionalidade ou origem social, posição econômica, nascimento ou outra condição, seja inerente à própria criança ou à sua família”.

⁶¹ *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 140.

⁶² Cf. TERRÉ. *Introduction...*, p. 75.

(ii) A Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, adotada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. No Brasil, foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, sendo depositado o instrumento de ratificação, junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, em 25 de setembro de 1992, e promulgada, na ordem interna, pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. A Convenção entrou em vigor, no plano internacional, em 18 de julho de 1978. De acordo com o seu art. 19, “[t]oda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.”

(iii) O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), adotado em São Salvador, em 17 de novembro de 1988. No Brasil, foi aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 56, de 19 de abril de 1995, sendo depositado o instrumento de adesão, junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, em 21 de agosto de 1996, e promulgado, na ordem interna, pelo Decreto nº 3.321, de 31 de dezembro de 1999. O Protocolo entrou em vigor, no plano internacional, em 16 de novembro de 1999. De acordo com o nº 3 do seu art. 15, que trata do “direito à constituição e proteção da família” (...), “[o]s Estados Partes comprometem-se, mediante este Protocolo, a proporcionar adequada proteção ao grupo familiar e, especialmente, a: (...) b. Garantir às crianças alimentação adequada, tanto no período de lactação quanto durante a idade escolar; c. Adotar medidas especiais de proteção dos adolescentes, a fim de assegurar o pleno amadurecimento de suas capacidades físicas, intelectuais e morais”. O art. 16, por sua vez, que trata do “[d]ireito da criança”, dispôs que “[t]oda criança, seja qual for sua filiação, tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Toda criança tem direito de crescer ao amparo e sob a responsabilidade de seus pais; salvo em circunstâncias excepcionais, reconhecidas judicialmente, a criança de tenra idade não deve ser separada de sua mãe. Toda criança tem direito à educação gratuita e obrigatória, pelo menos no nível básico, e a continuar sua formação em níveis mais elevados do sistema educacional.”

(iv) O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966. No Brasil, foi aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, sendo depositada a carta de adesão, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, em 24 de janeiro de 1992, e promulgado na ordem interna pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. O Pacto entrou em vigor, no plano internacional, em 23 de março de 1976. De acordo com o seu art. 24, 1, “[q]ualquer criança, sem nenhuma discriminação de raça, cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, propriedade ou nascimento, tem direito, da parte da sua família, da sociedade e do Estado, às medidas de proteção que exija a sua condição de menor”.

(v) A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, adotada em Haia, em 25 de outubro de 1980. No Brasil, foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999, sendo depositado o instrumento de adesão, em 19 de outubro de 1999, e promulgada, na ordem jurídica interna, pelo Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. A Convenção entrou em vigor, no plano internacional, em 1º de dezembro de 1983. Há reserva ao art. 24 da Convenção, permitida pelo seu art. 42, sendo exigido que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor juramentado oficial.

(vi) A Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada em Montevidéu, em 15 de julho de 1989. No Brasil, foi aprovada, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 3, de 7 de fevereiro de 1994, sendo depositado o instrumento de ratificação, junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, em 3 de maio de 1994, e promulgada, na ordem interna, pelo Decreto nº 1.212, de 3 de agosto de 1994. A Convenção entrou em vigor, no plano internacional, em 4 de novembro de 1994.

(vii) A Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. No Brasil, foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, sendo depositado o instrumento de ratificação em 24 de setembro de 1990 e promulgada, na ordem interna, pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. A Convenção entrou em vigor, no plano internacional, em 2 de setembro de 1990.

(viii) A Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, adotada na Cidade do México, em 18 de março de 1994. No Brasil, foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 105, de 30 de outubro de 1996, sendo depositado o instrumento de ratificação, junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, em 8 de julho de 1997, e promulgada, na ordem interna, pelo Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998. A Convenção entrou em vigor, no plano internacional, em 15 de agosto de 1997.

(ix) O Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, adotado em Nova Iorque, em 25 de maio de 2000. No Brasil, foi aprovado, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 230, de 29 de maio de 2003, sendo depositado o instrumento de ratificação, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, em 27 de janeiro de 2004, e aprovado pelo Decreto nº 5.007, de 8 de março de 2004. O Protocolo entrou em vigor, no plano internacional, em 18 de janeiro de 2002.

(x) O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966. No Brasil, foi aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, sendo depositada a carta de adesão, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, em 24 de janeiro de 1992, e aprovado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. O Pacto entrou em vigor, no plano internacional, em 3 de janeiro de 1976. De acordo

com o seu art. 10, “[o]s Estados Partes no presente Pacto reconhecem que: 1. Uma proteção e uma assistência mais amplas possíveis serão proporcionadas à família, que é o núcleo elementar natural e fundamental da sociedade, particularmente com vista à sua formação e no tempo durante o qual ela tem a responsabilidade de criar e educar os filhos. O casamento deve ser livremente consentido pelos futuros esposos. (...) 3. Medidas especiais de proteção e de assistência devem ser tomadas em benefício de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação alguma derivada de razões de paternidade ou outras. Crianças e adolescentes devem ser protegidos contra a exploração econômica e social. O seu emprego em trabalhos de natureza a comprometer a sua moralidade ou a sua saúde, capazes de pôr em perigo a sua vida, ou de prejudicar o seu desenvolvimento normal deve ser sujeito à sanção da lei. Os Estados devem também fixar os limites de idade abaixo dos quais o emprego de mão de obra infantil será interdito e sujeito às sanções da lei.”

Alirio Cavalieri,⁶³ referindo-se à autonomia do então denominado *Direito do Menor*, defendia que ela decorria do seu conteúdo específico, de institutos peculiares, de ter normas próprias e de sua autonomia didático-científica.

Esse ramo do direito, como ressaltado por Sálvio de Figueiredo Teixeira,⁶⁴ costuma encontrar a sua base de sustentação em três concepções teóricas, que são as doutrinas (a) da proteção integral, (b) do direito penal do menor e (c) da situação irregular.

A doutrina da proteção integral apregoa a necessidade de a criança e o adolescente terem a integralidade de sua esfera jurídica sujeita à preocupação e à tutela do Estado. Essa proteção deveria abranger, além das liberdades clássicas, a totalidade dos direitos sociais, como alimentação, habitação, educação, saúde, cultura, lazer e trabalho.

A doutrina do direito penal do menor defende que o Estado deve instituir um sistema de responsabilização diferenciado, atento às especificidades da pessoa em desenvolvimento.⁶⁵ A ausência de incursão no campo extrapenal importava na inexistência de qualquer medida que buscasse contornar as debilidades físicas e mentais dessa camada da população, de modo a oferecer-lhe as prestações sociais que assegurassem o seu pleno desenvolvimento físico e mental.

A doutrina da situação irregular, por sua vez, era baseada na necessidade de preservar ou recompor a esfera jurídica da criança e do adolescente que a tivesse comprometida por qualquer razão. Com isso, buscava estabelecer mecanismos de assistência, proteção e vigilância, que eram acionados sempre que as especificidades concretas o exigissem.

⁶³ O Direito do Menor – um Direito Novo, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 1979, p. 384.

⁶⁴ O Direito..., in: *Revista dos Tribunais*, vol. 650, p. 12 e ss.

⁶⁵ A respeito do direito penal dos menores, vale conferir a ampla pesquisa de Silvia Larizza, que trata da temática em mais de cinco centenas de páginas: *Il diritto penale dei minori: evoluzione e rischi di involuzione*. Milano: CEDAM, 2005.

O alicerce estabelecido pela ordem constitucional e a sistemática contida na Lei nº 8.069/1990 são suficientes, por si sós, para justificar a autonomia existencial do direito da criança e do adolescente.⁶⁶ São detalhados diversos direitos, amparados pelas medidas protetivas; as relações de família passaram a ajustar-se a certos comandos específicos, nitidamente derogatórios do direito comum; foi prevista a existência do Juízo da Infância e da Juventude, que há de contar com uma equipe de apoio, composta por psicólogos, assistentes sociais, comissários etc., que viabilize o atendimento dos amplos objetivos a serem cumpridos pelo Estado; os poderes do juiz foram sensivelmente ampliados, sendo-lhe permitido estabelecer atos normativos de natureza infralegal e proferir decisões de ofício, isso sem olvidar o seu poder de cautela sensivelmente mais amplo; há um sistema de responsabilização pessoal específico, com sanções próprias, as medidas socioeducativas, e prazos cambiantes, que se ajustam às especificidades de cada adolescente infrator⁶⁷; e ainda há um sistema próprio de direito administrativo sancionador, que prevê uma tipologia de ilícitos administrativos e sanções próprias para quem infrinja certas normas de proteção dessa camada da população.

Esse sistema, cujas especificidades não podem ser negadas, há de ser interpretado e aplicado com os olhos voltados à “absoluta prioridade” que a criança, o adolescente e o jovem, por força do art. 227, *caput*, da Constituição de 1988, deve receber da família, da sociedade e do Estado. O comando constitucional assegurou-lhes “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Como se constata, além da proteção integral, o art. 227, *caput*, da Constituição de 1988 assegurou às crianças e aos adolescentes, *com absoluta prioridade*, o gozo de inúmeros direitos. No plano lexical, prioridade indica a “qualidade do que está em primeiro lugar ou do que aparece primeiro; primazia, preferência conferida a alguém relativa ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; qualidade de uma coisa que é posta em primeiro lugar dentro de uma série ou ordem” (Cf. Buarque de Holanda). Consagrada a prioridade, é praticamente suprimido o âmbito de discricionariedade política do administrador público, já que eliminada a possibilidade de sopesar quaisquer outros direitos com aqueles das crianças, dos adolescentes e dos jovens. A ponderação entre os possíveis valores envolvidos foi realizada, *a priori*, pelo Constituinte, pouco sendo deixado ao administrador. Tratando-se de direitos que congreguem valores idênticos ou inferiores àqueles consagrados às crianças e aos adolescentes, não haverá qualquer espaço para uma opção distinta daquela que prestigie a *absoluta prioridade* (v.g.: entre a educação de um adulto e a educação de uma criança, esta haverá de prevalecer; entre a realização de construções de

⁶⁶ Em relação ao papel do Estatuto da Criança e do Adolescente na construção da “cidadania infanto-juvenil”, vide: FALBO, Ricardo Nery. *Natureza do Conhecimento Jurídico: Generalidade e Especificidade no Direito da Criança e do Adolescente*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 81.

⁶⁷ Vide Lei nº 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).

natureza voluptuária e a educação de uma criança, a última, por veicular valores mais importantes à coletividade, deverá igualmente prevalecer). No entanto, em situações extremas, um direito que possua maior peso no caso concreto poderá afastar outro de peso inferior (v.g.: para assegurar o direito à vida, pode ser afastado o direito de propriedade de uma criança).

O reconhecimento da autonomia existencial do direito da infância e da juventude certamente contribui para compreendermos o porquê de, há pouco menos de um século, ser atribuído, aos juízes com competência específica nessa temática, o *munus* de integrar a manifestação de vontade de crianças e adolescentes, genitores e responsáveis, de modo a permitir o exercício de atividades laborativas ou a participação em espetáculos públicos. O Juízo da Infância e da Juventude deve realizar verdadeira prognose, de modo a aferir os reflexos da atividade a ser desenvolvida sobre a personalidade individual, bem como os seus efeitos sobre os demais direitos assegurados a essa camada da população. Trabalho, educação, lazer e saúde, para dizer o mínimo, hão de permanecer conectados, de modo que a realização de um deles não prejudique os demais.

Qualquer criança ou adolescente que se encontre em situação de risco, na forma do art. 98 da Lei nº 8.069/1990,⁶⁸ pode receber as medidas protetivas a que se refere o mesmo diploma legal. São aplicadas, conforme o caso, pelo Conselho Tutelar ou pelo Juízo da Infância e da Juventude, tendo natureza bem diversificada, variando desde a inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos ou de auxílio à família, à criança e ao adolescente, até a inserção em família substituta. Trata-se de sistema todo próprio, que conta com um rol de princípios, previstos no art. 100, que direciona a sua aplicação. Considerando que o rol de medidas protetivas é exemplificativo, torna-se nítido que outras mais poderão ser aplicadas, incluindo a autorização para o trabalho e a participação em espetáculos públicos a partir de parcerias firmadas com estabelecimentos que ofereçam essas atividades. A avaliação da conveniência, ou não, dessa medida não pode ser realizada por autoridade outra que não aquela vinculada ao sistema de proteção das crianças e dos adolescentes.

6.2. A Distinção entre Autorização para o Trabalho e Relação de Trabalho

A relação jurídica de trabalho, que se inicia com a celebração do contrato de trabalho, apresenta uma nítida peculiaridade quando cotejada com as clássicas relações jurídicas de viés civilista. Essa peculiaridade decorre da existência de subordinação de uma das partes à outra, mais especificamente do empregado ao empregador, que presta um trabalho pessoal, remunerado e em caráter não eventual. Não bastasse isso, a preeminência do capital sobre o trabalho gera um evidente desequilíbrio de forças entre os contratantes, o que justifica a atuação protetiva do Estado em prol do trabalhador, sendo esse um dos princípios diretivos da Justiça do Trabalho.

⁶⁸ Lei nº 8.069/1990, art. 98. “As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III – em razão de sua conduta”.

É o contrato de trabalho que delinea, subjetivamente, a relação jurídica. Orlando Gomes e Elson Gottschalk,⁶⁹ referindo-se à impropriedade do art. 442 da CLT, que define o contrato individual de trabalho como o acordo tácito ou expresso, que corresponde à relação de emprego, proferiram lição que em muito nos auxilia a distingui-la da autorização para o emprego, *verbis*:

O conceito formulado neste artigo é tecnicamente insustentável. Dizer que o contrato corresponde à relação jurídica que informa importa redundância. Todo contrato é o aspecto subjetivo da relação, com ela se confundindo, conseqüentemente. A dissociação entre as duas ideias é uma pura abstração do espírito. Portanto, a correspondência é logicamente necessária, tendo sido redundantemente salientada pelo legislador. Com efeito, se a existência da relação de emprego implica, *ipso facto*, na presença do contrato de trabalho, toda relação dessa natureza é impreterivelmente contratual, uma não podendo subsistir sem o outro. Esta presunção não carecia de ser explícita, num país em que há liberdade de trabalho. Toda relação jurídica de natureza pessoal nasce de um ato jurídico. Não basta a existência de dois sujeitos de direito e de um objeto para que uma relação de direito se forme. Mister se faz que os sujeitos se vinculem juridicamente, que, por outras palavras, se liguem por um negócio jurídico.

A lição dos eminentes autores gera um óbice, a nosso ver intransponível, para os defensores da tese de que a Justiça do Trabalho, por ter competência para apreciar todas as questões afetas à relação de trabalho, seria igualmente competente para apreciar o requerimento de autorização para a celebração do contrato de trabalho. Na medida em que “toda relação jurídica de natureza pessoal nasce de um ato jurídico”, como seria possível falarmos em relação de trabalho antes da celebração do contrato de trabalho?

Somente com o surgimento da relação jurídica é que se pode falar em direitos e deveres. *In casu*, direitos e deveres subjacentes à relação trabalhista. Até então, tem-se mera avaliação prévia. Algo que, sem muito rigor técnico, poderíamos denominar, no direito penal, de *cogitatio* e, no direito civil, de tratativas preliminares.

A exemplo do que se verificou no direito civil após a promulgação do Código de 2002, também no direito do trabalho o indivíduo adquire plena capacidade trabalhista ao atingir 18 anos. Entre os 16 e os 18 anos, é necessária a assistência do responsável para firmar-se um contrato, sendo que a existência da carteira de trabalho, “para a qual se faz necessária essa permissão, basta como prova da existência dessa outorga”.⁷⁰ A capacidade consiste na aptidão para a prática de atos jurídicos, sendo pressuposto de sua validade.⁷¹

⁶⁹ *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 123-124.

⁷⁰ Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992, p. 536.

⁷¹ Cf. RÃO, Vicente. *Ato Jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 95.

Além da incapacidade decorrente do critério etário, ainda há situações de incompatibilidade, que alcançam o exercício de atividades consideradas insalubres, perigosas ou imorais.

Algumas incompatibilidades podem ser afastadas mediante autorização do Juízo da Infância e da Juventude, o mesmo ocorrendo em relação à participação em espetáculos públicos, em que o intenso aspecto cultural, constitucionalmente protegido, pode ser visto como uma exceção à vedação de caráter etário, de modo que mesmo crianças, com os cuidados devidos, podem participar desse tipo de atividade. Portanto, não basta a permissão dos genitores ou dos responsáveis. É preciso um *plus*, que o Estado-juiz reconheça que a atividade não colocará em risco a higidez física e mental da criança e do adolescente.

A superação da incapacidade e da incompatibilidade, consoante a sistemática legal, torna o menor de 18 anos parte legítima para firmar o contrato de trabalho e, por via reflexa, dar início à relação de trabalho.⁷² O mesmo ocorre em relação à sua participação em espetáculos públicos. A legitimação pode ser vista como um *plus* em relação à capacidade. Denota o preenchimento de certos requisitos previstos em lei, especificamente exigidos de alguns sujeitos de direito, caso pretendam praticar determinados atos, o que decorre da natureza da relação jurídica a ser estabelecida.⁷³

A autorização judicial, necessária à superação de algumas situações de incapacidade e de incompatibilidade, nem ao longe pode ser considerada parte integrante da relação jurídica que venha a surgir. E nem poderia ser diferente, pois o órgão jurisdicional não determina que a criança ou o adolescente faça ou deixe de fazer algo; tão somente autoriza.

Na medida em que a relação jurídica pode não vir a ser constituída, em razão, por exemplo, da morte ou da desistência dos interessados, é mais que óbvio que a autorização não só a precede como dela não faz parte. Em verdade, é fator de aperfeiçoamento da vontade, suprimindo situações de incapacidade ou de incompatibilidade que obstavam o seu livre exercício. Vicente Ráo,⁷⁴ ao estabelecer mais de uma dezena de características das relações jurídicas, realçando a bilateralidade dos poderes e dos deveres que nelas se apresentam, observava que (a) a todo poder jurídico corresponde uma obrigação correlata; (b) relação jurídica não há, nem pode haver, que não diga respeito à relação entre pessoas;⁷⁵ e (c) a correlação entre poderes e deveres se caracteriza pelo vínculo jurídico que os une. Acresce, ainda, com rara felicidade, que “[o]s simples interesses, embora legítimos e providos de certa proteção legal, não geram poderes e deveres necessariamente correlatos e vinculados e não formam, conseqüentemente, relações jurídicas perfeitas, outro tanto sucedendo com as meras expectativas de direitos e com os direitos cuja constituição está sujeita a cláusulas ou condições suspensivas”.

⁷² Cf. GOMES e GOTTSCALK. Curso..., p. 394-395.

⁷³ Cf. RÁO. Ato..., p. 100.

⁷⁴ *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 723-724.

⁷⁵ A concepção de que a relação jurídica reflete o vínculo entre duas pessoas é amplamente dominante, mas não se pode ignorar que grandes pensadores, como Kelsen, Barbero e Cicala, defendiam tratar-se de vínculo do sujeito com o ordenamento jurídico. Cf. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Relação Jurídica – II*, in: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 64, 1981, p. 407-408.

Na fase pré-contratual, momento em que os interessados solicitam autorização do Juízo da Infância e da Juventude para que seja contornada a incapacidade e a incompatibilidade que recaem sobre crianças e adolescentes, não há poderes e deveres já estabelecidos, que hão de ser definidos pelo contrato futuro. Há meros interesses a respeito de ato incerto, cuja efetivação está necessariamente sujeita a uma condição suspensiva, vale dizer, à manifestação de vontade dos sujeitos de direito por ocasião da celebração do ato jurídico. Enquanto temos expectativa de direito, não há que se falar, por óbvias razões, em relação jurídica.

Apesar de a autorização para o trabalho não confundir-se com a relação de trabalho, é evidente que não ocupam compartimentos estanques e incomunicáveis. Afinal, a autorização há de ser concedida com os olhos voltados à essência da relação de trabalho que será formada. Nessa linha de raciocínio, não se pode negar que, da mesma maneira que a relação de trabalho interessa ao Juízo da Infância e da Juventude, à Justiça do Trabalho interessa o sopro anímico de sua atuação, que nada mais é que a autorização permissiva do surgimento da relação de trabalho. Embora a autorização tangencie matérias afetas a dois ramos distintos do Poder Judiciário, ela é quase que integralmente absorvida pela área de atuação do Juízo da Infância e da Juventude, remanescendo, para a Justiça do Trabalho, os interesses decorrentes de uma relação de trabalho que, repita-se, sequer pode vir a surgir.

Note-se que todo o sistema é articulado em torno da especialidade da Justiça da Infância e da Juventude. Até mesmo a inserção em família substituta, com o deferimento de tutela ou guarda, conquanto trate-se de matéria historicamente de competência das Varas de Família, em se tratando de crianças e adolescentes na situação descrita no art. 98 da Lei nº 9.069/1990, a competência, por força do art. 148, parágrafo único, *a*, passa para o Juízo da Infância e da Juventude. E, de acordo com o art. 145 da Lei nº 8.069/1990, “[o]s estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infra-estrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em plantões”. Já foram criados incontáveis órgãos dessa natureza, todos dotados de infraestrutura que permite o atendimento do público alvo. Estaria a Justiça do Trabalho aparelhada dessa maneira?

O Superior Tribunal de Justiça, como não poderia deixar de ser, mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que conferiu nova redação ao art. 114, I, da Constituição de 1988, continuou a entender que a competência para autorizar o trabalho de crianças e adolescentes, bem como a sua participação em espetáculos públicos, era do Juízo da Infância e da Juventude⁷⁶:

⁷⁶ Ainda de acordo com o STJ, caso a União manifeste interesse, o feito assume ares de litigiosidade e a competência é deslocada para a Justiça Federal: “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ALVARÁ JUDICIAL PARA AUTORIZAÇÃO DE TRABALHO REMUNERADO POR MENOR. APELAÇÃO DA UNIÃO. EXISTÊNCIA DE LITIGIOSIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. A existência de apelação da União Federal, em que afirma o seu interesse em integrar a lide, revela o caráter contencioso da ação, o que determina a competência da Justiça Federal para o julgamento do pedido. 2. Conflito conhecido para determinar a competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o Suscitado” (1ª Seção, CC nº 38.623/MG, Rel. Min.

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E DO TRABALHO. ALVARÁ JUDICIAL. AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO DE MENOR DE IDADE. 1. O pedido de alvará para autorização de trabalho a menor de idade é de conteúdo nitidamente civil e se enquadra no procedimento de jurisdição voluntária, inexistindo debate sobre qualquer controvérsia decorrente de relação de trabalho, até porque a relação de trabalho somente será instaurada após a autorização judicial pretendida. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito, suscitado” (1ª Seção, CC nº 98.033/MG, Rel. Min. Castro Meira, j. em 12/11/2008, DJe de 24/11/2008).

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E DO TRABALHO. PEDIDO DE LIBERAÇÃO DE ALVARÁ JUDICIAL. AUTORIZAÇÃO DE MENOR PARA TRABALHAR NA CONDIÇÃO DE APRENDIZ. CAUSA DE PEDIR DE NATUREZA CIVIL. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. DIREITOS ASSEGURADOS AO ADOLESCENTE. AUSÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES PREVISTAS NOS INCISOS DO ART. 114 DA CF, COM A NOVA REDAÇÃO QUE LHE DEU A EC 45/2004. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO, ORA SUSCITADO. Discussão acerca da competência para a liberação de alvará judicial autorizando um menor a trabalhar, na condição de aprendiz, em uma empresa de calçados. Pedido de jurisdição voluntária, que visa resguardar os direitos do requerente à manutenção de seus estudos, bem como assegurar-lhe um ambiente de trabalho compatível com a sua condição de adolescente (art. 2º do ECA). Não há debate nos autos sobre qualquer controvérsia decorrente de relação de trabalho. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo de Direito, ora suscitado” (2ª Seção, CC nº 53.279/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 26/10/2005, DJ de 02/03/2006, p. 137).

Uma vez surgida a relação jurídica de trabalho, aí sim a Justiça do Trabalho poderá desempenhar o seu *munus* constitucional, o que, é importante frisar, tem feito com raro brilho. Aliás, não é por outra razão que o art. 61 da Lei nº 8.069/1990 dispõe que “[a] proteção ao trabalho dos adolescentes é regulada por legislação especial, sem prejuízo do disposto nesta Lei”. A legislação especial é justamente a Consolidação das Leis do Trabalho, livro de cabeceira de tantos quantos militem na Justiça do Trabalho. O Juízo da Infância e da Juventude não deve incursionar nos aspectos afetos aos direitos trabalhistas, limitando-se a verificar se a atividade que se pretende exercer é, ou não, compatível e benéfica ao desenvolvimento físico e psicológico das crianças e dos adolescentes envolvidos.

A relação jurídica faz surgir uma posição de poder do sujeito ativo, e uma posição de dever do sujeito passivo, “poder e dever criados pelo ordenamento jurídico para a defesa de um interesse.”⁷⁷ Somente as pretensões que encontrem amparo em poderes e deveres estabelecidos pela legislação trabalhista, necessariamente decorrentes de uma relação jurídica de igual natureza, é que serão apreciadas pela Justiça do Trabalho.

Luiz Fux, j. em 26/02/2004, DJ de 22/03/2004, p. 188). No mesmo sentido: 1ª Seção, CC nº 39.574/MG, Rel. Min. Castro Meira, j. em 22/10/2003, DJ de 01/12/2003, p. 255; CC nº 39.387/MG, Rel. Min. Castro Meira, j. em 24/09/2003, DJ de 20/10/2003, p. 168; CC nº 39.387/MG, Rel. Min. Castro Meira, j. em 24/09/2003, DJ de 20/10/2003, p. 168; e CC 3.349/ES, Rel. Min. Helio Mosimann, j. em 20/04/1993, DJ de 17/05/1993, p. 9267.

⁷⁷ Cf. AMARAL NETO. *Relação Jurídica...*, p. 409.

Epílogo

Santo Tomás de Aquino,⁷⁸ após realçar que as leis humanas foram feitas para governar os homens e que a experiência aperfeiçoa o nosso conhecimento, concluiu “*que, no decurso do tempo, pode ser que ocorra algo de melhor a ser estabelecido*”. Com todas as vênias daqueles que, a partir do último lustro, iniciaram uma cruzada em torno da outorga, à Justiça do Trabalho, de uma competência quase secular exercida pelo Juízo da Infância e da Juventude, não parece que o seu entendimento seja albergado pelo direito, pela experiência ou pela razão.

A competência constitucional da Justiça do Trabalho, para o exame das controvérsias decorrentes da relação de trabalho, não alcança – e não pode alcançar – o pedido de autorização para que criança ou adolescente, conforme o caso, desenvolva atividade laborativa ou participe de espetáculo público. Afinal, a autorização, longe de suceder a relação de trabalho, integra a vontade e permite a prática do ato jurídico que possibilita o seu surgimento.

A experiência do último século tem ensinado que a existência de um ramo próprio do direito e de um órgão jurisdicional com competência específica para as matérias afetas às crianças e adolescentes é medida mais que salutar. O Juiz da Infância e da Juventude é, necessariamente, um técnico humanizado. Conhece as agruras daqueles que lutam, até o limite de suas forças, para alcançar a completude do seu desenvolvimento e, de algum modo, atingir referenciais mínimos de felicidade, tarefa, aliás, nada fácil em um país de modernidade tardia como o nosso.

Nenhuma norma jurídica, qualquer que seja ela, é indiferente ao ambiente sociopolítico. É tarefa assaz difícil imaginar que acontecimento teria ocorrido em *terra brasilis*, nos últimos anos, para que, com entusiasmo compatível ao de Copérnico, ao desenvolver a teoria heliocêntrica e demonstrar que era a Terra que se movia em torno do Sol, não o contrário, pudéssemos afirmar que tudo tem sido feito errado nos últimos cem anos. Por certo, não é o fato de a Justiça do Trabalho entender de relação trabalhista, pois, como explicado, o Juízo da Infância e da Juventude atua em momento prévio ao surgimento da relação de trabalho. E, com as vênias possíveis, é este, não aquela, que entende de crianças e adolescentes.

Afirmar que a situação exige uma interpretação sistêmica e unitária, sendo imperativa a concentração dos atos decisórios no mesmo ramo do Poder Judiciário, é ignorar que a divisão de competências, *in casu*, baseia-se na natureza da matéria e na qualidade dos envolvidos, sendo amplamente distintos os prismas de análise que direcionam a atuação do Juízo da Infância e da Juventude e da Justiça do Trabalho.

Outro aspecto extremamente relevante diz respeito à capilaridade da Justiça Estadual, sensivelmente mais ampla que a Justiça do Trabalho. A prevalecer a tese há pouco idealizada, concentrando na Justiça do Trabalho a concessão das autorizações para trabalho e participação em espetáculos artísticos, é óbvio que tal

⁷⁸ *Suma Teológica*, vol. IX. Trad. de CORREIA, Alessandro. São Paulo: Livaria Editora Odeon, 1936, p. 103.

imporá um pesado ônus a incontáveis famílias, que se verão obrigadas a deslocar-se do seu domicílio para a localidade mais próxima, que abrigue órgão jurisdicional com essa competência.

Referências Bibliográficas

AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*, vol. IX. Trad. de CORREIA, Alessandro. São Paulo: Livraria Editora Odeon, 1936.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Relação Jurídica – II, in: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 64, p. 407, 1981.

BAPTISTA MACHADO, João. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 17ª reimp. Lisboa: Almedina, 2008.

BECKER, Jean-Jacques. *O Tratado de Versalhes (Le Traité de Versailles)*. Trad. de EGREJAS, Constanica. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. 2ª ed., reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Bureau International Du Travail. Intensifier la lutte contre le travail des enfants. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de L'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail. Genève: BIT, 2010.

_____. *La fin du travail des enfants: un objectif à notre portée. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de L'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*. Genève: BIT, 2006.

_____. *Un avenir sans travail des enfants. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de L'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*. Genève: BIT, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais, Boletim da FDUC. Stvdia Ivridica* 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CAVALIERI, Alyrio. O Direito do Menor – um Direito Novo, in... *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 1979, p. 384.

Conseil De l'europe. Les enfants et le travail en Europe. Strasbourg: Éditions du Conseil de l'Europe, 1996, p. 23.

COULTHARD, Malcolm e JOHNSON, Alison. *An introduction to forensic linguistics: language in evidence*. New York: Routledge, 2007.

DERRIEN, Jean-Maurice. *Le travail des enfants en question(s)*. Paris: L'Harmattan, 2008.

DIEUDONNÉ, J. *Mémoire sur la condition des classes ouvrières et sur le travail des enfants, par le Conseil Central de Salubrité Publique de Bruxelles*. Bruxelles: Imprimerie de Th. Lesigne, 1846.

DIOP, Rosalie Auayi. *Survivre à la pauvreté et à l'exclusion. Le travail des adolescentes dans les marchés de Dakar*. Dakar: Éditions Karthala, 2010.

DORNER, Benjamin e NIEDRICH, Ina. *Kinderarbeit. Abschaffen besser als Anschaffen?* Deutschland: Grin Verlag, 2007.

DUPIN, Charles Baron. *Du travail des enfants qu'emploient les ateliers, les usines et les manufactures*. Paris: Bachelier, Imprimeur-Libraire, 1840.

D'ONGHIA, Mada. Trabalho Minorile, in: LAMBERTUCCI, Pietro (Org.). *Dizionario del Diritto Privato. Diritto del Lavoro*. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 368.

FALBO, Ricardo Nery. *Natureza do Conhecimento Jurídico: Generalidade e Especificidade no Direito da Criança e do Adolescente*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

GARCEZ, Sérgio Matheus Santos. A tutela estatal de conteúdo civil. O dever de proteção do Estado às crianças e aos adolescentes (menores não infratores), in: *Revista de Direito Civil*, vol. 68, p. 67, abr.-jun./1994.

GARCIA, Emerson. *The Right to Education and their Perspectives of Effectiveness: The Brazilian Experience*, in *International Journal for Education Law and Policy*, vol. 5, Issue 1-2, 2009, p. 55.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política (Die Verfassung und die Politik)*. Trad. de CARVALHO, Geraldo de. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

GUESSOUS, Chakib. *L'exploitation de l'innocence. Le travail des enfants au Maroc*. Casablanca: A. Retnani Editions, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Function und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive*, in: *EuGRZ* 32. Jg. Heft 22-23, p. 685, 2005.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Trad. de MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)*. Trad. de HECK, Luís Afonso. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. de HOLZBACH, Leopoldo. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LARIZZA, Silvia. *Il diritto penale dei minori: evoluzione e rischi di involuzione*. Milano: CEDAM, 2005.

LAVAGNA, Carlos. *Costituzione e socialismo*. Bologna: Il Mulino, 1977.

LEROY, J. *Le droit de l'enfant*. Paris: Montgredien et Cie, Librairie Illustrée, 1900.

LEVI, Judith; N. WALKER, Anne Graffam. *Language in the judicial process*. Vol. 5 de *Law. Society and Policy*. New York: Plenum Press, 1990.

LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970.

MADIO, Projet. *Le travail des enfants à Madagascar: un état des lieux*. Indiana: Universidade de Indiana, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Trabalho do Menor – fiscalização do MTB e do MPT, in: *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 89, p. 14, jan./1995.

MAURITANIA BÉCHIR FALL. *Le travail des enfants en Mauritanie*. Mauritania: Ministère de la fonction publique et de l'emploi, Direction du travail et de la prevoyance sociale, 2004.

MEUNIER, Véronique. *Le travail des enfants: livre de l'enseignement*. Bruxelles: Unicef e De Boeck & Lancier, 2002.

MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVII, nº 1 e 2, p. 29, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique (Juristische Methodik)*. Trad. De JOUANJAM, Olivier. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

_____. *Juristische Methodik, Band I: Grundlagen Öffentliches Recht*. 9ª ed. Berlin: Duncker & Humbolt. 2004.

_____. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. de NAUMANN, Peter. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

_____. *Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas*. Trad. de VILLACORTA MANCEBO. Luis. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

OLIVA, José Roberto Dantas. Autorização para o trabalho infanto-juvenil artístico e nas ruas e praças: parâmetros e competência exclusiva do Juiz do Trabalho, in: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, nº 28, 2006, p. 117.

Organisation de Coopération et de Développement Économiques. Combattre le travail des enfants. OECD Publishing, 2003.

PAFF, Sabine. *Kinderrechte in Theorie und Praxis. Die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Costa Rica*. Hamburg: Diplomica Verlag, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1946*, vol. V. São Paulo: Max Limonad, 1953.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*. Trad. de HOLZHAUSEN, Marlene. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RÃO, Vicente. *Ato Jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *O Direito e a Vida dos Direitos*, vols. 1 e 2. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2003.

RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*. Trad. de OLIVEIRA, Osório de. Campinas: Bookseller, 2000.

ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das Deutsche Recht*. 3ª ed. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.

ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim e PERES, Antonio Galvão. Trabalho artístico da criança e do adolescente – valores constitucionais e normas de proteção, in: *Revista LTr*, vol. 69, p. 148, fev. de 2005.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Constituição e Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Editora LTR, 1989.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed., 13ª reimp. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.

SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. O Procedimento de Portaria e de Expedição de Alvará. In MACIEL, Kátia Regine Ferreira Lobo (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 667.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. Comentários ao art. 149 do ECA. In: CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 589.

SILVA, José Luiz Mônaco da. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Comentários*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. A proteção jurídica internacional e brasileira do trabalho infante-juvenil, in: *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 141, p. 19, jan.-mar./2011.

SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito. Direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TALAVERA, Glauber Moreno. Trabalho da Criança e do Adolescente, in: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 15, p. 11, jan./2005.

TANGUE, Fernand. *Le droit au travail entre histoire et utopie, 1789-1848-1989: de la répression de la mendicité à l'allocation universelle*. Bruxelles: Publications des Fac. St Louis. 1989.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Direito e a Justiça do Menor, in: *Revista dos Tribunais*, vol. 650, p. 12, dez./1989.

TERRÉ, François. *Introduction générale au droit*. Paris: Dalloz, 1991.

TORRINHA, Francisco. *Dicionário Latino Português*. Porto: Gráficos Reunidos, 1942.

VIANNA, José de Segadas; MARANHÃO, Délio e SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

WOLOWSKI, M. *Le Travail des Enfants dans les Manufactures*. Paris: Librairie Guillaumin, 1868.

WORDSWORTH, William. *The Rainbow, in Poems*, vol. I. 2ª ed. London: Clarence Press, 1952.

YONGSI, Blaise Nguendo e AMADOU, Ousmane. *Le travail des enfants au Niger. Situation et tendance*. France: PAF, 2014.

YOSHIDA, Márcio. Direitos do Menor na Constituição, in: *Revista de Direito Público* nº 78, p. 131, abr.-jun./1986.

Recensão à Obra

El Análisis Económico del Derecho, de Richard Posner – Capítulos I e II**

Eugênio Rosa de Araújo*

1. Capítulo I: O Direito e a Economia – Introdução

A economia é uma ferramenta para analisar um vasto conjunto de questões legais pensando, ao mesmo tempo, que os juristas têm dificuldades para relacionar os princípios econômicos com os problemas legais concretos.

O livro se propõe a basear a análise da teoria econômica com questões legais concretas e variadas.

1.1. Conceitos Fundamentais

A economia é a ciência da eleição racional em um mundo onde os recursos são limitados em relação com as necessidades humanas.

Assim definida a economia, sua tarefa consiste em explorar as consequências da suposição de que o homem é um maximizador racional de seus fins na vida, seu interesse próprio. Não se deve confundir maximização com o cálculo consciente. A economia não é uma teoria do consciente. O comportamento é racional, seja lá qual for o estado mental de quem a eleja. O interesse próprio não se confunde com o egoísmo; a felicidade (ou a miséria) de outras pessoas pode formar parte de nossas satisfações.

O conceito de homem como um maximizador racional de seu interesse próprio implica que as pessoas respondam a certos incentivos (que, se alteradas as circunstâncias de um indivíduo de tal modo que possa incrementar suas satisfações modificando seu comportamento, o indivíduo em questão o fará). Desta proposição se derivam os três princípios fundamentais da economia: 1. a relação inversa entre o preço cobrado e a quantidade demandada (lei da demanda). Se o preço aumenta, o consumidor, como é racional e com interesse próprio, reagirá procurando o mesmo bem, posto que os demais não são bons substitutos. Nada obstante, alguns consumidores comprarão menos do bem mais caro e mais dos substitutos, de modo que diminuirá a quantidade total demandada pelos compradores e, portanto, a quantidade produzida.

Esta análise supõe que a única alteração no sistema é a do preço relativo ou da quantidade. Não obstante, se, por exemplo, a demanda aumentar ao mesmo tempo em que o preço, quem sabe não diminuiria a quantidade demandada e oferecida; poderia inclusive aumentar.

* Juiz Federal da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

** Editora Fondo de Cultura Econômica

A análise também omite o possível efeito de uma mudança do preço relativo sobre os ganhos. Tal mudança poderia ter um efeito de retroalimentação sobre a quantidade demandada. Suponha que uma redução de receita de uma pessoa a faça comprar mais de um bem particular. Em tal caso, um aumento de preço desse bem trará dois efeitos sobre os seus consumidores: 1) os produtos substitutos se tornarão mais atrativos e, 2) se reduzirá a riqueza dos consumidores, porque agora o mesmo dinheiro compra menos bens. O primeiro efeito reduz a demanda do bem, mas o segundo (sob a suposição de que se trata de um bem inferior) aumenta sua demanda e é concebível, ainda que improvável, que supere o primeiro. É improvável que os efeitos de riqueza de uma mudança de preço de apenas um bem sejam suficientemente grandes para exercer algo mais que um insignificante efeito de retroalimentação sobre a demanda; é dizer, os efeitos de substituição de uma mudança de preço comumente superam os efeitos de ganhos ou riqueza. Portanto, de ordinário podemos omitir estes últimos efeitos.

A lei da demanda não se aplica só aos bens que tenham preços explícitos. Às vezes professores impopulares aumentam o número de seus alunos, elevando a média dos estudantes; isto porque os professores rigorosos têm menos alunos que os flexíveis. Diz-se que o criminoso convicto “pagou sua dívida com a sociedade” depois de cumprida a pena. O castigo é o preço que a sociedade cobra por um delito. O economista prognostica que um aumento da severidade do castigo ou da probabilidade de sua imposição elevará o preço do delito e dessa forma reduzirá sua incidência, se estimulará o criminoso para que se dedique a outra atividade. Os economistas chamam “preços de sombra” aos preços que não são pecuniários.

Suponha-se que os consumidores do bem alternativo ou o criminoso, tratem de maximizar sua utilidade (felicidade, prazer, satisfação). No caso dos vendedores, de regra falamos de maximização de benefício e não da maximização da utilidade. Os vendedores tratam de maximizar a diferença entre seus custos e o valor de suas vendas, mas por ora só nos interessa o preço mais baixo que cobraria um vendedor racional com interesse próprio. Esse mínimo é o preço que os recursos consumidos na elaboração (e venda) do produto do vendedor alcançariam em seu seguinte uso melhor: o preço alternativo. Isto é o que o economista entende por custo de um bem, e sugere porque um vendedor racional não venderia abaixo do custo. Por exemplo, o custo de fabricação de uma podadora é o preço que deve pagar o fabricante pelo capital, a mão-de-obra, os materiais e outros recursos consumidos para fabricá-la. Esse preço deve ser maior que o preço a que poderiam ter-se vendido os recursos ao melhor comprador, porque se o fabricante não estivesse disposto a melhorar esse preço não teria sido o melhor comprador e não teria obtido os recursos. Mais adiante se examinará a complicação que se apresenta quando os vendedores de um insumo fixam um preço maior que seu preço alternativo.

Um corolário da noção de custo como preço alternativo é que só se incorre em um custo quando se nega a alguém o uso de um recurso. Dado que posso respirar todo ar que queira sem privar ninguém do ar que desejo, ninguém me pagará para que entregue meu ar; portanto, o ar não custa nada. Para o economista o custo é

“custo de oportunidade”; o benefício sacrificado ao empregar um recurso de tal modo que impeça seu uso para alguém mais. Vejamos outros exemplos de custo de oportunidade:

1) O custo da educação superior são os ganhos que o estudante ganharia se trabalhasse em lugar de assistir às aulas; esse custo é maior que o custo do estudo;
2) Suponhamos que os custos de mão de obra, capital e materiais de um barril de petróleo são \$ 2, mas que, em virtude de que o petróleo de custo baixo está se esgotando rapidamente, se espera que em 10 anos custe \$ 20 a produção de um barril de petróleo. O produtor que conserve seu petróleo todo esse tempo o venderá então a \$ 20. Essa soma de \$ 20 é um custo de oportunidade de venda do petróleo no presente (ainda que não um custo de oportunidade líquido, porque se o produtor espera para vender seu petróleo perderá os juros que teria ganhado vendendo agora e investindo o dinheiro). Em contrapartida, suponhamos que o preço atual do petróleo é de só \$ 4 o barril, de modo que se o produtor vende agora só obterá um lucro de \$ 2. Investe-se esta soma de \$ 2, é pouco provável que a soma cresça até \$ 20 dentro de 10 anos. Portanto, convirá deixar o petróleo no subsolo. Observe que, quanto mais se espera que o petróleo escasseie no futuro, maior será o preço futuro e, em consequência, será maior a probabilidade de que o petróleo se deixe no subsolo (para aliviar a escassez futura).

Esta discussão do custo poderia ajudar a destruir uma das falácias mais tenazes acerca da economia: que esta se ocupa do dinheiro. Pelo contrário, se ocupa do uso dos recursos; o dinheiro é só um direito sobre os recursos. O economista distingue entre as transações que afetam o uso dos recursos, independentemente de que o dinheiro troque de mãos, e as transações puramente pecuniárias. O trabalho doméstico é uma atividade econômica, ainda que quem a realize seja a esposa que não recebe compensação pecuniária; suporta um custo, em particular o custo de oportunidade do tempo do trabalhador doméstico. O sexo também é uma atividade econômica. A busca de uma parceira sexual (assim como o ato sexual mesmo) toma tempo e assim impõe um custo, medido pelo valor desse tempo em seu uso melhor. O risco de contrair uma doença ou uma gravidez não desejada também é um custo do sexo: um custo real, ainda que não primordialmente pecuniário. Ao contrário, a transferência, por meio dos impostos, de \$ 1000 que passam de minhas mãos às de um pobre (ou rico) careceria de custo em si mesma, independentemente de seus efeitos sobre meus incentivos e os do beneficiário, os outros custos de sua execução, ou quaisquer diferenças possíveis no valor de um dólar para cada uma das partes; não diminuiria o acervo dos recursos. Diminuiria meu poder de compra, mas aumentaria na mesma quantidade o poder de compra do beneficiário. É dizer, havia um custo privado mas não um custo social. Um custo social diminui a riqueza da sociedade; um custo privado só redistribui essa riqueza.

A concorrência é grande fonte de externalidades pecuniárias por oposição às tecnológicas, é dizer, de transferência de riqueza, por oposição às imposições de custo àqueles que não os desejam.

Suponhamos que A abra um posto de gasolina em frente ao posto de B, de modo que subtraia lucros de B. Dado que a perda de B é o ganho de A, não há diminuição da riqueza total e, portanto, não há custo social, ainda que B se veja prejudicado pela concorrência de A, pelo que incorre em um custo privado.

A distinção entre os custos de oportunidade e os pagamentos de transferência, i.e., entre os custos econômicos e contábeis, ajuda a mostrar que o custo é para o economista um conceito orientado para o futuro. Os custos incorridos não afetam as decisões sobre o preço e a quantidade.

Esta discussão dos custos sofridos ajuda a explicar a insistência dos economistas na perspectiva *ex ante* (antes do fato) mais que na perspectiva *ex post* (depois do fato). As pessoas racionais baseiam suas decisões em suas perspectivas de futuro não em suas lamentações sobre o passado. Tratam o passado como passado. Se se permite que as lamentações destruam as decisões, se prejudicará a capacidade das pessoas de forjar seu destino. Se se permite que um dos contratantes revise *ex post* os termos do contrato celebrado livremente, porque os resultados não foram bons para ele, deixarão de celebrar muitos contratos.

A aplicação mais famosa do conceito de custo de oportunidade em análise econômica do Direito é o Teorema de Coase.

Esse teorema sustenta que as externalidades não provocam a alocação imperfeita de recursos, desde que os custos de transação (para a elaboração de contratos e negociações de acordos) sejam nulos, e os direitos de propriedade, bem definidos e respeitados. Nesse caso, as partes – o produtor e o consumidor da externalidade – teriam um incentivo de mercado para negociar um acordo em benefício mútuo, de tal forma que a externalidade (economias externas) fosse “internalizada”. O teorema estabelece que o resultado desse processo de troca seria o mesmo, qualquer que fosse – o produtor ou consumidor de externalidade – aquele que possuísse poder de veto ou direito de propriedade de usar ou não o recurso.

As externalidades, ou economias externas, seriam os benefícios obtidos por empresas que se formam (ou já existentes) em decorrência da implantação de um serviço público (ex.: energia elétrica) ou de uma indústria, proporcionando às primeiras, vantagens antes inexistentes.

Esse teorema de Coase diz que se as transações carecem de custo, a imputação inicial de um direito de propriedade não afetará o uso final da propriedade.

Suponhamos que um agricultor seja proprietário de uma terra que inclui o direito de impedir a destruição de sua colheita, pelas fagulhas das locomotivas que transitam perto. A colheita vale \$ 100 para ele. É muito maior o valor que tem para a ferrovia o uso irrestrito de seu direito de via, mas a um custo de \$ 110 pode instalar dispositivos que eliminem o perigo de incêndios, de modo que então poderá operar quantos trens quiser sem prejudicar a colheita do agricultor. Com estas suposições, o valor real da colheita para o agricultor não é \$ 100, mas um valor entre \$ 100 e \$ 110, porque, a qualquer preço menor de \$ 110, a ferrovia preferiria comprar o direito de propriedade do agricultor em lugar de instalar os dispositivos contra fagulhas.

Sem embargo, o agricultor só pode avaliar o valor maior da colheita vendendo seu direito de propriedade à ferrovia; se não o faz, sua terra tenderá ao mesmo uso (uma espécie de uso insuscetível ao jogo) que se lhe haveria dado se a ferrovia tivesse sido seu proprietário inicial.

A concorrência tende a fazer com que o custo de oportunidade seja o preço máximo, assim como o preço mínimo.

Um preço maior que o custo de oportunidade é um imã que atrai recursos até a produção do bem e até que o aumento da produção faça baixar o preço até o nível do custo, por efeito da lei da demanda.

O custo marginal é o dispêndio de uma unidade adicional de uma determinada mercadoria ou produto; o custo marginal do capital é o custo de obtenção de fundos adicionais, o que geralmente equivale a taxas de juros vigentes no mercado para tal tipo de operação.

O custo marginal para Posner é a alteração gerada nos custos totais pelo acréscimo de uma unidade na produção, é dizer, é o custo que se evitará produzindo uma unidade a menos.

Equilíbrio significa um ponto estável, *i.e.*, um ponto em que não há nenhum incentivo para que os vendedores alterem o preço ou a produção, a menos que mudem as condições de demanda ou de oferta.

A diferença entre os ganhos totais e os custos de oportunidade totais da produção denomina-se renda econômica. A renda é a diferença positiva entre os ganhos totais e os custos de oportunidade totais.

Sob concorrência, só ganham rendas os proprietários de recursos que não podem aumentar-se com rapidez e baixo custo, para satisfazer um aumento da demanda dos bens que estão habituados a produzir.

Os ganhos muito altos auferidos por cantores, atletas e advogados contêm rendas econômicas geradas pela escassez inerente aos recursos que controlam: uma excelente voz, a habilidade e a determinação atléticas, as habilidades analíticas e forenses do advogado exitoso. Seus ganhos podem superar amplamente seus ganhos potenciais mais altos em ocupações alternativas, ainda quando vendam seus serviços em um mercado plenamente competitivo. O monopolista, que cria escassez artificial de seu produto, ganha uma diferente classe de renda econômica, analisada no Capítulo IX (Teoria do Monopólio).

O autor, ao mencionar a hipótese em que a oferta é menor que a demanda, pondera que a razão é que o preço menor reduz o incentivo dos produtores de produzir o bem ao mesmo tempo em que aumenta o desejo dos consumidores de comprá-lo. O resultado é uma escassez. Como se restabelece o equilíbrio? Utilizando um método de ajuste da oferta à demanda distinto do preço. Por exemplo, os consumidores poderiam ver-se obrigados a fazer filas para obter o produto; o custo de seu tempo determinará o tamanho da fila. As filas são comuns nos mercados de preços controlados. A eliminação do controle de preços elimina as filas.

O terceiro princípio básico da economia é que os recursos tendem a dirigir-se aos seus usos mais valiosos se se permite o intercâmbio voluntário – um mercado.

Por um processo de intercâmbio voluntário, os recursos se deslocam até os usos em que é maior o valor para os consumidores, medidos pela sua disposição de pagar. Quando os recursos se usam onde seu valor é mais alto, podemos dizer que se estão empregando eficientemente.

Uma oportunidade de benefício é um ímã que atrai recursos para uma atividade. Se o ímã não funciona, o economista não conclui que os indivíduos são tolos, ou têm gostos raros, ou tenham deixado de ser maximizadores racionais, mas que há barreiras para o livre fluxo dos recursos. A barreira poderia ser os elevados custos de informação, externalidade etc.

1.2. Valor, Utilidade, Eficiência

O valor econômico de algo consiste naquilo que alguém está disposto a pagar por ele; ou, se já o tem, na quantidade de dinheiro que perde por desfazer-se dele. Estas quantidades não são sempre as mesmas, o que pode causar dificuldades.

Em economia, se usa a palavra utilidade em dois sentidos diferentes. O primeiro como o valor de um custo ou benefício incertos por oposição a um certo; neste sentido, a utilidade se liga ao conceito de risco. Suponhamos que lhe perguntem se prefere receber um milhão ou a probabilidade de 10% de ganhar 10 milhões. É provável que você prefira o primeiro, ainda que o valor esperado das duas eleições seja o mesmo: um milhão. É provável, então, que sinta aversão ao risco. A aversão ao risco é um corolário do princípio da utilidade marginal decrescente do dinheiro, o que significa que, quanto mais dinheiro tenha, menor será a felicidade que obterá em cada dólar adicional. A utilidade marginal decrescente se ilustra melhor com bens menos versáteis que o dinheiro (ex.: lâmpadas, cadeiras e chapéus). Sem embargo, podemos aceitar que outro dólar significará menos para uma pessoa à medida que sua riqueza aumenta. Suponhamos que você tenha uma riqueza líquida de um milhão. Estaria disposto a arriscá-la para ganhar dois milhões? Se não está disposto a fazê-lo, isto significa que seu primeiro milhão de dólares vale para você mais do que valeria o segundo.

A aversão ao risco não é um fenômeno universal, os jogos de azar ilustram isso. Os economistas creem que a maioria dos indivíduos sentem aversão ao risco a maior parte do tempo, ainda que as respostas institucionais para a aversão ao risco como o seguro, a formação de corporações, possam fazer com que os indivíduos se sintam neutralizados ao risco em muitas situações.

O uso das palavras “valor” e “utilidade” serve para distinguir entre:

1) um custo ou benefício esperados (o custo ou benefício em dólares multiplicado pela probabilidade que efetivamente se materialize); e

2) o que vale esse custo ou benefício esperado para alguém que não é neutro ao risco obscurece uma distinção mais importante. É a distinção entre: a) o valor em um sentido econômico amplo, o que inclui a ideia de que uma pessoa que sente aversão ao risco “valorize” um dólar mais que uma probabilidade de 10% de ganhar

10 dólares; e b) a utilidade no sentido utilizado pelos filósofos do utilitarismo como um sinônimo (aproximado) da felicidade.

Suponhamos que o extrato de glândula pituitária apresenta uma oferta muito escassa em relação à demanda, de modo que é muito caro. Uma família pobre tem um filho que será um anão se não recebe este extrato, mas a família não pode pagar o preço e não poderia ainda que pudesse pedir emprestado sobre os ganhos que pudesse auferir o menino se se convertesse em uma pessoa de estatura normal, porque o valor presente de tais ingressos, descontando seu consumo, é menor que o preço do extrato. Uma família rica tem um filho que crescerá com uma estatura normal, mas o extrato garantirá mais uns centímetros e seus pais decidem comprá-lo. No sentido de valor utilizado neste livro, o extrato é mais valioso para a família rica que para a família pobre, porque o valor se mede pela disposição de pagar; mas o extrato geraria maior felicidade no seio da família pobre que no da família rica.

Como revela este exemplo, o termo eficiência, quando se usa, como neste livro, para denotar a dotação de recursos que maximiza o valor, tem certas limitações como um critério ético da tomada de decisões sociais. No sentido utilitário, a utilidade também tem graves limitações, e não só porque é difícil de medir quando se abandona o parâmetro da disposição de pagar. O fato de que uma pessoa tenha maior capacidade para o prazer que outra não é uma razão muito boa para impor uma transferência de riqueza da segunda para a primeira. Outros critérios éticos familiares têm seus próprios problemas graves. Neste livro não se tratará de defender a eficiência como o único critério válido da eleição social, mas suporemos que se trata de um critério importante, como provavelmente estará de acordo a maioria das pessoas. A eficiência é a preocupação principal dos estudiosos da política pública em muitas áreas de interesse para o analista econômico do direito, tais como as leis antitruste.

Muitos economistas preferem uma definição de eficiência menos controversa que limita o parâmetro a transações puramente voluntárias. Suponhamos que A venda a B um adorno por \$ 10, que ambas as partes estão plenamente informadas e; que a transação não tem nenhum efeito sobre outras pessoas. Diremos, então, que a dotação de recursos gerada pela transação é ótima no sentido de Pareto, a dotação de recursos antes da transação. Uma transação ótima no sentido de Pareto é aquela que melhora a posição de ao menos uma pessoa, sem piorar a posição de ninguém. O critério de otimização no sentido de Pareto é a unanimidade de todas as pessoas afetadas. Esta é uma concepção muito austera da eficiência, com poucas aplicações no mundo real, porque a maioria das transações têm efeitos sobre terceiros.

No conceito menos austero de eficiência que se utiliza neste livro – chamado de o conceito de Kaldor-Hicks ou de maximização da riqueza –, se A avalia o adorno de madeira em \$ 5 e B em \$ 12, com um preço de venda de \$ 10, a transação gerará um benefício total de \$ 7. Com um preço de \$ 10, por exemplo, A se considera \$5 melhor, enquanto que B se considera \$ 2 melhor – haverá uma transação eficiente, sempre que o dano causado (se há algum) a terceiros não exceda \$ 7. A transação só seria ótima no sentido de Pareto se A e B compensarem os terceiros pelos danos que

lhes infringiram. O conceito de Kaldor-Hicks também recebe o nome de superioridade potencial de Pareto. Os ganhadores podiam compensar os perdedores, ainda que não o fizessem efetivamente.

Em virtude de que quase nunca se satisfazem no mundo real as condições para a superioridade no sentido de Pareto, mas os economistas falam muito da eficiência, está fora de dúvida que a definição de eficiência que se usa em economia não é a superioridade no sentido de Pareto. Quando um economista afirma que o livre comércio ou a concorrência ou o controle da contaminação ou alguma outra política fazem o estado do mundo ser eficiente; nove em cada 10 vezes se refere à eficiência de Kaldor-Hicks, como o faremos neste livro.

O fato de que o conceito de eficiência baseado na superioridade no sentido de Pareto dependa de uma distribuição de riqueza – porque a disposição a pagar, e portanto o valor, são uma junção dessa distribuição –, limita-se mais a eficiência como um critério final do bem social. Se o ingresso e a riqueza se distribuem de outro modo, o padrão de demanda também poderia ser diferente, e a eficiência requereria uma dotação diferente de nossos recursos econômicos. Dado que a economia não decide se a distribuição atual do ingresso e da riqueza é boa ou má, justa ou injusta, tampouco pode dizer se uma dotação eficiente de recursos é desejável do ponto de vista social ou ético. Supondo que a distribuição atual do ingresso e da riqueza seja justa, o economista tampouco pode nos dizer se a satisfação do consumidor deverá ser o valor dominante na sociedade. Portanto, a competência numa discussão sobre o sistema legal é limitada. O economista pode prognosticar o efeito das regras e dos arranjos legais sobre o valor e a eficiência em seus sentidos estritamente técnicos, e sobre a distribuição atual do ingresso e da riqueza, mas não pode expedir prescrições obrigatórias para a mudança social.

Uma questão importante em análise econômica do direito consiste em saber se uma troca involuntária poderia incrementar a eficiência e sob quais circunstâncias. Apesar de que a eficiência não se define como algo que só uma transação voluntária pode criar – ainda que use em seu lugar o conceito de Kaldor-Hicks –, sabemos que a disposição de pagar só pode ser determinada com confiança observando efetivamente uma transação voluntária. Quando os recursos se deslocam em decorrência de uma transação, podemos estar razoavelmente seguros de que a troca leva a um aumento da eficiência. A transação não teria ocorrido se ambas as partes não tivessem esperado melhorar. Isto significa que os recursos transferidos são mais valiosos nas mãos do seu novo proprietário. Sem embargo, muitas das transações efetuadas pelo sistema legal são involuntárias. A maioria dos delitos e dos acidentes são transações involuntárias, como o é uma resolução legal para que se paguem danos ou uma multa. Como sabemos quando tais transações incrementam a eficiência e quando reduzem?

Não podemos sabê-lo com a mesma certeza com que podemos julgar que a maioria das transações voluntárias incrementam a eficiência. Se insistirmos em que uma transação seja efetivamente voluntária para poder saber que é eficiente – efetivamente voluntária porque se compensou plenamente a todos

os perdedores potenciais –, teremos poucas oportunidades para formular juízos sobre a eficiência, posto que muito poucas transações são voluntárias neste sentido; teremos que regressar à superioridade no sentido de Pareto. Um enfoque alternativo, que tem o espírito de Kaldor-Hicks e que se usa muito neste livro, consiste em conjecturar-se, no caso de uma transação voluntária que tivesse sido viável, houvesse ocorrido eficiência. Por exemplo, se se trata de saber se a água limpa é mais valiosa como um insumo da produção de papel que como um meio para passear de bote, poderíamos tratar de determinar (utilizando todos os dados quantitativos ou de outra classe de que dispusermos) se em um mundo de custos de transação nulos, a indústria papelreira compraria daqueles que passeiam de bote o direito de usar a água em questão.

Este enfoque trata de reconstruir os termos prováveis de uma transação de mercado quando em realidade ocorreu um intercâmbio forçado (é dizer, trata de imitar ou simular a operação de mercado). Um intercâmbio forçado, quando o sistema legal trata mais de conjecturar se o intercâmbio incrementou ou reduziu a eficiência, é um método de dotação de recursos menos eficiente que uma transação de mercado, quando são viáveis as transações de mercado. Não obstante, estas não são viáveis, e então a eleição se faz entre um sistema inevitavelmente rudimentar de intercâmbios forçados, legalmente regulados, e as ineficiências ainda maiores de proibir todos os intercâmbios forçados, porque todos têm algum efeito sobre terceiros.

Para além do problema implícito na aplicação do conceito de Kaldor-Hicks, existe um problema filosófico. Em um mercado explícito, as duas partes de uma transação se veem compensadas por sua participação; se não fosse assim, a transação não seria voluntária nem sequer em um sentido frouxo. Em contrapartida, quando, por exemplo, o sistema legal, invocando o conceito de prejuízo, ordena a uma pessoa que deixe de dar certo uso a sua terra, alegando que cria menos valor que a diminuição do valor da terra circundante, o demandado não se vê compensado. Portanto, numa transação legalmente forçada incrementa a felicidade líquida com menos certeza que uma transação de mercado, porque o sofrimento dos perdedores (não compensados) poderia superar a alegria dos ganhadores. E se os esforços legais que se fazem para simular os resultados do mercado não promoverem a felicidade, como poderão defender-se? Em suma, qual é a base ética do conceito de Kaldor-Hicks, correspondente à base ética utilitária, ou referente à frequência da superioridade no sentido de Pareto? Uma resposta é que as coisas que a riqueza possibilita – não só, ou principalmente, bens luxuosos, como também o ócio, a comodidade, a medicina moderna e as oportunidades de expressão própria e autorrealização – são ingredientes importantes da felicidade da maioria das pessoas, de modo que a maximização da riqueza ajuda a maximizar a utilidade. Esta resposta vincula a eficiência com o utilitarismo, nos capítulos VIII e XVI se discutirão as respostas que vinculam a eficiência com outros princípios éticos.

O enfoque de Kaldor-Hicks, o de maximização da riqueza, enfrenta um problema especial (ainda que se relacione com a observação anterior acerca da dependência

da alocação eficiente dos recursos em respeito à distribuição atual do ingresso e da riqueza) quando o montante da transação é uma grande parte da riqueza de uma das partes. Suponhamos que recuso uma oferta de \$ 100.000 pela minha casa, mas, em seguida, é desapropriada pelo Governo, pagando-me \$ 50.000, que é seu valor de mercado. O Governo estaria seduzido de vender-me a casa por \$ 100.000 – vale menos que isso para o Governo, mais que \$ 50.000 –, mas não tenho \$ 100.000 nem posso conseguir emprestado a soma. Em que mãos vale mais a casa: nas minhas ou nas do Governo? Ao considerar este enigma, tenha em conta que o termo “riqueza”, tal como usam os economistas, não é um conceito contábil: mede-se pelo que os indivíduos pagariam pelas coisas (ou pediriam em troca de desfazer-se das coisas que possuem), não pelo que efetivamente pagam por elas. Assim, o ócio tem valor e forma parte da riqueza, ainda que não se compre e venda. Podemos dizer que o ócio tem um preço implícito ou sombra (calculado de que forma?).

1.3. O Realismo das Premissas do Economista

O leitor não familiarizado com a economia poderia estar desconcertado pelo que parecem ser os pressupostos muito pouco realistas da teoria econômica. O pressuposto básico – o de que o comportamento humano é racional – parece refutado pelas experiências e observações da vida diária, embora a contradição seja menos flagrante, enquanto se compreende que o conceito de racionalidade utilizado pelo economista é objetivo e não subjetivo, de modo que não é uma incongruência falar de uma *râ* racional. Ainda assim, os pressupostos da teoria econômica são unidimensionais e pálidos quando se contemplam como descrições do comportamento humano, em particular o comportamento de “atores” econômicos pouco convencionais como o juiz, o litigante, o padre, o violador e outros personagens que encontraremos na análise econômica do Direito. Sem embargo, a abstração está na essência da investigação científica, e a economia aspira ser científica. Por exemplo, a Lei de Newton dos corpos que caem é pouco realista em seu pressuposto básico de que os corpos caem num vazio, porém segue sendo uma teoria útil, porque prognostica com razoável exatidão o comportamento de uma grande diversidade de corpos que caem em um mundo real. De igual modo, uma teoria econômica do Direito não incluirá toda a complexidade, riqueza e confusão dos fenômenos (penais, judiciais, maritais etc.) que trata de elucidar. Mas sua falta de realismo no sentido da plenitude descritiva, longe de invalidar a teoria, é uma condição desta. Uma teoria em que seus pressupostos tratará de reproduzir fielmente a complexidade do mundo empírico não seria uma teoria – uma explicação – senão uma descrição.

Grande parte deste livro se ocupa de propor explicações econômicas para fenômenos legais modelados em termos econômicos.

Os efeitos da desregulamentação, por exemplo, na indústria aeronáutica nos EUA e nas economias socialistas da Europa Oriental, têm sido os prognosticados pelos economistas. Em particular, a desintegração econômica da antiga URSS confirmou os prognósticos da análise econômica, a saber: a regulação de preços gera filas, mercados negros e escassez.

Outra prova de capacidade de uma teoria científica é sua capacidade de apoiar intervenções eficazes no mundo da ação. O exemplo mais palpável é o da bomba atômica, que demonstrou que a teoria atômica moderna não era só outra especulação engenhosa acerca de entidades invisíveis. Também neste sentido a economia tem tido alguns êxitos, ainda que mais modestos que os das ciências naturais. Os economistas criaram novos métodos para a determinação de preços dos produtos financeiros e outras classes; novas estratégias da atividade financeira; novos métodos para a compensação de empregados e executivos, e novos métodos de regulação. Estas intervenções têm funcionado, o que sugere que a teoria econômica é em realidade algo mais que lindas matemáticas.

2. Capítulo II: O Enfoque Econômico do Direito

2.1. Sua História

Até uns trinta anos, a análise econômica do Direito era quase sinônimo de direito contra os monopólios, embora houvesse alguns trabalhos econômicos sobre o direito fiscal (Henry Simons), o direito corporativo (Henry Manne) e a regulação dos serviços públicos e os transportes coletivos (Ronald Coase *et al*). Os arquivos de casos antitruste eram uma mina de informação sobre as práticas empresariais; e os economistas, que nessa época estavam preocupados com a questão do monopólio, trataram de descobrir as justificações e consequências econômicas de tais práticas. Seus descobrimentos tiveram consequências para a política legal, mas basicamente o que estavam fazendo não era diferente do que os economistas têm feito tradicionalmente: tratar de explicar o comportamento dos mercados econômicos explícitos.

A análise econômica das leis antitruste e de outras regulações legais dos mercados econômicos explícitos segue sendo um campo próspero e reabre uma atuação considerável com este livro. Sem embargo, o selo distintivo do “novo” direito e economia – o direito e economia que surge nos últimos 30 anos – é a aplicação da economia ao sistema legal por todas as partes: a campos do direito comum, tais como os danos, os contratos, a restituição e a propriedade; à teoria e a prática da pena; ao procedimento civil, penal e administrativo; à teoria da legislação e da regulação; à imposição da lei e da administração judicial; e, inclusive, ao direito constitucional, ao direito primitivo, ao direito naval, ao direito de família e à jurisprudência.

A teoria do novo Direito e Economia surgiu com o primeiro artigo de Guido Calabresi sobre os danos e com o artigo de Ronald Coase sobre o custo social. Estes foram os primeiros intentos modernos em aplicar sistematicamente a análise econômica a áreas do direito que não regulam expressamente relações econômicas. Podemos encontrar indícios anteriores de um enfoque econômico para os problemas do direito de acidentes e de prejuízos discutidos por Calabresi e Coase, especialmente na obra de Pigou, que serviram para a análise de Coase, mas este trabalho influiu pouco no pensamento legal.

O artigo de Coase divulgou o Teorema de Coase e criou um marco para analisar, atribuindo em termos econômicos, os direitos de propriedade e a responsabilidade, abrindo um vasto campo à análise econômica.

Um aspecto importante do artigo de Coase foi o de suas consequências para a análise econômica da doutrina legal. Coase sugeriu que o direito inglês dos prejuízos tinha uma lógica econômica implícita. Alguns autores posteriores generalizaram a ideia e sustentaram que muitas das doutrinas e das instituições do sistema legal se entendem e se explicam melhor como esforços para promover a alocação eficiente de recursos.

Uma lista dos fundadores do “Novo” Direito e Economia estaria gravemente incompleta sem o nome de Gary Becker. A insistência de Becker na pertinência da economia para um conjunto surpreendentemente grande de atividades que se realizam foram do mercado (tais como a caridade e o amor), assim como suas contribuições na análise econômica do crime, a discriminação racial, o matrimônio, o divórcio, abriram para a análise econômica grandes áreas do sistema legal que os estudos do direito de propriedade e as regras de responsabilidade de Calabresi e Coase não abarcaram.

2.2. A Análise Econômica do Direito Positivo e Normativo

O economista não pode dizer à sociedade que deveria tratar de limitar o roubo, mas pode demonstrar que seria ineficiente tolerar o roubo ilimitado e, assim, pode aclarar um conflito de valores demonstrando quanto de um valor – a eficiência – deve sacrificar-se para alcançar outro. Ou, então, tomando uma meta dada de limitação do roubo, o economista poderia demonstrar que os meios utilizados pela sociedade para alcançar essa meta são ineficientes: que a sociedade poderia obter mais prevenção a um custo menor, utilizando métodos diferentes. Se os métodos mais eficientes não prejudicam outros valores, seriam socialmente desejáveis, ainda que a eficiência ocupe um lugar baixo na escala tradicional dos valores sociais.

Pelo que toca ao papel positivo da análise econômica do Direito (o intento de explicar as regras e resultados legais tal como são em lugar de modificá-los para melhorá-los), veremos que em muitas áreas do direito comum da propriedade, os danos, os delitos e os contratos têm o selo do efeito econômico. Não é uma refutação que poucas opiniões judiciais contenham referências explícitas a conceitos econômicos. Com efeito, a educação legal consiste em cavar debaixo da retórica para encontrar o caráter econômico. Não seria surpreendente descobrir que muitas doutrinas legais se baseiam em passos titubeantes até a eficiência, sobretudo porque muitas doutrinas legais datam do séc. XIX, quando uma ideologia do *laissez faire* baseada na economia clássica predominava entre as classes educadas.

O que poderíamos chamar de teoria da eficiência do direito comum não é que toda doutrina e toda decisão desse direito sejam eficientes. Isto seria muito pouco provável, dada a dificuldade das questões de que se ocupa, o direito e a natureza dos incentivos dos juízes. A teoria é que o direito comum se explica melhor (não perfeitamente) como um sistema para maximizar a riqueza da sociedade. Os campos do direito estatutário ou constitucional, por oposição aos do direito comum, têm menos probabilidades de promover a eficiência, mas, incluindo eles, estão impregnados dos interesses econômicos e que são aclarados pela análise econômica. Tal análise é útil também para dilucidar as características institucionais ou estruturais do sistema legal,

incluindo o papel do precedente e alocação das responsabilidades da aplicação do direito entre as pessoas privadas e as agências públicas.

Sem embargo, poderíamos nos perguntar se o advogado e o economista não tratam de um mesmo caso de formas tão diferentes que suscitam uma incompatibilidade essencial entre o direito e a economia. A Justiça não tem um paradigma econômico; e, ademais, o economista não se interessa pela única questão que preocupa a vítima que sofreu o dano e seu advogado: quem deve suportar os custos do acidente? Para o economista, o acidente é um capítulo encerrado. Os custos que causou estão afundados. O economista se interessa nos métodos de prevenção de acidentes futuros que não se justifiquem por seus custos, e, portanto, se preocupa com a redução da soma dos custos de acidentes e prevenção de acidentes, mas às partes em litígio não interessa o futuro. Sua preocupação se limita às consequências financeiras de um acidente já ocorrido.

A decisão do caso afetará o futuro e, portanto, deve interessar ao economista, porque estabelecerá ou confirmará uma regra para guiar as pessoas que realizam atividades perigosas. A decisão é uma prevenção no sentido de que, se um se comporta de certo modo e produz um acidente, terá que pagar em decorrência de um julgamento, alterando assim o preço-sombra (do comportamento arriscado) enfrentado pelos indivíduos, a prevenção poderia afetar seu comportamento e, portanto, os custos dos acidentes.

Por outro lado, o juiz (e portanto os advogados) não pode omitir o futuro. Dado que a decisão do juiz é um precedente que influirá na decisão de casos futuros, o juiz deve considerar o provável efeito de decisões alternativas sobre o comportamento futuro dos indivíduos que realizam atividades que provocam a classe de acidentes implícitos como os do caso que se lhe apresenta. Por exemplo, se se fala a favor do demandado alegando que é uma pessoa “merecedora” ainda que descuidada, tal decisão incentivará a indivíduos semelhantes a ser descuidados, o que é um comportamento custoso. Assim, uma vez que o marco de referência se expande para além dos participantes em juízo, a justiça e a equidade assumem significados mais amplos do que simplesmente justo ou equitativo entre este queixoso e seu demandado. A controvérsia se converte num resultado justo e equitativo para uma classe de atividades, e não pode resolver-se sem considerar o efeito futuro de decisões alternativas sobre a frequência dos acidentes e o custo das preocupações. Depois de tudo, a perspectiva *ex ante* não é indiferente ao processo legal.

Não se deve confundir a “teoria econômica do Direito” e a “teoria da eficiência do direito comum”. A primeira trata de explicar o maior número possível de fenômenos legais diante da economia. A segunda (que se inclui na primeira) postula uma meta econômica específica para um subconjunto limitado de regras legais, instituições etc. Esta distinção fica clara observando-se que o direito do trabalho aplicado pela junta nacional de relações trabalhistas, ainda que explicável em termos econômicos, não é um sistema para maximizar a eficiência; sua meta, que é econômica ainda que não eficiente, é aumentar os ganhos dos trabalhadores sindicalizados limitando a oferta de mão de obra em mercados particulares.

2.3. Críticas ao Enfoque Econômico

A análise econômica do direito tem provocado um antagonismo considerável, em especial entre advogados acadêmicos aos quais desagrada a ideia de que a lógica do direito pode ser econômica. Já examinamos as críticas de que a economia é reducionista e de que advogados e juízes não falam seu idioma. Outra crítica comum é que os fundamentos normativos do enfoque econômico são tão repulsivos que resulta inconcebível que um sistema legal os adote. O direito reflete e aplica normas sociais fundamentais. Como poderiam ser tais normas incongruentes com o sistema ético da sociedade? É o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks realmente tão oposto a esse sistema? Ademais, veremos que a só condição de que este conceito seja um componente de nosso sistema ético, ainda que não necessariamente o único ou o mais importante, poderia ser ele que domine o direito tal como o aplicam os tribunais, dada a incapacidade destes para promover outras metas com eficácia. E sempre que a eficiência seja qualquer espécie de valor em nosso sistema ético, o debate filosófico não se ocupa de dois usos normativos da economia já mencionados: esclarecimentos de conflito de valores e a sinalização do caminho que se deve seguir para alcançar certos fins sociais dados de modo mais eficiente.

Ademais, não devemos rechaçar toda análise econômica do direito só porque não nos convença a versão mais agressiva de tal análise. A versão mais agressiva sustenta que a economia não explica as regras e instituições do sistema legal, como também provê a guia mais sensata desde o ponto de vista ético para o aprimoramento do sistema. Poderíamos crer que a economia explica só umas quantas regras e instituições legais, mas que pode utilizar-se para melhorar muitas delas; o que explica muitas delas, mas isso é lamentável porque a economia é uma guia amoral para a política legal.

Outra crítica recorrente do enfoque econômico do direito indica que, por um ponto de vista positivo, é um fracasso, porque não tem podido explicar todas as regras, doutrinas, instituições e resultados importantes do sistema legal. É certo que não o tenha feito. Mas uma insistência exagerada nos mistérios, as anomalias e as contradições não se justifica quando se fala de um campo de investigação tão recente, tão frutífero e também assim se esquece de uma lição importante da história do progresso científico: a menos que esteja totalmente errada, uma teoria não se destrói assinalando seus defeitos ou limitações, mas propondo uma outra mais includente, mais poderosa, sobretudo mais útil. Os antropólogos, sociólogos, psicólogos, politólogos e outros cientistas sociais que não são economistas também elaboram análises positivas do sistema legal, mas seu trabalho tem um conteúdo teórico ou empírico insuficiente para gerar uma concorrência séria entre a dos economistas.

E uma crítica mais sobre o Novo Direito e Economia é seu viés político conservador. Veremos que a pena de morte dissuade, que a legislação de proteção ao consumidor acaba por prejudicá-lo, que o seguro automotivo, sobre ser ineficiente, a regulação dos valores é perda de tempo, etc. A teoria dos bens públicos, por exemplo, poderia considerar-se como um dos fundamentos ideológicos do Estado *benefactor*, mas não ocorre assim.

A crítica também omite vários afagos dos analistas econômicos do direito referentes ao direito de ter um defensor e de apresentar provas nos juízos penais, como na França, à responsabilidade objetiva, à aplicação da primeira emenda à radiodifusão, aos custos sociais do monopólio, aos danos nos casos de prejuízos pessoais, à regulação do sexo e a muitos outros assuntos – e que apoiam as posições progressistas.

Crítica-se o enfoque econômico do direito, porque se esquece da “justiça”. Devemos distinguir os diferentes significados desta palavra. Às vezes, significa justiça distributiva o grau adequado de igualdade econômica, ainda que os economistas não possam dizer qual é este grau.

Um segundo significado de justiça, e talvez o mais comum, é o da eficiência. Entre outros exemplos, veremos que, quando os indivíduos qualificam de injusto o fato de condenar uma pessoa sem submetê-la a julgamento, de expropriar sem uma compensação justa ou de não obrigar a um motorista que pague os danos causados à vítima de sua negligência, isso não significa nada mais que a afirmação de que esse comportamento desperdiça recursos. Inclusive, o princípio do enriquecimento ilícito pode derivar-se do conceito de eficiência. E, com um pouco de reflexão, não nos surpreenderá que, em um mundo de recursos escassos, o desperdício deve considerar-se imoral.

Mas as noções de justiça incluem algo mais que a eficiência. Não é obviamente ineficiente tolerar os pactos suicidas; tolerar a discriminação privada por razões raciais, religiosas ou sexuais; tolerar que se mate e se devore o passageiro mais fraco do barco em situações de desespero genuíno; obrigar aos indivíduos a declarar contra si próprios; espancar os prisioneiros; permitir que se vendam crianças para adoção; permitir o uso da força homicida na defesa de um interesse puramente material; legalizar a chantagem; permitir que o condenado escolha entre a prisão ou a participação de experimentos médicos perigosos. Com efeito, todas estas coisas ofendem o sentimento de justiça dos americanos modernos e todas são ilegais em maior ou menor medida. É possível explicar algumas destas proibições em termos econômicos, mas isso não se pode fazer na maioria dos casos: a justiça é algo mais que a economia.

Pode haver limites definidos, ainda que amplos, para o poder explicativo e reformador da análise econômica do direito. Sem embargo, a economia sempre poderá proporcionar o que deve sacrificar para alcançar um ideal econômico de justiça. A demanda de justiça não é independente de seu preço.

Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil

Fredie Didier Jr.*

1. Nota do Autor

Este brevíssimo ensaio tem um único propósito: demonstrar a existência, no Direito Processual Civil brasileiro, do princípio do respeito ao autorregramento da vontade.

O objetivo é alertar aos estudiosos, inicialmente, da importância de inseri-lo no rol das normas fundamentais do processo civil, ao lado de outras normas clássicas (contraditório, devido processo legal etc.).

Em seguida, visa-se alcançar os operadores do Direito, a quem cabe a tarefa de concretizar e efetivar esse princípio.

O novo Código de Processo Civil trouxe muitas novidades. Quase todas elas são explícitas, decorrentes de previsões normativas expressas. Há, porém, novidades implícitas, que alteram o sistema em seus fundamentos.

Esta é uma delas.

2. Notas sobre a Relação entre a Liberdade e o Processo

A liberdade é um dos principais e mais antigos direitos fundamentais (art. 5º, *caput*, CF/1988).

O direito fundamental à liberdade possui conteúdo complexo. Há a liberdade de pensamento, de crença, de locomoção, de associação etc. No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas. Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana.

* Livre-docente (USP), Pós-doutorado (Universidade de Lisboa), Doutor (PUC/SP) e Mestre (UFBA). Professor-associado de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Diretor Acadêmico da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da Associação Internacional de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br. facebook.com/FredieDidierJr.

O autorregramento da vontade se define como um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada¹, de acordo com ordenamento jurídico. Do exercício desse poder, concretizado nos atos negociais, resultam, após a incidência da norma jurídica, situações jurídicas² (gênero do qual as relações jurídicas são espécie).

Pode-se localizar o poder de autorregramento da vontade em quatro zonas de liberdade³: a) liberdade de negociação (zona das negociações preliminares, antes da consumação do negócio); b) liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que mais bem sirvam aos interesses dos indivíduos); c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio); d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio).

O Direito Processual Civil, embora ramo do Direito Público, ou talvez exatamente por isso, também é regido por essa dimensão da liberdade⁴. O princípio da liberdade também atua no processo, produzindo um subprincípio: o *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo*.

É certo que esse princípio não tem, no Direito Processual Civil, a mesma roupagem dogmática com que se apresenta, por exemplo, no Direito Civil. Por envolver o exercício de uma função pública (a jurisdição), a negociação processual é mais regulada e o seu objeto, mais restrito⁵. Isso, porém, não diminui a sua importância, muito menos impede que se lhe atribua o merecido destaque de ser um dos princípios estruturantes do direito processual civil brasileiro, uma de suas *normas fundamentais*⁶.

Não há razão para minimizar o papel da liberdade no processo, sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento de um Estado Democrático de Direito e se encara o processo jurisdicional como método de exercício de um poder. Há, na verdade, uma tendência de ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil⁷.

¹ Como salienta Oliveira Ascensão, “A autonomia privada nunca é absoluta. Sempre houve restrições ao seu exercício.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 78, v. II.).

² Assevera Mario Segni: “La caratteristica del negozio nell’essere lo strumento con il quale il privato esercita il potere di dettare un’autonoma sistematizzazione della propria situazione giuridica” (SEGNI, Mario. *Autonomia Privata e Valutazione Legale Tipica*. Padova: CEDAM, 1972, p. 115).

³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 78-80, vol. II.

⁴ GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 215.

⁵ “Final, se o processo judicial não é apenas coisa das partes, são elas as destinatárias da tutela jurisdicional e são os seus interesses que a decisão judicial diretamente atinge, e, através deles, os seus fins últimos, embora remotos e abstratos, de tutela do interesse geral da coletividade, do bem comum e da paz social”. (GRECO, Leonardo. “Os atos de disposição processual – primeiras reflexões”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Disponível em www.revistaprocessual.com, 2007, vol. 1, p. 8.)

⁶ “Há que se trabalhar com a autonomia das partes não mais no sentido privatístico clássico, mas, sim, dentro de uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade” (GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do “Leito de Procusto”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, nº 235, p. 87).

⁷ CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali”. *Civil Procedure Review*, vol. 1, nº 2, 2010, p. 44, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 16.04.2014; “Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais”. Pedro Gomes de Queiroz (Trad.) *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, nº 228, p. 362; CADIET, Loïc. “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual

O princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo. *Um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira.*

É curioso, e um tanto contraditório, como processualistas estufam o peito para falar em democratização do processo, defendendo técnicas de facilitação do acesso à justiça, p. ex., e, simultaneamente, ignoram o papel da liberdade, pilar da democracia, no processo. Discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Direito Processual e no próprio Direito Processual Civil⁸.

Defender o autorregramento da vontade no processo não é necessariamente defender um processo estruturado em um modelo *adversarial*. O respeito à liberdade convive com a atribuição de poderes ao órgão jurisdicional, até mesmo porque o poder de autorregramento da vontade no processo não é ilimitado, como, aliás, não o é em nenhum outro ramo do direito. Se não existe autonomia da vontade ilimitada nos demais ramos do Direito, não faria sentido que logo no Direito Processual Civil ela aparecesse⁹.

A lei cuida, inclusive, de proteger os incapazes e os vulneráveis (art. 190, CPC) e de proibir certas negociações (p. ex.: não cabe acordo sobre competência absoluta do órgão jurisdicional). *A mediação legislativa é indispensável para delimitar a extensão da autonomia da vontade no processo.*

de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia". *Civil Procedure Review*, vol. 3, nº 3, p. 4-6, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 21.04.2014.

⁸ "Chega a ser intrigante a dificuldade com que a doutrina trabalha a noção de participação das partes no processo, como se houvesse uma ruptura ontológica com a concepção 'liberal' e qualquer tentativa de recrudescer o protagonismo das partes macularia todo o monumento técnico construído no século XX. Essa crença na absoluta publicização do processo resultou em uma espécie de trauma cultural. [...] A autonomia privada – não é exagerado afirmar – vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassem à liberdade jurídica. [...] a crença na onisciência e na onipotência do julgador, além de discutível ideológica e metodologicamente, pode levar à exclusão do diálogo no processo, alijando as partes da necessária participação para que seja construída a decisão final. Isso demonstra que um discurso de efetividade do processo pode significar, na verdade, uma ditadura mal disfarçada, inaugurando uma nova 'fase' da ciência processual, em que o processo deixa de ser *coisa das partes* e praticamente passa a ser uma *coisa sem partes*. Não se propõe uma omissão judicial, mas, sim, um retorno das partes ao processo. As conquistas que advieram com a publicização do processo tornam a cena madura para a convivência natural com uma efetiva participação dos litigantes, que, embora desiguais, não devem ser tratados como inimputáveis e muito menos o juiz deve agir como se estivesse municiado com uma espécie de 'poder geral de curatela'". (GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013, p. 30, 66 e 205).

⁹ "O instituto do negócio jurídico não consagra a faculdade de 'querer' no vácuo, como apraz afirmar a certo individualismo, que ainda não foi estirpado da hodierna dogmática", acrescentando que a "errônea mitologia da vontade" celebra a "omnipotência da vontade individual (a qual, de facto, no foro interno da consciência não encontra limites extrínsecos); e dessa maneira induz a desconhecer os múltiplos limites sociais e jurídicos da autonomia privada" (BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Fernando Miranda (trad.). Coimbra: Coimbra, 1969, p. 107 e 118-119). Confira-se, ainda, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da validade*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, capítulo XII; PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982, capítulo 1; DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: RT, 2013, p. 150 e segs.

O modelo cooperativo de processo (art. 6º, CPC) caracteriza-se exatamente por articular os papéis processuais das partes e do juiz, com o propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado. O processo cooperativo nem é processo que ignora a vontade das partes, nem é processo em que o juiz é um mero espectador de pedra.

3. O Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil

O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas¹⁰. De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade.

O direito de a parte, ora sozinha, ora com a outra, ora com a outra e com o órgão jurisdicional, disciplinar juridicamente as suas condutas processuais é garantido por um conjunto de normas, *subprincípios* ou *regras*, espalhadas ao longo de todo o Código de Processo Civil. A vontade das partes é relevante e merece respeito. *Há um verdadeiro microsistema de proteção do exercício livre da vontade no processo.*

A doutrina costuma apontar a coerência como uma qualidade indispensável ao Direito (às decisões e à Ciência Jurídica, também). A coerência entre duas normas revela-se, também, quando ambas podem ser justificadas com base em um mesmo princípio ou em um mesmo conjunto de princípios que estejam hierarquicamente em nível superior. Ou seja: é preciso que essas duas normas “façam sentido”, “em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns”¹¹. Define-se a coerência, aqui, como uma relação de justificação (de argumentação) entre duas normas¹².

O novo CPC consagra, no particular, um sistema coerente e que reforça a existência de um princípio comum a diversas outras normas: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil.

¹⁰ Sobre o exame das limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais, SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010; NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

¹¹ MacCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo (trad.) Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 252. Nesse sentido, MICHELON, Claudio. “Princípios e coerência na argumentação jurídica”. *Direito e interpretação – racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (Org.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 136; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 86.

¹² MICHELON, Claudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. *Direito e interpretação – racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (Org.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267.

Alguns exemplos.

I) O CPC é estruturado de modo a estimular a solução do conflito por autocomposição: *a)* dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); *b)* estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); *c)* permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); *d)* permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º); *e)* permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190).

O sistema do direito processual civil brasileiro é, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2º e 3º do art. 3º do CPC: “§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Trata-se de clara manifestação da “invasão da ideia de consensualidade”¹³ no direito público, de que o direito processual civil é espécie.

A autocomposição é uma das formas de exercício do poder de autorregramento. O prestígio que ela possui no CPC, conforme se vê dos §§ do art. 3º, evidencia e concretiza o princípio do respeito ao poder de autorregramento.

Mesmo assim, respeita-se a vontade das partes de não resolver o litígio por autocomposição (art. 334, §4º, I, CPC).

II) É a vontade da parte que delimita o objeto litigioso do processo (arts. 141 e 490, CPC) e do recurso (arts. 1.002 1.013, CPC). Não por outra razão, o §2º do art. 322 do CPC determina que a postulação deva ser interpretada de acordo com a boa-fé, exatamente como se deve fazer em relação aos atos jurídicos de um modo geral (art. 113, Código Civil). Como se sabe, ato jurídico é ato voluntário.

III) O CPC prevê um número bem significativo de *negócios processuais típicos*, tais como: a eleição negocial do foro (art. 63); o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65); escolha consensual de mediador, conciliador ou câmara privada de mediação ou conciliação (art. 168); o calendário processual (art. 191, CPC); a renúncia ao prazo (art. 225); o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II); a renúncia tácita à convenção de arbitragem (art. 337, §6º); o adiamento negociado da audiência (art. 362, I, CPC); o saneamento consensual (art. 357, §2º); a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º); a escolha consensual do perito (art. 471); desistência da execução ou de medida executiva (art. 775); a desistência do recurso (art. 998); a renúncia ao recurso (art. 999); a aceitação da decisão (art. 1.000) etc.

¹³ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, nº 193, p. 175.

IV) O CPC prevê uma cláusula geral de negociação processual¹⁴, que permite a celebração de negócios jurídicos processuais *atípicos*, uma vez preenchidos os pressupostos do *caput* do art. 190. Dessa cláusula geral surge o *subprincípio da atipicidade da negociação processual*, a mais importante concretização do *princípio do respeito autorregramento da vontade no processo civil* e, por isso, o exemplo mais evidente da densidade normativa que esse mesmo princípio possui no direito brasileiro¹⁵. O tema merece um ensaio avulso, a ser feito em outro momento.

V) A consagração do princípio da cooperação (art. 6º, CPC) é, também, uma demonstração clara de valorização da vontade no processo. Não por acaso a doutrina costuma relacioná-lo ao fenômeno da “contratualização” do processo¹⁶. O princípio da cooperação também merece um ensaio avulso.

VI) A arbitragem, no direito brasileiro, é bastante prestigiada (Lei nº 9.307/1996). O processo arbitral é, fundamentalmente, um processo negociado. As partes podem definir a organização do processo, bem como a sua estrutura. Além de, obviamente, escolher o órgão jurisdicional que decidirá o conflito.

¹⁴ Conforme salientou Pedro Henrique Nogueira, “Se a solução do litígio é benéfica a própria concretização da pacificação, nada mais justo do que permitir aos litigantes, inclusive quando não seja possível a resolução da própria controvérsia em si, ao menos disciplinarem a forma do exercício das suas faculdades processuais, ou até mesmo delas dispor” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC (PL 8.046/2010). In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 17).

¹⁵ Remo Caponi defende a adoção de solução semelhante (regulamentação negocial atípica do processo), como uma “proposta radical” para o direito italiano (CAPONI, Remo. “Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali”. *Civil Procedure Review*, vol. 1, nº 2, 2010, p. 49, disponível em http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=19m consultado em 16.04.2014; “Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais”. Pedro Gomes de Queiroz (trad.) *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, nº 228, p. 366.).

¹⁶ CADIET, Loïc. “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”, *cit.*, p. 18, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 21.04.2014.

Arquivamento de Inquérito em Caso de Competência Originária de Tribunal para a Ação Penal. Jurisprudência Equivocada do STF

José Barcelos de Souza*

A desatenção à circunstância de que um determinado vocábulo pode ter mais de uma acepção, principalmente quando uma delas é mais frequentemente usada em um certo sentido, mais ainda se técnica a significação, pode levar a sérios equívocos.

Veja-se o vocábulo – *arquivamento*. No direito processual penal, além do sentido comum de colocar em arquivo (na expressão, por exemplo, “proceda-se ao arquivamento dos autos”), ou isso juntamente com a ideia correlata de encerrar um caso ou uma questão (assim, quando o art. 522 do CPP diz que, reconciliando-se as partes, serão os autos arquivados), tem ele um significado técnico, de mais uso, que é o ato de abster-se o Ministério Público de oferecer denúncia, como na expressão “requerer o arquivamento do inquérito”.

Por isso mesmo, dei a denominação “Do Arquivamento” a antiga tese de livre-docência, na certeza de que, como a matéria dizia respeito à ciência do Direito, e o ramo deste era o processual penal, seria aquela reduzida expressão o suficiente para o título, conforme havia aprendido no interessante livrinho “*Thesis writing*”, de bom autor americano. Tanto que me deparei depois com opúsculo, de igualmente bom autor italiano, denominado simplesmente “*L’Archivazione*”, no qual fiquei sabendo que havia um sistema de arquivamento completamente diferente do nosso.

Mas um educador estrangeiro, a quem ofertei um exemplar do trabalho, observou-me que sua secretária estava tendo dificuldade para cadastrar a obra. Quer dizer, o título padecia de insuficiência. Ainda bem que no início do pequeno livro cuidei de apontar alguns dos significados especiais do vocábulo em outros ramos do direito.

Quando se fala em arquivar, está sempre presente, como não poderia deixar de ser, a ideia de guardar em arquivo, isto é, de conservar, de guardar em cartório, o que ocorre em geral em consequência do encerramento do procedimento criminal.

Tal colocação em arquivo, mediante despacho do juiz, pode ser mera consequência do encerramento do processo, sem mais de que cuidar.

Tão ligado à extinção, ou ao trancamento do procedimento, está o ato de arquivar, ou guardar em arquivo, que a lei, em determinado caso, fala em arquivar justamente no mais abrangente sentido de declarar extinto o processo com a consequente determinação de colocar os autos no arquivo, ou seja, na prateleira do cartório, gaveta, ou no lugar de se guardarem autos findos.

* Professor titular aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Livre-docente pela UFMG. Ex-Promotor de Justiça em Minas Gerais. Subprocurador-geral da República aposentado. Membro do Conselho Superior do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Vê-se bem isso da redação do citado art. 522 do CPP, *verbis*:

“No caso de reconciliação, depois de assinado pelo querelante o termo de desistência, a queixa será arquivada”.

Há casos, porém, em que o vocábulo é empregado para, ao mesmo tempo em que guarda fortemente o sentido geral de colocar em arquivo por motivo de extinção, salientar a origem desse ato.

Assim é que, ao dizer o art. 17 do CPP que a autoridade policial não pode mandar arquivar autos de inquérito, está querendo proibir que o delegado de polícia proceda ao engavetamento, isto é, está dizendo que não pode ele extinguir, dar fim, tornar sem proveito para seus fins legais o inquérito policial. Numa palavra, proíbe-se o arquivamento ilegal, visto que a providência só se pode dar por despacho judicial, nos termos do art. 28 do Código de Processo, a requerimento do Ministério Público.

Este é o mais importante e frequente perfil do arquivamento.

É, de fato, a mais corrente e significativa acepção do vocábulo. Consiste na abstenção de denunciar de parte do Ministério Público, ou seja, de não promover o Ministério Público a ação penal, o que importa definição provisória do procedimento criminal, favorável ao indiciado.

Como se vê, trata-se de denominação de medida que se adota antes de propositura de ação penal, com o fim, aliás, de frustrá-la.

Disso resulta a impossibilidade de seu cabimento depois de proposta a ação penal, a não ser que a lei tivesse permitido a retratação.

Embora depois de oferecida e recebida a denúncia não haja lugar para o arquivamento naquela significação do vocábulo, este foi usado pelo legislador com outra e especial conotação, para indicar, já no curso do processo criminal, solução extintiva antecipada do processo em alguns e especiais procedimentos.

É o que ocorria e ainda acontece no procedimento especial dos crimes de funcionários públicos nos processos de competência do juiz singular.

Um outro caso – e é este o que tem a ver com o presente estudo – diz respeito ao arquivamento nos processos-crime de competência originária de tribunais.

Em verdade, o Código era omissivo quanto à matéria, ou seja, quanto a pedido formulado pelo Procurador-Geral para arquivamento da *notitia criminis*.

Disponha, porém, o revogado art. 559 do Código de Processo Penal que: “Se a resposta ou defesa prévia do acusado convencer da improcedência da acusação, o relator proporá ao Tribunal o arquivamento do processo”.

É aí que residia o perigo de uma confusão danada, já que depois de oferecida e recebida a denúncia não haveria lugar para o arquivamento requerido pelo Ministério Público.

Certamente por isso, surgiu a respeito do arquivamento nos tribunais um entendimento inaceitável, por sinal, de um de nossos mais autorizados juristas, um

grande mestre em diversos ramos do Direito, o preclaro Prof. José Frederico Marques, diante de uma leitura enganosa do artigo citado, certo que já bem observara ele, a outro propósito, que no sistema acusatório *actio e jurisdictio* traduzem atividades que se não confundem¹.

Assim é que indagava o Prof. José Frederico Marques:

“A quem cabe decidir sobre o pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral em casos de competência originária de Tribunal para o processo? Será ao relator ou ao Tribunal?”

E respondia:

“Sem dúvida que o Tribunal, uma vez que o relator pode propor que se archive o processo e, nunca, determinar ele próprio o arquivamento, conforme se deduz do art. 559 do Código de Processo Penal”².

Em verdade, o dispositivo legal em que se buscou arrimo para uma resposta nada tem a ver com o caso.

Aqui está: passou despercebido que o dispositivo legal não se referia a pedido de arquivamento feito pelo Procurador-Geral, mas a proposta do relator – evidentemente já oferecida a denúncia – de um como que julgamento antecipado da lide (pelo Tribunal, claro), no sentido da improcedência da acusação. A isso chamou o Código também de – *arquivamento*.

Mas o problema mais importante não estaria em saber quem determinaria o arquivamento – se o relator ou o Tribunal –, visto que no caso não caberia propriamente decisão alguma, como a indagação do professor fazia supor, mas um simples despacho, ordenando o arquivamento requerido.

O invocado e hoje revogado art. 559 do Código de Processo Penal cuidava de outra coisa: da deliberação, de competência do Tribunal, sobre um julgamento antecipado, o que, aliás, pressupunha não ter havido pedido de arquivamento pelo Procurador-Geral, mas, sim, denúncia oferecida.

Já no caso de pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral, de modo algum seria aceitável seu desacolhimento. De outro modo, ocorreria violação do princípio acusatório, do princípio da inércia da jurisdição, da regra da titularidade da ação penal, e da máxima da independência do Ministério Público.

Por isso mesmo, igualmente inaceitável é o seguinte esclarecimento que fez o extraordinário autor em outra passagem, ao aduzir que, indeferido pelo Tribunal o pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral, ou este oferece denúncia, ou atribui essa função a seu substituto legal, ou então será nomeado procurador *ad hoc* para aquele fim, aplicando-se, *in casu*, por analogia, o que dispõe o art. 419 do Código de Processo Penal³.

¹ *O júri no direito brasileiro*. São Paulo, 1955, p. 325.

² *Elementos de direito processual penal*. Rio, 1962, vol. 3, p. 308.

³ *Idem, ibidem*, v. I, p. 341.

Com efeito, não estabeleceu o Código uma forma de controle da resolução de não denunciar, nos casos de competência originária dos tribunais.

Prevalecem, nestas condições, no que forem aplicáveis, as regras gerais. Dentre elas, a de ter sido reservado ao procurador o poder de decisão sobre o arquivamento da *notitia criminis*, de acordo com o art. 28 do CPP, no caso de discordar o juiz do pedido de arquivamento formulado pelo promotor de Justiça ou procurador da República, no primeiro grau jurisdicional. E o faz submetendo à apreciação deste o pedido de arquivamento de que ele, juiz, discorde, sendo o controle, desse modo, interno.

O critério tem a virtude de não desprestigiar o *nemo iudex sine auctore*, nem frontal nem indiretamente, pois que, como argutamente observa o Prof. Hélio Tornaghi, “se o juiz pudesse compelir o Ministério Público a agir, estaria, por via oblíqua, violando o princípio *ne procedat iudex ex officio*”⁴, o que, ademais, “constituiria abalo dos mais graves à independência do Ministério Público”, conforme palavras de Espínola Filho⁵.

As considerações acima, no sentido de que o art. 28 do Código de Processo de modo algum estabeleceu um controle jurisdicional da abstenção do Ministério de denunciar, a atingir, como atingiria, o sistema acusatório, foram por mim feitas tempos atrás, em tese de livre-docência⁶, e agora as reitero.⁷

Nem seria de dispor a lei de outra maneira quanto ao arquivamento nos tribunais, já que não haveria, ao contrário do que ocorre na primeira instância, a quem, na hierarquia funcional, ficar sujeito o controle da resolução daquela alta autoridade.

Por outro lado, deferir ao tribunal um controle que a lei não lhe atribui seria violar a regra da separação entre acusação e jurisdição, declaradamente acolhida pelo Código.

Não cabendo, por não ser admissível, qualquer controle jurisdicional, mas tão-somente, e quando possível, a ação privada subsidiária⁸, ou – nada o impede – pedido de reconsideração do ofendido ou interessado ao procurador, não seria de cogitar-se, em último recurso, de nomeação de procurador *ad hoc* (figura, aliás, não mais existente), para forçar o cumprimento de uma incabível e impertinente decisão do tribunal.

Não há, pois, margem para manifestação do tribunal competente para o processo no sentido do oferecimento de denúncia, cabendo-lhe tão somente determinar o arquivamento.

⁴ Hélio Bastos Tornaghi, *Comentários cit.*, Rio, 1956, vol. 1, t. 2, p. 54.

⁵ Eduardo Espínola Filho, *op. cit.*, p. 361.

⁶ Cf. Souza, José Barcelos de. *Do Arquivamento*. Imprensa Oficial, Belo Horizonte, 1969, p.25-42, e *Teoria e Prática da Ação Pena*. Saraiva, São Paulo, 1980.

⁷ Sobre a matéria, veja-se também o artigo Reflexos do sistema inquisitivo em regras processuais ligadas ao Ministério Público (Variações em torno do art. 28 do CPP). In: *Temas atuais do Ministério Público*, 3ª edição, 2012, p. 721.

⁸ Quanto à questão do cabimento da ação penal privada subsidiária em caso de arquivamento do inquérito policial ou outras peças de informações, veja-se, de minha autoria, o artigo *Ação penal privada subsidiária (Código Penal, art. 103, § 3º)*: Fator democrático de prevenção da impunidade, especialmente em caso de arquivamento ou outra peça de informação, na obra coletiva *Parte Geral do Código Penal Brasileiro*, 30 anos depois, D'Placido Editora, Belo Horizonte, 2014, p. 41. Org. Luciano Santos Lopes, Guilherme José Ferreira da Silva e Luis Augusto Sanzo Brodt.

Já o antigo Tribunal de Justiça da Guanabara, em sessão plena, em 21 de janeiro de 1958, sufragou, no julgamento da Representação nº 6, o entendimento de que, ao invés de pedir o arquivamento ao Tribunal de Justiça, quando entender não ser cabível a promoção da ação penal pública, nos crimes de competência originária do mesmo Tribunal de Justiça, compete ao próprio procurador arquivar o processo⁹.

Com essa mesma orientação, acolheu o então presidente do mesmo Tribunal, Des. Homero de Pinho, requerimento do Procurador-Geral Cândido de Oliveira Neto, na Representação n. 13/59, no sentido de, dada baixa no processo, lhe serem encaminhados os autos, para o fim de poder o procurador determinar seu arquivamento¹⁰.

Exatos se afiguram os entendimentos citados ao deferirem ao procurador o exame da pertinência da ação penal e subtraírem ao tribunal qualquer decisão sobre o *meritum* de sua resolução de não denunciar, a despeito da competência do Tribunal para o processo e julgamento, visto que isso pressupõe prévia peça acusatória do órgão próprio.

Evidentemente, sendo o Ministério Público o órgão que exerce no processo o *jus accusationis*, não seria possível arquivar-se logo qualquer *informatio delicti* sem sua prévia manifestação.

Como o arquivamento deve fazer-se em cartório do Tribunal, e não em repartição da Procuradoria, tudo se resolve com a aplicação extensiva, inarredável no caso do art. 28, nos termos do art. 3º, ambos do Código de Processo. Assim, caberá sem dúvida alguma o requerimento de arquivamento, a ser despachado não pelo tribunal, que não terá o que decidir, mas, como veio a dispor a Lei nº 8.038, de 1990, pelo relator sorteado (opinávamos pelo despacho do presidente em nosso citado *Do Arquivamento*, anterior à mencionada Lei nº 8.038), a quem incumbirá ordenar, sem alternativa, o arquivamento, em despacho de natureza meramente administrativa, consequente da resolução do Ministério Público de não denunciar, comunicada através do pedido de arquivamento.

Mesmo que se trate de *notitia criminis* enviada diretamente ao procurador, sua resolução de não proceder deverá ser comunicada ao Tribunal com o pedido de arquivamento, a fim de que aquele determine ao escrivão do Tribunal que mantenha os autos em arquivo. Desta maneira, e sem falar em questão de transparência, estabelecer-se-á o termo *a quo* do prazo para a ação penal privada subsidiária, se o caso a comportar¹¹.

⁹ Acórdão no DJ de 5 mar. 1959, apenso, p. 1000.

¹⁰ DJ de 5 dez. 1959, p. 16526.

¹¹ Quanto à questão do cabimento da ação penal privada subsidiária em caso de arquivamento do inquérito policial ou outras peças de informações, veja-se meu artigo *Ação penal privada subsidiária (Código Penal, art. 103, § 3º)*: Fator democrático de prevenção da impunidade, especialmente em caso de arquivamento ou outra peça de informação, na obra coletiva Parte Geral do Código Penal Brasileiro, 30 anos depois. D'Plácido Editora, Belo Horizonte, 2014, p. 41. Org. Luciano Santos Lopes, Guilherme José Ferreira da Silva e Luis Augusto Sanzo Brodt.

Se a lição do eminente jurista de início citado estaria equivocada para a época em que saiu sua excelente obra, hoje, a solução ainda seria outra, ante a Lei nº 8.038/90, que agora dispõe claramente, no art. 3º, inc. I, que compete ao relator:

“Determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, quando o requerer o Ministério Público, ou submeter o requerimento à decisão de tribunal competente”.

Essa Lei nº 8.038/90 dispõe sobre o procedimento da ação penal no Supremo Tribunal Federal, podendo haver complementação regimental.

Também nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, aplica-se a citada Lei nº 8.038, de 28 maio de 1990, sobre ações penais originárias, por força da Lei nº 8.658, de 26 de maio de 1993.

Diante disso, não têm aplicação disposições em contrário de leis de organizações judiciárias.

Nada impede, por outro lado, que vítimas peçam, sem prejuízo de uma possível ação penal supletiva, ao próprio Procurador-Geral, a reconsideração de um pedido de arquivamento.

Objetar-se-ia que a citada Lei nº 8.038, logo após dizer que compete ao relator “determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, quando o requerer o Ministério Público”, acrescente: “ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal”.

Urge se esclareça a questão de possível requerimento que poderá o relator submeter “à decisão competente do Tribunal”.

Não se pense que se trata de submeter o pedido de arquivamento em si ao tribunal, como poderia parecer, uma vez que o deferimento de semelhante requerimento cabe o relator. Isso não se faz, pois, à discrição do relator, mas quando for caso, por finalidade outra. O texto legal, aliás, é claro ao falar em decisão “competente” do tribunal, vale dizer, decisão que for da competência deste, e esse obviamente não é o caso, que poderá, entretanto, ocorrer. E já que se falou em “competência”, vem à lembrança um bom exemplo, dentre os raros que possam ser encontrados para a hipótese de submissão do requerimento ao tribunal: o entendimento do relator de não se tratar de espécie da competência daquele tribunal.

De ordinário, porém, esse outro **requerimento** não será um pedido do Ministério Público no sentido do arquivamento, ou seja, um ato significativo de abstenção de denunciar. O vocábulo designa, ali, coisa diferente, ou seja, o requerimento alternativo que seria de ser feito se o Ministério Público, ao invés de manifestar-se pelo arquivamento, promovesse a ação penal: o pedido de dia, como determina o art. 6º da lei citada, para que o Tribunal delibere sobre o recebimento da denúncia, decisão, agora, de sua competência.

Dir-se-á, porém, tomando-se o preceito legal ao pé da letra, que deve haver algum caso em que é “o próprio pedido de arquivamento” que poderá escapar à apreciação do relator.

Semelhante entendimento, posto equivocado, até que seria possível, certo que o legislador também claudica. É que, no caso, seu pensamento poderia estar influenciado por uma certa doutrina vitanda, que, de fato, existiu.

Cabe aqui, a esse respeito, rememorar algumas considerações feitas tempos atrás.¹²

Tinham a ver com a aplicação do revogado art. 43, inc. II do CPP, que mandava fosse rejeitada a denúncia quando “já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa”.

Evidentemente, se a denúncia é inviável, exatamente por não haver crime, a punição não deve ser oferecida. Caso, pois, de pedido de arquivamento.

Contudo, alguns autores entenderam que, se tiver ocorrido a extinção da punibilidade, o que cumpre ao promotor fazer não é pedir o arquivamento, e sim que o juiz declare extinto o *jus puniendi*¹³. E, indeferido o pedido, não restaria ao Ministério Público (a quem cabe recurso, nos termos do art. 581, IX) outra alternativa que a de denunciar, sustentava o Prof. José Frederico Marques. “Não cabe, como erroneamente já se pronunciou o Tribunal de Justiça de São Paulo, a remessa dos autos ao procurador”¹⁴, observou.

Sem embargo das autorizadas opiniões em contrário, o que cumpre ao Ministério Público fazer é pedir o arquivamento e, se discordar, o juiz deve proceder de acordo com o art. 28. Nos tribunais, porém, não há margem para tanto.

O Código separou acusação de jurisdição, cabendo ao Ministério Público a resolução de denunciar ou não. É, este, um princípio geral e, por isso mesmo, só por expressa disposição legal poderá ser excetuado. Se o promotor oferecer a denúncia, poderá o juiz rejeitá-la, julgando extinta a punibilidade (como preceituava o antigo art. 43).

Mas se não houve denúncia, não há como julgar extinta a punibilidade. E se o promotor entende não ser caso de promover a ação, não precisa pedir ao juiz que o declare por sentença. Bastar-lhe-á pedir o arquivamento.

Verdade que a lei prevê julgamento da extinção da punibilidade. Mas é evidente que assim o faz para possibilitar se ponha um paradeiro ao processo quando em seu curso se verificar a extinção do direito de punir (CPP, art. 61), extinção que, impedindo a ação, deve impedir também seu prosseguimento.

Pode acontecer, assim, que o relator entenda erroneamente que, se o pedido de arquivamento se prende ao fato de estar extinta a punibilidade, caberia uma decisão do Tribunal.

Se o Tribunal acolher a remessa, apenas aumentará sua carga de trabalho.

¹² José Barcelos de Souza. *Teoria e Prática da Ação Penal*. Saraiva, São Paulo, 1979, nº 116, p.214-224.

¹³ Cf. José Frederico Marques, *Elementos*. cit. v. 2, p. 170; José Pinto Rennó, O Ministério Público em face do art. 28 do Código de Processo Penal. *Revista de Identificação e Ciências Conexas*. Belo Horizonte, vol. 23, 1956.

¹⁴ *Ibidem*.

Ocorre, entretanto, que o Supremo Tribunal passou a julgar que, nesse caso de extinção da punibilidade, e também no caso de pedido de arquivamento por motivo de atipicidade da conduta, a competência não é do relator, mas do próprio tribunal, que poderia recusar o pedido de arquivamento!

Para chegar a uma conclusão dessas, incabível e inaceitável, o colendo Tribunal raciocinou que, de outro modo, ficaria obstaculizada a promoção de posterior ação penal, mesmo se houver novas provas, em razão de uma suposta formação de coisa julgada, sendo essa sua orientação atual e predominante. Entre um ror de acórdãos nesse sentido, o assim ementado:

“Inquérito Policial. Arquivamento. Requerimento do Procurador-Geral da República. Pedido fundado na alegação de atipicidade dos fatos. Formação de coisa julgada material. Não atendimento compulsório. Necessidade de apreciação e decisão pelo órgão jurisdicional competente. Inquérito arquivado. Precedentes. O pedido de arquivamento de inquérito policial, quando não se baseia em falta de elementos suficientes para oferecimento de denúncia, mas na alegação de atipicidade do fato, ou de extinção de punibilidade, não é de atendimento compulsório, senão que deve ser objeto de decisão do órgão judicial competente, dada a possibilidade de formação de coisa julgada material” (Pet. 3743 / MG – Dje-092 DIVULG 21-05-2008 – PUBLIC 23-05-2008 – Rel. Min. Cezar Peluso).

Ora, em primeiro lugar, se não há acusação formalizada, não haveria o que decidir por órgãos judiciários, de modo a fazer coisa julgada. O que haveria, no caso, seriam manifestações impertinentes.

Isso causa um grande mal ao interesse social de que os crimes sejam punidos, por prejudicar a utilização de novas provas ou, mesmo sem elas, uma posterior reavaliação do caso pelo próprio Ministério Público. E não está de acordo com a orientação de nosso Direito, que separa jurisdição de acusação.

O art. 18 do Código de Processo, por exemplo, permite o desarquivamento pela própria autoridade policial diante de notícia de novas provas. E é exatamente em virtude da possibilidade de novas provas que a própria decisão de impronúncia do réu não faz coisa julgada. A jurisprudência do colendo Tribunal está errada.

Em suma: nos casos de competência originária de Tribunal para o processo e julgamento de ação penal, ultrapassada uma possível fase investigatória inicial, devidamente autorizada quando for caso disso *ratione personae*, o Ministério Público, com vista dos autos, não requerendo diligência que deva ser realizada antes da propositura da ação, deverá requerer o arquivamento do inquérito ou oferecer denúncia. No primeiro caso, o relator – de quem é hoje a competência – não poderá recusar o pedido, como também não poderia fazê-lo o presidente do Tribunal ou este próprio. Se oferecida denúncia pelo Procurador-Geral, caberá ao Tribunal decidir quanto a seu recebimento.

Poderes do Juiz na Ação Civil Pública Ambiental

Luís Alberto Thompson Flores Lenz*

Sumário

1. Introdução. 2. Conceito de Meio Ambiente. 3. Enfoque da Tutela do Meio Ambiente na Constituição. 4. Recepção da Legislação Anterior com Novo Fundamento. 5. Poderes Atribuídos ao Juiz na Órbita Ambiental. 6. Conclusão.

Resumo

O presente trabalho foi escrito objetivando contribuir na delimitação e ampliação dos poderes conferidos aos juízes em ações de proteção ambiental, frente aos ditames da CF/1988 e ao advento da Lei da Ação Civil Pública, notadamente pelo fato deste diploma normativo, de especial relevância para o nosso ordenamento jurídico, estar completando trinta anos de existência.

A produção intelectual versa sobre o âmbito das atribuições do Magistrado na seara ambiental, ao ponto de se conferir ao julgador a condição de protagonista tanto no que diz com a interpretação do pedido quanto no que se refere aos meios que serão empregados no seu resguardo.

Abstract

This work was written aiming to contribute to the definition and expansion of the powers granted to judges in environmental protection actions, compared to the dictates of CF/1988 and the advent of the Public Civil Action Law, notably the fact that this regulatory text, of particular relevance to our legal system, be completing thirty years of existence.

The intellectual production deals with the scope of the powers of the Magistrate in environmental harvest, to the point of giving the judge the protagonist condition both in the interpretation of the application as with regard to the means to be employed as a guard.

Palavras-Chave

Juiz. Prerrogativas Processuais. Ação Ambiental.

* O autor é Procurador de Justiça do Estado do RS, integrando o Ministério Público desde 1989. Aprovado como Procurador do INCRA e para Professor de Processo Civil da UNISINOS (Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS).

1. Introdução

O presente estudo objetiva delimitar os poderes conferidos ao Magistrado no processo ambiental, notadamente aquele disciplinado pela Lei da Ação Civil Pública, diploma normativo que comemora, no exercício de 2015, trinta anos de vigência.

Durante essas três décadas floresceram no Brasil doutrina e jurisprudência respeitáveis a tutelar os chamados direitos difusos, e dentre eles, os direitos de terceira geração, como a proteção ao ambiente, os quais alcançaram novo patamar a partir da Constituição Federal de 1988, que expressamente disciplinou essa matéria no seu art. 225.

É o que passaremos a fazer.

2. Conceito de Meio Ambiente

Segundo José Afonso da Silva², o meio ambiente vem conceituado como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

Nesse mesmo sentido, e de forma mais sucinta, bem assinala Pietro Virga³ que, por meio ambiente “*si intende l’insieme delle condizioni che possono assicurare una vita salubre*”.

A questão que se põe, hoje, é aquela referente à necessidade de promover a integração dos hipossuficientes à sociedade, bem como manter o crescimento econômico da coletividade, resguardando o meio ambiente para a sobrevivência do planeta e o benefício das futuras gerações.

Tal preocupação foi magistralmente apreendida pelo jurista italiano Salvatori Patti⁴, para quem “*anche nella matéria dell’ambiente il diritto si trova di fronte ad interessi contrapposti – generalmente l’interesse individuale allo svolgimento di una determinata attività e l’interesse della collettività a restare indenne dalle conseguenze nocive di quella attività – e deve determinare le linee di risoluzione del conflitto assegnando un ordine di rilevanza ai diversi interessi*”.

3. Enfoque da Tutela do Meio Ambiente na Constituição

Como regra, os diversos países do mundo tratam os instrumentos de tutela da natureza (ações públicas e populares), e as minúcias do direito ambiental como um todo, na legislação infraconstitucional.

A exceção, e como bem assinala ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES⁵, são Portugal e Argentina.

² SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. Editora Malheiros, 1994, p. 2.

³ VIRGA, Pietro. *Diritto Amministrativo*. Giuffrè Editore, Milão, 1996, vol. 4, p. 359.

⁴ PATTI, Salvatori. *La Tutela Civile Dell’Ambiente*. Editora Cedam, 1979, p. 4 e 111/2.

⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e Meios de Resolução Coletiva de Conflitos no Direito Comparado e Nacional*. Editora RT, 3ª edição, p. 182.

Na Itália, a antiga Constituição de 1948 não enfrentou diretamente essa matéria, ao ponto dos tribunais terem sido obrigados a realizar uma construção, verdadeiro artifício, para inserir no texto constitucional o resguardo a tal direito fundamental.

Quem retrata essa situação, em obra coletiva, foram os juristas peninsulares Vezio Crisafulli e Livio Paladin⁶, ao comentar o art. 9º da Carta Magna Italiana, na seguinte passagem:

[...] Nel corso degli anni la sensibilità maturata per le tematiche ambientali ha infatti spinto la dottrina e la giurisprudenza a ricercare nel testo costituzionale un appiglio formale su cui fondare la rilevanza giuridica dell'ambiente. L'interpretazione evolutiva dell'espressione "Tutela il paesaggio" di cui al comma 2 dell'art. in esame, letta in combinazione sistematica con il successivo art. 32 (che qualifica la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività), ha consentito di dilatarne il significato fino a ricomprendervi, attraverso una sineddoche (Mengoni, Ermeneutica e Dogmatica Giuridica. Saggi, 1996, 121, nt. 17), anche la tutela dell'ambiente.

Já a Constituição Portuguesa, como antes mencionada, é precursora no resguardo da ecologia, vinculando ambiente a qualidade de vida e dotando os legitimados dos instrumentos necessários a sua tutela.

Nesse sentido, basta ter presente o disposto em seu artigo 66, *verbis*:

Art. 66 (Ambiente e qualidade de vida)

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.

2. Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo e apoio a iniciativas populares:

- a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;
- b) Ordenar o espaço territorial de forma a construir paisagens biologicamente equilibradas;
- c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;
- d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica.

⁶ CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. *Commentario Breve Alla Costituzione*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2008, 2ª ed., p. 77.

3. É conferido a todos o direito de promover, nos termos da lei, a prevenção ou a cessação dos fatores de degradação do ambiente, bem como, em caso de lesão direta, o direito à correspondente indemnização.

4. O Estado deve promover a melhoria progressiva e acelerada da qualidade de vida de todos os portugueses.

Semelhante ordenamento, na parte que nos interessa, recebeu o significativo comentário de Canotilho e Vital Moreira⁷, nos seguintes termos:

V. O direito de impedir, preventiva ou sucessivamente, a degradação do ambiente é reconhecido a todos, em conformidade com a natureza coletiva do bem constitucionalmente protegido. Cumprindo à lei definir os termos do seu exercício, ele não pode deixar de abranger três áreas distintas: (a) ações de manifestação e representação individuais ou coletivas, ao abrigo dos direitos gerais de manifestação e petição ou, até, do direito à greve; (b) utilização dos meios graciosos administrativos (reclamações e recursos); (c) recurso aos meios judiciais (designadamente a impugnação contenciosa dos atos administrativos). Verificados os respectivos pressupostos, não está excluído também o direito de resistência (art. 21º).

Trata-se, claramente, do reconhecimento constitucional direto de formas de ação popular (art. 52º-2) e de formas de procedimentos administrativos coletivos ou populares, os quais pressupõem a existência de interesses coletivos (ou de interesses difusos, ou interesses públicos latentes), implicam relações multipolares ou poligonais entre a administração e os cidadãos e exigem um conceito ampliado de interesse e de legitimação para recorrer aos tribunais (*cfr.* notas ao art. 268º).

De forma inovadora, mas em consonância com as aspirações da segunda metade do século vinte, o constituinte brasileiro que erigiu a Carta de 1988 disciplinou, de forma alentada, a proteção ao meio ambiente no art. 225 do diploma constitucional, o qual contou com a seguinte redação:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à Coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁷ CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Editora Coimbra, 2ª ed, vol. 1, p. 349/350.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica Brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Planalto Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o quê não poderão ser instaladas.

Quem apreendeu, com rara felicidade, a real dimensão do dispositivo em questão foi o Supremo Tribunal Federal, em inúmeras oportunidades, como no julgamento do MS 22.164 e do RE 134.269, da relatoria do Ministro Celso de Mello, dotados da seguinte fundamentação:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-95, DJ de 17-11-95.) No mesmo sentido: RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-06-95, DJ de 22-9-95. (*In*: A Constituição e o Supremo, Brasília, 2ª edição, 2009, p. 1216)

Tanto é assim que hoje, e como magistralmente assevera Alberto Trabucchi⁸ ao se referir ao direito de propriedade, todos os bens públicos e privados, bem como o comportamento em geral estão condicionados pela preocupação ambiental.

Nesse sentido, apenas para ilustrar, basta transcrever a seguinte passagem:

(3) Una moderna concezione del diritto di proprietà ci consente di riconoscere rispetto alla stessa cosa l'esistenza anche di più beni giuridici. Esistono, infatti, beni considerati essenziali alla comunità che assumono bensì una dimensione particolare, ma non in contrasto con l'appartenenza a privati; basti pensare alla tutela (pubblica) dei c.d. beni ambientali, la cui accezione si sovrappone alla proprietà privata, per ragioni di arte, storia o ecologia. (.....) Oggi, sopra tutto, per ragioni di

⁸ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Editora CEDAM, 35ª ed., 1994, p. 381.

ECOLOGIA; l'uomo, ogni uomo, pretende il diritto a godere i grandi beni della natura, con prevalenza sull'appropriazione (con effetti privativi) che ne fanno i singoli per utile personale.

O que é importante advertir, entretanto, para os efeitos desse trabalho, é que a importância do tema aqui abordado vem realçada de cima para baixo, não se podendo aplicar os preceitos da Lei da Ação Civil Pública, erigida em 1985, sem ter em mente o que dispõe a CF/1988.

4. Recepção da Legislação Anterior com Novo Fundamento

Como é por todos sabido, o advento de uma nova ordem constitucional não importa, *ipso facto*, na derrogação da legislação anterior, que a precede.

Todas as normas que não são incompatíveis com a inovação constitucional permanecem válidas, mas agora com novo fundamento.

Nesse sentido, e por todos, basta ter presente a lição do publicista tedesco Carl Schmitt⁹, que ao abordar o princípio da continuidade do Estado em caso de abolição de uma Constituição, assinalou o seguinte:

2. El que en este caso no queda suprimida, desde el punto de vista del Derecho internacional, esto es, en relación con otros Estados, la continuidad de la unidad política, es un hecho generalmente reconocido. Desde el punto de vista de Derecho estatal se deduce de esta continuidad que las anteriores leyes y ordenanzas siguen en vigor sin más, es decir sin un especial acto de recepción, en tanto no contradigan a la nueva regulación. Incluso determinaciones contenidas en Constituciones anteriores pueden seguir en vigor, si bien como simples leyes.

Semelhante entendimento é aplicável, e pela mesma razão, a Lei nº 7.347/85, cuja vigência, agora, vem complementada por preceitos da CF/1988 e da legislação ordinária superveniente, como o Código do Consumidor, etc.

5. Poderes Atribuídos ao Juiz na Órbita Ambiental

A posição do magistrado frente aos processos que resguardam interesses difusos e coletivos exige um protagonismo inaceitável para os padrões do processo civil do século dezanove e primeira metade do século vinte.

Naquela época, havia verdadeira passividade do juiz, que se limitava a receber a ação ajuizada pelas partes, não podendo sequer impor andamento mais acelerado ao processo ou interferir na produção da prova.

⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza Universidad, Madrid, 1996, p. 110.

Vigia, então, de forma extremada, o princípio da disponibilidade da demanda pelos interessados.

Como é mais do que evidente, esse raciocínio não se aplica à ação civil pública e ao processo dela decorrente, na medida em que em se tratando de resguardar direitos de terceira geração, a atuação do autor (de regra o Ministério Público) é cogente e obrigatória, em decorrência de um “poder-dever” atribuído ao *Parquet*, fato bem apreendido por Enrico Redenti¹⁰.

Logo, toda a postura dos participantes do processo é diversa, cabendo o máximo empenho dos mesmos, notadamente do juiz, para o bom equacionamento da controvérsia deduzida em juízo.

Tal posicionamento, e com muito mais razão, deve ser adotado na seara ambiental, onde o bem jurídico tutelado é extremamente sensível, ao ponto do jurista italiano Beniamino Caravita¹¹ ter assinalado que *“una delle caratteristiche della tematica ambientale concerne la ricorrente necessità di utilizzare strumenti che permettano rapidamente di porre rimedio a situazioni di emergenza o di pericolo”*.

Nesse sentido, é correta a advertência de Salvatore Patti¹², que ao abordar o papel do juiz nas demandas que tutelam o meio ambiente, asseverou, *verbis*:

Como è stato avvertito anche nella nostra dottrina, il giudice in molte cause di tipo collettivo svolge un ruolo che tradizionalmente gli è negato, imponendosi valutazioni di ordine generale o strettamente politiche, specialmente quando il conflitto riguarda contrastanti interessi di tipo collettivo, come ad esempio nei casi in cui l'interessi all'ambiente si è trovato contrapposto a quello dei lavaratori danneggiati della disoccupazione conseguente all'eventuale chiusura delle industrie inquinanti.

Mais expressivo, ainda, é o posicionamento de Angelo Ferrati¹³, que ao tratar dessa questão, em estudo específico intitulado *“Il Giudice Dell’Illecito Ambientale”*, sintetizou o seguinte:

3 – Sorge così il problema del giudice che è l'unico e vero garante della attuazione, in concreto della legge, ma opera e deve operare solo entro i limiti istituzionali della funzione a lui demandata.

Non si può non ricordare a questo proposito che la magistratura, nelle sue varie espressioni, ha dovuto spesso svolgere un ruolo di supplenza

¹⁰ REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1957, tomo I, p. 84; e, também, in: *Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*. Dott. A Giuffrè Editore, 1939, p. 52.

¹¹ CARAVITA, Beniamino. *Diritto Pubblico Dell’ambiente*, Società editrice il Mulino. Bolonha, 1990, p. 349.

¹² PATTI, Salvatori. *La Tutela Civile Dell’Ambiente*. Editora Cedam, 1979, p. 111/2.

¹³ FERRATI, Angelo. *La Responsabilità in Tema di Tutela Dell’Ambiente*. CEDAM, Padova, 1986, p. 163.

a causa della impreparazione tecnica e organizzativa della Pubblica Amministrazione, della sua inerzia e, talvolta, dalla sua connivenza con speculatori privati, fenomeni tutti che possono considerarsi frutto di una persistente sottovalutazione economica e politica dei valori culturali e ambientali. È una situazione a cui si deve porre riparo con il ripristino del clima di legalità, vale a dire del rispetto della legge a cui sono soggetti non soltanto i cittadini come persone fisiche ma anche la pubblica amministrazione e gli enti pubblici nell'esercizio delle funzioni loro istituzionalmente attribuite.

Para encerrar essa abordagem dos poderes do Magistrado no processo ambiental, não podemos nos furtar de invocar a lição de Jean Lamarque¹⁴.

Embora suas palavras tenham sido dirigidas ao juiz administrativo, elas são plenamente aplicáveis ao nosso Poder Judiciário, uma vez que, como é por todos sabido, na França incide de forma absoluta o princípio da separação dos poderes, sendo que os conflitos com a administração pública são solucionados perante o Executivo, no contencioso administrativo.

Lá, como regra, o Poder Judiciário, além do aspecto criminal, apenas aprecia matéria privada, salvante excepcionalíssimas situações.

Em sendo assim, na visão do autor, em se tratando de atividades danosas, perigosas ou insalubres, ao magistrado são conferidos amplos poderes, não apenas para verificar o ato no aspecto da sua legalidade externa, ou regularidade formal, mas também para apreciar o seu mérito.

Isso foi o que tal jurista assinalou, na seguinte passagem¹⁵:

3 – Le juge administratif est investi de pouvoirs qui se rapprochent de ceux d'un administrateur.

Son contrôle excède même celui de l'opportunité car il peut non seulement annuler mais encore réformer la décision attaquée, soit en modifiant les dispositions prises par l'administration, soit en fixant des conditions ou des obligations nouvelles; il peut ainsi se substituer à l'administration en accordant l'autorisation d'ouverture et même statuer ultra petita. A fortiori peut-il substituer au motif inexact sur lequel reposait la décision du préfet, un motif nouveau donnant à cette décision un fondement légal ou ordonner telles mesures d'instruction qu'il estime propres à l'éclairer et notamment, demander un nouvel examen de l'affaire par un organisme consultif qui avait déjà émis l'avis réglementaire.

¹⁴ LAMARQUE, Jean. *Droit de La Protection de La Nature et de L'Environnement*. LGDJ, 1973, p. 682 e seguintes.

¹⁵ LAMARQUE, Jean. *Droit de La Protection de La Nature et de L'Environnement*. LGDJ, 1973, p. 685/6.

6. Conclusão

Ao concluir, não podemos deixar de fazer um balanço sobre tudo que foi abordado.

Iniciamos sintetizando, na esteira do maior processualista português, José Alberto dos Reis¹⁶, que em decorrência dos poderes de instrução, disciplina a impulsão do processo, hoje é atribuído ao julgador uma posição ativa, ou seja, de protagonismo.

Como magistralmente assinalou tal mestre¹⁷, “as partes têm a liberdade de tomar ou não a barca da justiça: ninguém as obriga a embarcar; mas se embarcam, não podem fazer a bordo o que lhes apetece, ficam necessariamente submetidas à direção do capitão do navio, à disciplina e ao comando que ele haja de impor, a bem do interesse comum dos passageiros, da tripulação e da carga”.

Resta verificar, a esta altura, em que consiste tal “protagonismo” no processo da ação civil pública ambiental.

Ele vai muito além de admitir ou exigir provas e disciplinar o comportamento dos litigantes, mas impõe, acima de tudo, a obrigação de esmiuçar o processo, chegando, inclusive, ao máximo do que foi postulado pelos interessados.

A sua obrigação principal, desde que provocado com o ajuizamento da ação, é equacionar a controvérsia que lhe foi trazida a juízo, superando inclusive, em certo sentido, o princípio da congruência ou da adstrição, ou seja, da limitação entre o que foi pedido e o resultado da ação.

Tanto isso é verdade, que Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁸, asseverou que “em tema de ação civil pública, e em virtude mesmo de seu objeto ser um interesse metaindividual, a correlação entre *causa petendi* e sentença há que ser vista com certos temperamentos: seja porque a teoria da substanciação, acolhida pelo CPC, pressupõe a solução de litígios interindividuais; seja porque o que deve prevalecer é a efetiva e específica tutela, cautelar ou em via principal, do interesse carente de tutela, antes que a simples acolhida do pedido tal como estritamente formulado na inicial”.

Semelhante entendimento foi sufragado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, em inúmeras oportunidades, notadamente no julgamento do Recurso Especial n. 1.107.219-SP, da relatoria do emérito Ministro Luiz Fux, momento em que restou consignado em seu Informativo que “a tutela ambiental é de natureza fungível, de modo que a área objeto da agressão ambiental pode ser de extensão maior do que a referida na inicial e, uma vez que verificada pelo conjunto probatório, não importa julgamento *ultra* ou *extra petita*”.

Logo, nesta seara, os poderes conferidos ao magistrado são muito mais amplos do que aqueles que lhe são concedidos no processo tradicional, instaurado entre litigantes individuais.

¹⁶ REIS, José Alberto dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra Editora, 1946, volume 3, p. 7/8.

¹⁷ REIS, José Alberto dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra Editora, 1946, volume 3, p. 8.

¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed., 2004, p. 115.

Tamanho é o acerto dessa assertiva, que Kazuo Watanabe¹⁹ asseverou que “ao Poder Judiciário brasileiro, como consequência da assunção de novas atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição Federal de 1988, dentre as quais se inclui o controle de constitucionalidade das leis, atos e atividades de todos os órgãos do Estado, incumbe proceder ao controle das políticas públicas, com o exame da sua implementação, adequação ou correção, na conformidade dos mandamentos constitucionais”.

E dentre as políticas públicas impostas de forma cogente pelo constituinte, podemos inserir, sem sombra de dúvidas, o resguardo ao meio ambiente como condição de subsistência da vida humana na terra.

Esse, aliás, é o posicionamento do STJ, ao apreciar o Recurso Especial n. 1.367.549-MG, da relatoria do Ministro Humberto Martins, quando tal Colegiado, afastando inclusive a alegação de violação ao princípio da separação de poderes, compeliu a administração a edificar usina de reciclagem de resíduos sólidos, uma vez que “não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve considerar como prioritárias.

Consequentemente o Judiciário pode ingressar no exame de mérito e do acerto das medidas adotadas pela administração e particulares no resguardo do ecossistema, e também das omissões lesivas a sua tutela.

Resta confiar, para encerrar, que tal Poder do Estado esteja a altura das exigências do momento, utilizando, de forma prudente, mas sem timidez, as prerrogativas processuais que lhe foram conferidas, da forma mais ampla possível, na tutela do interesse de terceira geração referente à proteção do meio ambiente.

Referências

CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Editora Coimbra, 2ª ed., vol. 1, p. 349/350.

CARAVITA, Beniamino. *Diritto Pubblico Dell'ambiente*, Società editrice il Mulino. Bolonha, 1990, p. 349.

CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. *Commentario Breve Alla Costituzione*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2008, 2ª ed., p. 77.

FERRATI, Angelo. *La Responsabilità in Tema di Tutela Dell'Ambiente*. CEDAM, Padova, 1986, p. 163.

LAMARQUE, Jean. *Droit de La Protection de La Nature et de L'Environnement*. LGDJ, 1973, p. 682 e seguintes e 685/6.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed., 2004 p. 115.

¹⁹ WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. Revista de Processo da RT, vol. 193, p. 16.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e Meios de Resolução Coletiva de Conflitos no Direito Comparado e Nacional*. Editora RT, 3ª ed., p. 182.

PATTI, Salvatori. *La Tutela Civile Dell'Ambiente*. Editora Cedam, 1979, p. 4 e 111/2.

REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa-America*. Buenos Aires, 1957, tomo I, p. 84; e, também, in, *Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*, Dott. A Giuffrè Editore, 1939, p. 52.

REIS, José Alberto dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra Editora, 1946, volume 3, p. 7/8,

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza Universidad, Madri, 1996, p. 110.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. Editora Malheiros, 1994, p. 2.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Editora CEDAM, 35ª. ed., 1994, p. 381.

VIRGA, Pietro. *Diritto Amministrativo*. Giuffrè Editore, Milão, 1996, vol. 4, p. 359.

WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. Revista de Processo da RT, vol. 193, p. 16.

A Lei Anticorrupção é “Só para Inglês Ver”?

Uma Breve Análise Comparativa entre os Sistemas Brasileiro e Norte-americano de Combate à Corrupção**

Paulo Wunder de Alencar*

Sumário

I. Introdução. II. Como Promotores Americanos Regulam Crimes Corporativos: *Non Prosecution Agreement* e *Deferred Prosecution Agreement*. III. Conclusão. Referências.

I. Introdução

O presente artigo trata da apresentação das linhas gerais do sistema de responsabilização das pessoas jurídicas em atos ilícitos envolvendo o interesse público e visa a demonstrar sua incoerência e sugerir uma reflexão para sua reforma.

No Brasil, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada penal, civil ou administrativamente. A responsabilidade penal foi expressamente prevista pela Constituição de 1988, embora apenas nas condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3º), além de ter sido mencionada, mas de forma menos clara, para os crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5º):

Art. 225, §3º: as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 173, §5º: a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Neste trabalho, não iremos discutir teses jurídicas sobre as teorias penais da responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Ao contrário, iremos partir do pressuposto de que esse problema já tenha sido superado, até porque, como a Lei dos Crimes

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

** Trabalho de conclusão da disciplina Interações entre Políticas de Intervenção Estatal, sob orientação do professor Carlos Ragazzo, do Mestrado em Direito da Regulação, da FGV DIREITO RIO.

Ambientais (arts. 21 a 23, da Lei 9.605/98) regulamentou o dispositivo constitucional acima e previu a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, fixando penas compatíveis às suas características (multa, penas restritivas de direitos e a prestação de serviços à comunidade), fica claro que, se houvesse vontade legislativa, tal iniciativa poderia alcançar outros tipos de crimes, pois não há nada de exclusivo que diferencie os delitos ambientais dos demais.

Em outras palavras, se o legislador derivado entendeu que a Constituição permitiu a responsabilização penal da pessoa jurídica no que se refere aos crimes ambientais, estender isso aos crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular seria apenas uma opção legislativa, e não uma vedação de inconstitucionalidade.

Da mesma forma, incluir nesse rol constitucional, através de emenda, delitos contra outros bens jurídicos, seria uma questão de política criminal do Poder Legislativo.

Assim, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é um entrave constitucional insuperável, sendo que a Constituição a previu para determinadas infrações, mas poderia ter incluído outras, o que ainda pode ser feito através de emenda.

No que tange à responsabilidade civil e administrativa, os principais mecanismos brasileiros de controle sobre as pessoas jurídicas, especialmente aquelas que se relacionam com o poder público, são as ações civis públicas e as ações de improbidade administrativa, sendo que a primeira se refere à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e a segunda aos atos que causem prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito ou atentem contra os princípios da administração pública, sempre que cometidos em face de órgãos públicos, da administração pública direta e indireta ou de qualquer sociedade que tenha participação ou receba verba pública.

Ainda nessa esfera de responsabilidade, a novidade foi a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que, em seu art. 1º, “dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”, ou seja, não se aplica à parte criminal.

Além das diferenças de escopo acima ressaltadas, essas ações divergem na previsão de utilização de métodos consensuais de solução de conflitos, pois, enquanto na ação civil pública existe o termo de ajustamento de conduta e na ação civil pública por prática de ato de corrupção foi previsto o acordo de leniência, na ação de improbidade administrativa é impossível a composição extrajudicial de disputas, conforme dispõem os seguintes artigos:

Art. 17, Lei nº 8.429/92: 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.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.

Art. 30, Lei nº 12.846/2013: A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II – atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Diante disso, temos o seguinte quadro de medidas judiciais de controle civil e administrativo de sociedades que se relacionam de alguma forma com o poder público:

LEI	FINALIDADE	SUJEITO ATIVO DO ATO ILÍCITO	SUJEITO PASSIVO	POSSIBILIDADE DE ACORDO
Ação Civil Pública	Defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos	Qualquer pessoa, física ou jurídica	Titulares dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos	TAC: sem necessidade de confissão
Ação de Improbidade Administrativa	Atos que causem prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito ou atentem contra os princípios da administração pública	Agentes públicos (e terceiros beneficiados)	Órgãos da Administração Pública direta ou indireta de quaisquer dos poderes de todos os entes da federação, além das sociedades que de alguma forma tenham participação ou recebam benefícios públicos	Impossibilidade de transação
ACP por Ato de Corrupção	Atos cíveis e administrativos contra a Administração Pública	Pessoas jurídicas (responsabilidade objetiva) e pessoas físicas (responsabilidade subjetiva)	Administração Pública nacional ou estrangeira	Acordo de leniência (para as pessoas jurídicas): necessidade de confissão

Da análise do esquema, nota-se que certas condutas podem se amoldar em apenas uma, em duas ou até nas três legislações. Claro que o critério de aplicação da regra será a especialidade, mas o que se discute aqui é se faz sentido ter um sistema

diferente se, em alguns não raros casos, um ato pode ser enquadrado ao mesmo tempo como improbidade administrativa (ao agente público e ao integrante da pessoa jurídica beneficiada) e ato de corrupção (para a pessoa jurídica beneficiada), o que traria um tratamento jurídico diferenciado, com a possibilidade do acordo de leniência apenas à pessoa jurídica envolvida.

Vamos imaginar a seguinte hipótese: uma pessoa jurídica ganha uma licitação para construção de uma obra pública através do pagamento de uma propina, mas a obra fica insatisfatória. A responsabilização cível seria, em tese, pelos seguintes tipos de mecanismos de controle:

1. ação civil pública, em face das pessoas jurídicas e físicas, para a qual poderiam celebrar TAC;
2. ação civil pública por ato de corrupção, em face da pessoa jurídica, para a qual poderia firmar acordo de leniência;
3. ação de improbidade administrativa, em face das pessoas físicas (agente público e integrante da pessoa jurídica beneficiada), em virtude do prejuízo ao erário, do enriquecimento ilícito e da lesão aos princípios da legalidade e moralidade administrativa, sem possibilidade de acordo.

Evidentemente que, dependendo da condução das investigações e da atribuição e competência envolvidas, poderia haver um único processo englobando essas ações, já que os fatos são os mesmos.

No entanto, tecnicamente, para cada ação pode existir um processo, sendo certo, ainda, que o TAC absorveria apenas uma parte dos danos, o acordo de leniência outra área e a improbidade seria atacada exclusivamente pela via judicial, o que demonstra que os círculos de responsabilidade, nesse caso, possuem intercessões, embora outras áreas neutras e independentes.

Poderíamos ter, portanto, diversos processos, em trâmite com distintas competências e de responsabilidade de mais de um órgão julgador, sem nenhuma unidade e coerência, o que significaria decisões sobrepostas, contraditórias e certamente lentas.



Ocorre que o mais estranho do sistema criado é a falta de lógica e correspondência entre o tipo de ação e as sanções cabíveis, como se pode comparar abaixo:

PENAS	Ação Civil Pública	Ação de Improbidade Administrativa	ACP por atos de corrupção	Crimes Ambientais
Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente	X	X	X	X
Perda da função pública		X		
Suspensão dos direitos políticos		X		
Multa	X	X	X	X
Proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos		X	X	X
Ressarcimento integral do dano	X	X	X	X
Suspensão parcial ou total das atividades			X	X
Interdição temporária			X	X
Dissolução compulsória da pessoa jurídica			X	X
Cumprimento de obrigação de fazer	X			X
Restritivas de direitos				X

Verifica-se, acima, que as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas são muito semelhantes na lei anticorrupção e na lei de crimes ambientais, especialmente se levarmos em consideração que algumas penas sequer precisavam ser expressamente previstas nas respectivas legislações, pois inerentes ao poder geral de cautela do magistrado de fazer cessar uma ameaça ou lesão ao bem juridicamente tutelado, como a suspensão das atividades, interdição temporária e dissolução de uma pessoa jurídica.

Quanto à lei de improbidade administrativa, as únicas penas exclusivamente lá previstas (embora também dispostas no Código Penal, art. 92) são a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, evidentemente por serem inerentes às pessoas físicas.

Isso significa que, independentemente da responsabilidade ser civil, administrativa ou penal, as penas aplicadas a uma pessoa jurídica são quase idênticas, simplesmente porque a sua natureza não permite grandes variações.

Sendo as penas as mesmas, qual a razão de se permitir o termo de ajustamento de conduta nas ações civis públicas, o acordo de leniência nas ações cíveis e administrativas anticorrupção, mas não se autorizar nas ações de improbidade administrativa (nas ações criminais contra o meio ambiente cabe transação penal e suspensão condicional do processo – arts. 27 e 28 da Lei nº 9.606/98)?

A perplexidade aumenta quando interpretamos o art. 30, da Lei nº 12.846/2013, que estabelece que a aplicação das sanções previstas na lei anticorrupção não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades da lei de improbidade administrativa (e da lei de licitações).

Como a enorme maioria dos atos enquadrados na lei anticorrupção também são atos de improbidade administrativa (talvez a grande exceção sejam os atos cometidos contra a Administração Pública estrangeira), criou-se um sistema em que, com base na lei anticorrupção, pode ser firmado um acordo de leniência com a pessoa jurídica envolvida em atos contra a Administração Pública, embora a propositura da ação de improbidade administrativa ainda continue imprescindível em face das pessoas físicas que integram essa sociedade investigada (e de eventual agente público participante), apenas para se buscar a aplicação daquelas penas que não puderam ser incluídas no acordo de leniência (suspensão dos direitos políticos e perda da função pública).

Ora, por que não se permitiu a reunião de todas as investigações, processos e decisões em um único procedimento, tanto em face da pessoa jurídica como das pessoas físicas, ou melhor, por que não se deu efeito único, vinculante e geral a apenas um processo (ou acordo), inclusive, diante da existência, em nosso ordenamento jurídico, da regra proibitiva do *ne bis in idem*?

Essa enorme salada ainda pode ter um tempero super especial se, além dos processos acima elencados (ação civil pública, ação civil pública por atos de corrupção e ação de improbidade administrativa), ainda houver um criminal contra as pessoas físicas, integrante da pessoa jurídica corrupta e agente público participante, pela prática de crime de corrupção, com o aditivo de ter sido cometido por meio de uma organização criminosa (caso o esquema de desvio de dinheiro público tenha sido estruturalmente ordenado e caracterizado pela divisão de tarefas), o que acrescentaria mais um instrumento: a colaboração premiada. E por que isso seria uma baita confusão? Porque, além de termos mais uma ação sobre os mesmos fatos, o acordo de colaboração premiada não possui limites tão rígidos e bem definidos, podendo interferir em outras competências jurisdicionais, como se pode observar da leitura do art. 6º, inciso I, da Lei 12.850/2013 (lei das organizações criminosas):

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

- I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II – as condições da proposta do Ministério Público (...).

Outrossim, através de um acordo de colaboração premiada, o MP pode incluir como cláusulas justamente o cumprimento daquelas penas de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos (art. 92 do Código Penal), que pareciam exclusivas à lei de improbidade (ver quadro acima), o que reforça a conclusão de que a natureza da ação e da pena (cível, administrativa ou penal) não impede a celebração de acordos.

O acordo de colaboração também pode conter cláusulas que impeçam a propositura de demandas cíveis em face do colaborador (ação civil pública e improbidade administrativa), o que significa que essas ações somente poderiam ser oferecidas em face dos demais responsáveis, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

Para ilustrar bem o problema, vale a leitura dos anexos Termos de Colaboração Premiada, celebrados por Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, no recente escândalo de corrupção na Petrobras, sendo aqui transcritas apenas as cláusulas ora pertinentes:

Acordo Alberto Youssef: Cláusula 5ª: I. a aplicação ao COLABORADOR de penas privativas de liberdade, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos revelados por intermédio da presente colaboração, as quais depois de unificadas resultem em, no mínimo, 30 (trinta) anos de reclusão. II. logo após o trânsito em julgado das sentenças condenatória que somem o montante mínimo de 30 (trinta) anos de prisão a que se refere a alínea anterior, a suspensão em relação exclusivamente ao COLABORADOR de todos os processos e inquéritos policiais em tramitação perante a 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba, assim como daqueles que serão instaurados, inclusive perante outros juízos, em decorrência dos fatos revelados a partir da presente colaboração, com a respectiva suspensão de todos os prazos prescricionais, por 10 (dez) anos. §8º. Os benefícios previstos nessa cláusula, assim como os demais previstos em outros dispositivos do presente acordo de colaboração, não abrangem fatos ilícitos posteriores a 17 de março de 2014. §10º. Após a homologação judicial desse acordo e a pedido do COLABORADOR, o Ministério Público Federal expedirá certidão atestando a existência da presente colaboração, a qual somente poderá ser por ele utilizada para instruir processos que, não obstante já estejam em curso em seu desfavor, não estão contemplados no acordo ora celebrado.

Acordo Paulo Roberto Costa: Cláusula 5ª: II. Promoverá o arquivamento de fatos novos em relação ao acusado trazidos pelo colaborador em relação aos quais não exista, na data do acordo, nenhuma linha de investigação em qualquer juízo ou instância. Cláusula 8ª, §8º. Os benefícios não abrangem fatos ilícitos posteriores à data do acordo, em qualquer hipótese, nem fatos anteriores que sejam (estes últimos) completamente dissociados do objeto deste acordo. §9º. Os benefícios propostos não eximem o colaborador de obrigações ou penalidades de cunho administrativo e tributário, eventualmente exigíveis. (grifamos)

Como se pode observar das cláusulas acima, o MPF garantiu aos colaboradores que eles não serão alvo de outros processos e inquéritos sobre os mesmos fatos narrados no acordo (salvo de cunho administrativo e tributário), o que inclui justamente a ação civil pública, a ação civil pública por ato de corrupção e a ação de improbidade administrativa.

Após essa reflexão em que o leitor deve estar confuso sobre qual ação pune quem e de que forma, bem como imaginando a quem interessa tal emaranhado de leis e instrumentos processuais diferentes, chegamos até o ponto de onde queremos começar para mostrar que o sistema brasileiro é anacrônico e está obsoleto: a lei anticorrupção não inovou em relação ao combate à corrupção, pois não admitiu acordo de leniência para as pessoas físicas e, assim, também não atribuiu efeitos sobre a lei de improbidade administrativa.

Uma pequena novidade da lei foi o fato da responsabilidade civil e administrativa da pessoa jurídica ser sempre objetiva, não sendo necessário, portanto, provar a culpa da sociedade, mas apenas o nexo causal entre a conduta do seu agente e o fato praticado em benefício, por causa ou a partir da pessoa jurídica.

Todavia, responsabilidade civil objetiva de uma sociedade por ato de um de seus empregados no contexto e em virtude do vínculo de trabalho está longe de ser algo novo, pois já existe há muito tempo em nosso ordenamento para essas situações, inclusive na lei de improbidade administrativa, para agentes públicos que causem enriquecimento ilícito.

As outras novidades foram a responsabilização de atos contra a Administração Pública estrangeira (não prevista na lei de improbidade administrativa), a previsão do acordo de leniência para as pessoas jurídicas e o estímulo aos mecanismos internos de *compliance*.

Pergunta-se, então, de que modo a lei anticorrupção poderia ter sido mais eficiente e inovadora?

II. Como Promotores Americanos Regulam Crimes Corporativos: *Non Prosecution Agreement* e *Deferred Prosecution Agreement*

Nos EUA, o sistema é absolutamente diferente, pois, em primeiro lugar, uma pessoa jurídica pode ser responsabilizada criminalmente sempre que um de seus empregados cometer um delito utilizando-se da respectiva sociedade, como ensinam Cindy R. Alexander e Mark A. Cohen:

In the United States, those legally responsible for corporate crime can be as varied as the hourly employee who illegally dumps a barrel of hazardous waste, the manager who conspires with competitors to rig bids on a local road-building project, or the senior executive who fails to put effective controls in place to ensure that foreign government officials are not bribed to obtain a contract or that the firm's financial reporting practices meet the needs of investors. (ALEXANDER, Cindy R.; COHEN, Mark A.; 2011; p.12).

Nesse contexto, a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos EUA é objetiva e decorre simplesmente da ação ou omissão de um de seus funcionários que cometa qualquer tipo de crime através, em benefício ou por causa da sociedade¹.

Outrossim, a outra grande distinção entre os sistemas brasileiro e norte-americano se refere à possibilidade de utilização de métodos consensuais de composição de conflitos penais nos crimes corporativos, o *deferred prosecution agreement* (DPA) e o *non prosecution agreement* (NPA):

The two kinds of agreements are functionally the same, except in one respect. In the typical deferred prosecution agreement, a criminal charge is filed, and the corporation acknowledges and accepts responsibility for the criminal wrongdoing set forth in the charging instrument. In the typical non-prosecution agreement, no charging document is filed, and the investigation remains pending until the corporation fulfills the terms of the agreement. (CONYERS, John Jr, 2010, p. 1).

Dessa forma, o *deferred prosecution agreement* seria muito semelhante ao nosso acordo de colaboração premiada da lei das organizações criminosas, tendo em vista a sua necessidade de homologação judicial. Já o *non prosecution agreement* se adequaria a um acordo de leniência, que exige a assunção da responsabilidade, tramita apenas dentro do órgão de controle e fica suspenso até o cumprimento integral das condições impostas nas cláusulas, quando gera o arquivamento da investigação.

Assim, os métodos americanos não são desconhecidos para os brasileiros, porém são aplicados aqui em outras circunstâncias. Quanto aos efeitos, também se assemelham aos nossos, como se pode observar:

Both pre-trial agreements provide for the prosecution to be deferred for a period of time, usually from one to two years, provided that the corporation fulfills its obligations under the agreement and does not engage in further misconduct. In addition, these agreements usually require the payment of a fine, implementation of stringent corporate governance and compliance measures, cooperation with the government's ongoing investigation, waivers of speedy trial rights and statute of limitations defenses, and consent to external oversight by an independent monitor approved by the government. (CONYERS, John Jr, 2010, p. 1).

¹ Um exemplo extremo dessa amplitude foi o famoso caso de escândalo sexual envolvendo um técnico da equipe de futebol da *Penn State University*, que levou a universidade a ser criminalmente investigada em 2011.

De fato, o uso de acordos penais é a regra na persecução criminal norte-americana, onde os *plea agreements* alcançam a incrível marca de aplicação em 90% das acusações, sendo que tal prática foi estendida aos crimes corporativos em 1993 e tem aumentado a cada ano, especialmente durante a crise financeira da última década, quando cresceu ainda mais, como podemos verificar:

Since 2000, NPAs and DPAs have become a mainstay in the federal playbook for corporate criminal justice matters. The steady rise in their use by the U.S. Department of Justice ("DOJ") began in the middle of the last decade and has since reached a baseline pace of at least 20 agreements per year, with some years spiking to nearly double that figure. The year 2004, for example, saw eight agreements. A decade later, the first half of 2014 alone has seen 11 agreements from DOJ, with an additional agreement from the SEC, for a total of 12 agreements. Since 2000, DOJ has entered into 283 publicly disclosed NPAs and DPAs. The U.S. Securities and Exchange Commission ("SEC") also has adopted NPAs and DPAs in its corporate enforcement regime, entering into seven such agreements since 2010. Of the 290 agreements DOJ and the SEC have entered into since 2000, more than half (152) have come since January 1, 2010. NPAs and DPAs have led to monetary penalties totaling more than \$42 billion, equivalent to the annual GDP of Latvia. (WARIN; GIBSON; DUNN&CRUTCHER, 2014, p.1).

O principal benefício do uso dos acordos nos crimes corporativos é evitar os efeitos maléficos que determinadas penas, como o encerramento das atividades, poderiam causar sobre uma pessoa jurídica. Investidores, empregados, pensionistas, clientes, fornecedores, enfim, todos aqueles envolvidos no ciclo de vida e funcionamento da sociedade empresária sairiam igualmente condenados, o que significa que os efeitos colaterais da repressão seriam nefastos ao próprio bem estar social, ou seja, mesmo interesse que, em tese, deseja a punição pela prática de ilícitos.

Para coibir isso, os acordos podem se constituir como medidas intermediárias, eficientes e satisfatórias, na medida em que promovem não apenas a cooperação para a investigação e descoberta de todas as consequências e envolvidos nas atividades ilícitas, mas também a devolução dos valores desviados aos cofres públicos, indenização às vítimas, reestruturação da companhia e adoção de mecanismos de controle interno da sociedade empresária.

Contudo, não podemos achar que o jardim do vizinho é sempre mais bonito que o nosso e importar técnicas estrangeiras sem adequá-las ao nosso sistema, especialmente quando, no próprio país de origem, elas já sofrem críticas.

Nos EUA, são três as principais reclamações sobre DPA e NPA. A primeira é que, através da persuasão criminal, se impõe a celebração de acordos que, na verdade,

possuem natureza cível. Utiliza-se a sombra da marca pesada sobre a imagem de uma sociedade ao responder a um processo criminal para que, muito rapidamente, a pessoa jurídica opte pelo acordo. A segunda crítica se relaciona com a possibilidade dos promotores americanos escolherem os *monitors* que irão fiscalizar o cumprimento pela pessoa jurídica das cláusulas do acordo e da observância de mecanismos internos de *compliance*². O terceiro argumento diz respeito à falta de padronização dos acordos, podendo os promotores americanos fazer propostas absolutamente contraditórias em casos idênticos.

Aplicando esses problemas à nossa realidade, podemos afastar a preocupação com os itens 1 e 2. Isso porque, no Brasil a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é regra, mas exceção, já que, como vimos, aplica-se somente aos crimes ambientais. Ademais, estudamos acima que as penas que podem ser impostas às pessoas jurídicas são as mesmas, independentemente de terem a natureza criminal ou cível, sendo, portanto, quase irrelevante falar que uma pessoa jurídica comete um crime.

Ademais, em nosso sistema, seria inviável forçar a pessoa jurídica a contratar determinado fiscal particular, pois isso caracterizaria uma interferência abusiva na sua liberdade econômica. O máximo que poderia ser feito nesse aspecto seria verificar se aquele contratado pela investigada possui as características que legitimam a sua atividade, ou solicitar a nomeação judicial de um interventor, com o magistrado definindo a remuneração adequada.

Todavia, quanto à terceira crítica, cabe reconhecer que a proposta de se regular sociedades que cometem atos de corrupção deve envolver, também, uma regulação da forma de atuação dos promotores, a fim de se impedir excessos e evitar contradições. Embora não se deva esquecer da independência funcional dos membros do MP, o mínimo de padrão em suas propostas de acordos preserva a segurança jurídica, especialmente nos crimes corporativos, diante da competitividade entre as sociedades, não podendo uma ser tratada diferentemente da outra, sob o risco de consequências na própria economia.

Desse modo, os ônus parecem ser inferiores aos bônus e as críticas podem ser superadas, contornadas ou minimizadas.

III. Conclusão

Crimes de colarinho branco, dentre eles, a corrupção, são os mais difíceis de serem investigados, pois, geralmente, são praticados por pessoas preparadas tecnicamente, às vezes até com respaldo jurídico, utilizando métodos sofisticados de lavagem de dinheiro e ocultação de capitais e, principalmente, cometidos através de pessoas jurídicas, algumas legítimas e outras fictícias, que buscam conceder a maior proteção possível àqueles agentes envolvidos nas atividades delitivas.

² Nesse ponto, é sempre citada a indicação do aposentado *Attorney General* John D. Ashcroft, por um promotor que havia sido seu subordinado, para fiscalizar a sociedade Zimmer, pelo valor de US\$ 52 milhões.

Por isso se diz que esses crimes *"tend to be committed by multiple individuals, not just by one individual acting alone. Second, individuals are linked within corporations through what some economists have termed a nexus of contracts"*. (ALEXANDER, Cindy R.; COHEN, Mark A.; 2011; p.12).

A prática nos ensina que a corrupção acontece com pagamentos de comissões a políticos corruptos, combinação de preços e vencedores em licitações, prestação do serviço com mão de obra inferior à contratada etc., métodos que dificilmente são notados em uma fiscalização ordinária e em massa, pois não deixam vestígios flagrantes.

Se quisermos realmente combater com rigor a corrupção precisamos inovar e conceder ao Ministério Público mecanismos de maior persuasão e eficiência na investigação, especialmente a possibilidade de celebração de acordos de forma mais ampla, pois a colaboração na investigação de alguma pessoa que tenha participado da prática criminosa é quase que imprescindível para se desvendar esses crimes.

A falta de reais modernizações fez com que a lei anticorrupção tenha pouquíssima utilidade prática, pois as principais barganhas que poderiam incentivar a utilização de mecanismos de *compliance* e a celebração dos acordos de leniência não foram contempladas na lei.

Ora, se o acordo de leniência da lei anticorrupção não vai produzir efeitos nas ações penais e de improbidade administrativa contra os representantes das pessoas jurídicas, por que celebrá-lo, se o interessado ainda poderá se defender em longos processos nessas outras instâncias? Inclusive, se a pessoa jurídica celebrar um acordo de leniência reconhecendo uma prática ilícita, tal argumento já não seria utilizado pelo Ministério Público para fortalecer as ações cíveis a serem propostas em face dos integrantes da mesma sociedade? Isso não seria um desestímulo ao acordo de leniência?

Sem sombra de dúvidas, o único acordo que interessa ser celebrado é a colaboração premiada da lei das organizações criminosas, justamente porque confere verdadeiro salvo conduto ao colaborador, que fica seguro que não poderá ser processado novamente pelo mesmo fato.

Precisamos, portanto, de uma reorganização do sistema de combate à corrupção no Brasil, aglutinando e conectando essas leis hoje esparsas, bem como incentivando mecanismos preventivos e repressivos de controle, além de fomentarmos a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos, pois, no que depender da lei anticorrupção, continuaremos vivendo de sopros de esperança em operações policiais isoladas.

No que se refere às diversas formas de ações e métodos de composição de conflitos oferecidos pelo nosso ordenamento jurídico, conclui-se que o ideal seria, à semelhança dos EUA, termos dois tipos de acordos, seja para as pessoas jurídicas ou físicas, sendo um eminentemente extrajudicial, de atribuição exclusiva do Ministério Público, e outro que precise ser homologado pelo juízo, onde a grande diferença

entre eles seria que, somente através do último, poderiam ser fixadas aquelas penas de maior gravidade e de cunho não patrimonial, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.

Infelizmente, essa prática brasileira de editar diversas leis sobre o mesmo tema ou sobre aspectos conexos sem um mínimo de coerência, lógica e organização sistêmica, apenas favorece justamente aquilo que se (supostamente) quer combater, a corrupção, e aquele que se quer (supostamente) punir, o corrupto.

Aliás, quando, em 1831, o Brasil, após pressão da Inglaterra, promulgou uma lei que declarava livres os africanos desembarcados em portos brasileiros, ninguém acreditou na eficácia da medida do Regente Feijó. De fato, o sentimento estava correto, pois a abolição plena da escravidão somente se consolidou em 1988, ou seja, 57 anos depois, com a Lei Áurea.

Séculos após, parece que, por tradição, ainda editamos leis que não se prestam às suas finalidades e fingem ser algo que não são. Inclusive, se concordarmos que a maior novidade da lei anticorrupção foi prever a responsabilização de atos contra a Administração Pública estrangeira, e se lembrarmos que a lei anticorrupção foi editada por uma pressão internacional, na medida em que o Brasil foi signatário da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, firmada em 1997 e ratificada no ano 2000, será que iremos concluir que estamos diante de mais uma lei “só para inglês ver”?

Referências

BARKOW, Anthony S.; BARKOW, Rachel E. *Prosecutors in the Boardroom – Using Criminal Law to regulate Corporate Conduct*. New York University Press, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada – Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência*. Editora Lumen Juris. 2011.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas*. Editora Saraiva. 2014.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Editora Lumen Juris, 2005.

GARRET, Brandon L. *Too Big to Jail – How Prosecutors Compromise with Corporations*. Belknap Harvard. 2014.

GILBERT, Isobel E. *Corporate Crime and the Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements*. Nova. 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/2013*. Editora Saraiva. 2014.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios Institucionais do Ministério Público*. Editora Lumen Juris, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. Editora Saraiva, 2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*. Editora Atlas. 2014.

PINTO, Ronaldo Batista; CUNHA, Rogério Sanches. *Crime Organizado – Comentários à Nova Lei sobre Crime Organizado*. Editora Jus Podium. 2014.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada – Legitimidade e Procedimento*. Editora Juruá. 2013.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção – Origens, Comentários e Análise da Legislação Correlata*. Editora Saraiva, 2014.

QUIRK, Hannah; SEDDON, Toby; SMITH, Graham. *Regulation and Criminal Justice – Innovations in Policy and Reserch*. Cambridge. 2010.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações Criminosas – Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12. 850/2013*. Editora Atlas. 2014.

VOLKOV, Michael. *Corruption, Crime and Compliance*. Ethics 360. 2011.

WARIN, Joseph; GIBSON; DUNN&CRUTCHER. *2014 Mid-Year Update on Corporate Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements*. Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation. Disponível em: <http://corpgov.law.harvard.edu/2014/07/16/2014-mid-year-update-on-corporate-non-prosecution-and-deferred-prosecution-agreements/>. Acessado em: 11/06/2015.

Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Geral do Brasil

Susana Henriques da Costa*

Sumário

1. Introdução. 2. O Conceito de Políticas Públicas. 3. O Modelo de Estado Brasileiro e o Papel do Poder Judiciário. 3.1. O Judiciário como Instituição de Contenção do Executivo. 3.2. O Movimento de Constitucionalização dos Direitos Sociais. 3.3. Restrição do Âmbito da Discrecionalidade dos Atos Administrativos. 4. Limitações para a Intervenção do Poder Judiciário em Políticas Públicas. 5. A Técnica Processual Adequada para o Tratamento de Questões Envolvendo Políticas Públicas. 5.1. Alteração do Perfil da Função Judicial. 5.2. Universalização dos Direitos Sociais e a Coletivização da Tutela Jurisdicional. 5.2.1. Técnicas de Coletivização de Pretensões Individuais. 5.2.2. Técnicas de Agregação de Demandas Individuais já Propostas. 5.3. Rigidez Formal. 5.4. Motivação. 5.5. Democratização do Processo. 6. Conclusões. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O tema do controle jurisdicional de políticas públicas tem sido muito estudado no Brasil nos últimos anos. Trata-se de tema bastante complexo e polêmico e são muitos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito. A discussão, para além do aspecto jurídico, impõe debates sobre questões axiológicas, tais como as características do modelo de Estado vigente e o papel do Poder Judiciário na sociedade brasileira.

Este trabalho não tem por objetivo tomar posição nesse debate, pois isso seria tarefa incompatível com um relatório geral nacional. Seu intuito é mais modesto, mas nem por isso mais fácil. Pretende-se com este estudo apresentar ao leitor um panorama geral da discussão doutrinária e jurisprudencial no direito brasileiro sobre o tema da judicialização da política.

Para tanto, alguns recortes metodológicos foram feitos e algumas limitações consciente e previamente assumidas. Não serão realizadas citações de doutrina estrangeira no presente relatório, embora se reconheça sua influência no debate, com especial atenção à doutrina norte-americana, alemã e francesa. Quando for o caso, essa influência será mencionada, sem referência específica. O foco é a doutrina nacional e os posicionamentos desenvolvidos no Brasil.

* Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Promotora de Justiça no Estado de São Paulo, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e Membro do Centro Brasileiro de Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ.

Da mesma forma, por se tratar de relatório da experiência jurídica brasileira, será citada a lei, os projetos de lei e as decisões de Cortes brasileiras, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional, que nos últimos anos tem despontado como grande órgão político do Judiciário nacional. Não será abordado o direito estrangeiro, a não ser de forma reflexa, nos casos em que tenha servido de inspiração para o desenho do modelo nacional.

Para alcançar seu objetivo, este relatório se estrutura da seguinte forma: (i) inicialmente, define o que a doutrina brasileira entende por política pública, objeto de controle judicial; (ii) aborda a discussão sobre modelo de Estado que pauta a definição do papel do Poder Judiciário na sociedade brasileira, em especial após a promulgação da Constituição de 1988; (iii) discute limites e os parâmetros geralmente apontados para a referida atuação; (iv) apresenta dificuldades do modelo processual brasileiro em lidar com as questões envolvendo políticas públicas.

2. O Conceito de Políticas Públicas

Como este relatório pretende apresentar o panorama do direito brasileiro no debate acerca do controle judicial de políticas públicas, o primeiro passo ser dado é definir seu objeto de estudo. Nesse sentido, a doutrina brasileira costuma acatar e repetir a conceituação de políticas públicas dada por Maria Paula Dallari Bucci. Segundo a autora:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.¹

¹ Maria Paula Dallari Bucci, O conceito de política pública em direito, p. 39. Adotam esse conceito Luís Francisco Aguilar Cortez, *Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas*, p. 287; Juliana Maia Daniel, *Discrecionalidade administrativa em matéria de políticas públicas*, p. 114; Cesar Augusto Alckmin Jacob, *A 'reserva do possível': obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba*, p. 243. Características do conceito também são mencionadas por Eduardo Appio, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, p. 134.

Esse conceito salienta aspectos importantes da noção de políticas públicas. Em primeiro lugar, políticas públicas não são uma categoria criada pelo direito, mas sim o conjunto de arranjos complexos que o direito tenta explicar ou mesmo regular.² Daí a dificuldade do direito em lidar com esse tipo ideal.

Trata-se de um *programa* no sentido de “desenho” de uma política. Isso significa que políticas públicas são um planejamento racional e integrado, no qual deve constar os objetivos, instrumentos de concretização, instrumentos de avaliação, mecanismos de financiamento, arranjos político-administrativos, dentre outros, da política que se pretende implementar.

O programa, ainda, é uma *ação coordenada* que busca dar eficácia à atuação do Estado na consecução de seus objetivos sociais. Não pode, portanto, limitar-se à elaboração de um desenho, mas sim intentar sua efetiva concretização.

Por fim, no conceito acima exposto, fica clara a dimensão *processual* do conceito de políticas públicas. Não se trata de um ato isolado do Poder Público, mas sim de um conjunto de atos coordenados ao atingimento de uma finalidade predefinida.

Quando se discute, portanto, a atuação do Poder Judiciário em políticas públicas, debate-se fenômeno complexo, que corresponde à intervenção de um órgão diverso (Judiciário) dos geralmente responsáveis pelo planejamento e execução dos programas do Estado (Legislativo e Executivo), tanto na criação de determinada política, quanto na correção de programas já traçados. Essa possibilidade de intervenção surge e se incrementa no século passado, em especial na transição de um modelo de Estado Social para Estado Democrático de Direito, mas não desacompanhada de críticas e questionamentos quanto a sua legitimidade. É justamente do fenômeno sócio-político-jurídico que permitiu a intromissão do Judiciário nas políticas públicas que se tratará a seguir.

3. O Modelo de Estado Brasileiro e o Papel do Poder Judiciário

A doutrina majoritária sustenta que o modelo do Estado brasileiro é o de um Estado Democrático de Direito. Essa conclusão se funda no texto da Constituição Brasileira de 1988 que nos artigos 1º a 4º define o Brasil como um Estado Democrático, um Estado Federativo, um Estado Social e um Estado de Direito.³

² Segundo Maria Paula Dallari Bucci: “Embora estejamos raciocinando há algum tempo sobre a hipótese de um conceito de políticas públicas em direito, é plausível considerar que não haja um conceito *jurídico* de políticas públicas. Há apenas um conceito de políticas públicas que servem os juristas (e os não juristas) como guia para o entendimento das políticas públicas e o trabalho nesse campo. Não há propriamente um conceito jurídico, uma vez que as categorias que estruturam o conceito são próprias ou da política ou da administração pública” (*O conceito de política pública em direito*, p. 47).

³ Para José Afonso da Silva, a “superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia ante o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao *Estado Democrático de Direito* que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado.” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 116).

O Estado Democrático de Direito é aquele que veio como sucessor do Estado Social de Direito. O modelo de Estado Democrático é fundado principalmente na ideia de participação popular e na busca em aliar a noção de direito à de justiça material.⁴ Nesse modelo, salienta-se o papel dos princípios jurídicos, como incorporadores dos valores constitucionais, constitutivos de um modelo normativo sujeito a ponderações e acomodações de interesses públicos legítimos.⁵

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário assume novas funções e tem o seu perfil alterado. A própria configuração de equilíbrio entre poderes é reestruturada, de forma a dar maiores poderes ao Judiciário e instrumentalizá-lo para o desempenho das suas novas tarefas. Nesse novo cenário, as questões referentes a valores e escolhas públicas começam a ser trazidas para a apreciação jurisdicional, tornando o Poder Judiciário uma instância política, que, dentre outras atividades, passa a apreciar aspectos substanciais do ato administrativo, levando em consideração ponderações de ordem axiológica e ideológica.⁶

⁴ “No cenário dos direitos humanos desponta a reação contra risco da presença esmagadora do Estado. A título de servir ao homem e à coletividade, o Estado ameaça tornar-se opressivo, substituindo a personalidade pela uniformidade. No painel da liberdade, acendem-se as luzes de advertência ao perigo do autoritarismo. Ao abuso do direito individual ou aos malefícios da concentração econômica, que a lei habilita o Estado a prevenir ou reprimir, sucede-se o abuso da burocracia, perante a qual podem ficar desarmados tanto as pessoas como os próprios setores da sociedade. A era dos direitos sociais, na qual o Estado passa a responder pela segurança de uma parcela da sociedade contra os infortúnios da vida, faz proliferar os órgãos do serviço público. No entanto, a consciência, que se generaliza, de que a expansão do poder do Estado constringe a liberdade e padroniza a sociedade, não se limita à criatividade de meios de defesa da privacidade do indivíduo e do espírito de iniciativa, aquilo a que chamamos a polícia do poder. Assistimos a um progressivo retorno aos fundamentos do liberalismo, sem prejuízo das conquistas da justiça social. Há um sensível espírito de desmassificação da sociedade, uma revolta contra as hierarquias e burocracias dominantes. A par da ressurreição do liberalismo, como sentido da existência do homem e da reconquista da felicidade, começa também a se difundir o sentimento de participação, que se torna a bandeira da reforma social. O caminho ficou aberto para uma nova solução liberal. O novo liberalismo soma os valores tradicionais da igualdade e da liberdade com o dever de solidariedade. Restaura o valor do indivíduo como finalidade, mas dele cobra os deveres de uma vida solidária e participativa” (Caio Tácito, *Princípio da legalidade e poder de polícia*, p. 43).

⁵ “A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício” (José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 124).

⁶ “Em nossos dias, o acesso à justiça desses direitos subjetivos públicos e liberdades públicas através de ações coletivas está se constituindo na grande dificuldade a ser enfrentada pelo processo civil e pelo Poder Judiciário. A título exemplificativo, considere-se que pela ação civil pública processo é chamado a operar como instrumento regulador de massas de interesses metaindividuais, respeitantes a temas complexos e controversos, como ecologia, consumidores ou patrimônio cultural; pela ação popular o processo é chamado a operar como um instrumento para um diferenciado *controle externo* da gestão da coisa pública, pela iniciativa de um integrante da sociedade civil, para além, portanto, do *controle interno* imanente a toda Administração, e mesmo do *controle externo institucional*, feito pelos Tribunais de Contas, órgãos de auxílio técnico do Poder Legislativo (CF, art. 71). E o Poder Judiciário, como destinatário das ações que envolvem interesses sociais de largo espectro, é instado a tomar posição acerca de temas que muitas vezes constituem verdadeiras *escolhas políticas*, como, p. ex.: ter que definir qual o valor prevalecente

O Poder Judiciário gradativamente deixa de ter uma ação meramente reparatória ou preventiva de direitos subjetivos lesionados ou ameaçados de lesões e passa a exercer uma atividade programática, no sentido de buscar, com sua atuação, transformar a realidade social, dando concreção a comandos constitucionais.

As causas apontadas para essa alteração de perfil do Poder Judiciário são várias, todas elas lastreadas no desenho institucional traçado pela Constituição de 1988. Algumas delas serão sistematizadas abaixo. Como natural em toda sistematização, porém, as causas abaixo serão apresentadas de forma simplificada. Isso não significa que se trate de fenômenos pouco complexos, sequer autônomos e independentes entre si e em relação a outros fatores sociais, políticos e jurídicos próprios da pluralidade das sociedades contemporâneas.

3.1. O Judiciário como Instituição de Contenção do Executivo

Como é geralmente repetido pelos estudiosos da teoria do Estado, o Estado Liberal de Direito não foi capaz de garantir aos membros da sociedade o direito fundamental igualdade e, por isso, foi sucedido pelo modelo de Estado intervencionista, o *Welfare State*, Estado de Bem-Estar ou o Estado Social de Direito.⁷ O Estado Social de Direito surge no século XIX e se consolida após a 2ª Guerra Mundial. A esse Estado é dada a missão de garantir a igualdade dos cidadãos, por meio da intervenção direta na ordem econômica e social, antes de domínio dos particulares. É no Estado Social que começa a fazer sentido a noção de políticas públicas.

No âmbito normativo, o fenômeno intervencionista gera a publicização do direito como um todo e o reconhecimento de que o interesse público tem primazia sobre qualquer outro interesse. É a ideia de socialização, pela qual o bem comum substitui o individualismo outrora imperante. O direito, entretanto, desvincula-se da ideia de justiça. É a lei que faz o justo e não o justo que faz a lei. A lei é uma ordem, que emana de uma norma positivada no ordenamento jurídico. A lei perde, ainda, muito do seu caráter de abstração e generalidade e se politiza, pois passa a ser um dos instrumentos utilizados pelo Estado para a concretização de políticas públicas.⁸

entre a preservação da cobertura vegetal ou a construção de uma estrada na floresta; ou ter que emitir um juízo de valor quanto a saber se certo imóvel tem ou não notável importância histórica ou arquitetônica, em ordem a aferir quanto ao acerto de seu tombamento administrativo. É isso, para não tocarmos, por ora, em pontos ainda mais delicados como o dos *limites* do contraste jurisdicional sobre a conduta do administrador, em hipótese como a dos atos puramente políticos, ou apenas discricionários ou ainda a questão da *moralidade administrativa*, agora inserida expressamente como fundamento autônomo de ação popular (CF, art. 5º, LXXIII)". (Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação popular*, p. 33-34).

⁷ Com o advento do século XIX e a Revolução Industrial, as grandes empresas se transformaram em grandes monopólios e propiciaram o surgimento do proletariado, nova classe social que vivia em condições de pobreza intensa. Verificou-se naquele momento que a total abstenção do Estado do cenário socioeconômico era danosa e servia para possibilitar a ampliação de desigualdades.

⁸ Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "Quando, por influência dos socialistas e cristãos-sociais, se veio a entender o Estado como providência dos malsucedidos, começou-se a abandonar a fórmula setecentista do Estado de Direito. O Estado-Providência, preocupado em dar a todos condições adequadas de vida, intervém no domínio econômico e social. Tende, por isso, a reduzir a autonomia individual e, tomado de racionalismo (no que é digno herdeiro do pensamento setecentista), quer ordenar os mais diferentes setores da vida social. Continua a agir por meio de lei, mas a concebe como um meio, tão somente. O seu

O Poder Judiciário, por seu turno, tem seu controle esvaziado, pois não mais analisa a justiça das leis emanadas do Poder Legislativo, mas somente sua perfeição formal.

Como consequência da crescente intervenção estatal, o Estado se torna um prestador de serviços, o que leva a um acréscimo considerável dos poderes do Executivo e a um novo delineamento do princípio da separação dos poderes. Ante a necessidade de agilidade, o Poder Executivo, ainda, passa a ter função normativa, o que se consubstancia no Brasil por diversas técnicas, dentre elas, o poder de iniciativa do processo legislativo, a delegação legislativa e a edição de regulamentos. A complexidade e a lentidão do processo legislativo, incompatível com as novas atividades desempenhadas pelo Estado, autorizam esta transferência de funções.

Esse modelo intervencionista, que dotou o Poder Executivo de poderes excepcionais para a consecução dos fins do Estado redundou, em vários Estados ocidentais e, em especial, no Estado brasileiro, na ruptura do Estado de Direito, com a instauração de período ditatorial. A hipertrofia do Executivo, nesse sentido, rompeu o equilíbrio entre os poderes do Estado e permitiu períodos de exceção.⁹

O Estado Democrático de Direito sucede esse período ditatorial e representa o restabelecimento do equilíbrio entre os três Poderes. Uma das principais características desse novo modelo de Estado é o aumento de poderes do Judiciário. Se na concepção original, esse Poder foi idealizado como “nulo”, mera “boca da lei”, houve um movimento no sentido de transferir a ele a importante e essencial função de controlar, em maior ou menor grau, o desempenho das funções do Poder Executivo e Legislativo. Realmente, dentro da nova configuração dos freios e contrapesos de Poderes, haveria de ser desenhada alguma forma de fiscalização das novas atividades de que se apropriou o Poder Executivo, quando do surgimento do Estado Social de Direito. Se a ele foram concedidas novas funções e, em consequência, acrescidos seus poderes, necessário se tornou o desenvolvimento de uma esfera limitadora de eventuais arbítrios e abusos que se verificassem na realidade fática. Caso contrário, haveria risco de novo desequilíbrio entre os Poderes do Estado. Coube ao Judiciário essa função.

Além de responsável pelo controle do Poder Executivo, ao Poder Judiciário, ainda, foi dada a função de controle da atuação do Poder Legislativo. Nesse sentido, o Estado brasileiro adotou modelo misto de controle de constitucionalidade de leis (difuso e concentrado), influenciado tanto pelo sistema norte-americano (*judicial review*), quanto pelo sistema austríaco. A omissão legislativa também pode ser controlada por via de mecanismos como o mandado de injunção, cada vez mais utilizado na realidade brasileira (art. 102, *q*, CF).

conteúdo é o que convém, ou parece convir, em dado momento, para alcançar-se determinado objetivo” (*Estado de Direito e Constituição*, p. 40).

⁹ Não se sustenta aqui que todos os Estados estruturados em um modelo intervencionista tenham vivido períodos de exceção. Muitos Estados ocidentais possuíam Instituições sólidas o bastante para fazer frente a um Executivo inchado e impedir o surgimento de regimes autoritários (v. p. ex. os EUA, Inglaterra, França, dentre outros). Mas os regimes autoritários foram uma regra na América Latina e o Brasil foi um exemplo deste fenômeno.

O Poder Judiciário brasileiro pós-constituição, como visto, assumiu novas funções e teve o seu perfil alterado. A Constituição Federal de 1988 inaugura um novo modelo de Estado e, conseqüentemente, reestrutura o equilíbrio entre seus Poderes, com sistema de freios e contrapesos específico, compatível com o atual momento histórico.¹⁰

Assim, a Constituição Federal introduz a separação de poderes como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, CF) no Estado Brasileiro. Todavia, na realização do desenho institucional de cada um dos Poderes do Estado, dota o Poder Judiciário de uma gama extensa de atribuições (art. 92, CF). Segundo a Carta Magna, cabe ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das leis federais (art. 102, a, CF), o julgamento das ações coletivas (art. 129, III, CF) e, ainda, o controle dos atos administrativos em alguns aspectos que vão muito além da mera legalidade (art. 5º, inciso LXXIII, CF).¹¹ Cabe a este Poder, ainda, controlar as omissões administrativas na implementação dos direitos sociais que positiva e garante, afinal, que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será afastada de apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF).

¹⁰ Como ensina Anna Cândida da Cunha Ferraz, “a doutrina da separação de poderes, na sua interpretação e aplicação, evoluiu desde os dois séculos de sua formulação, passando de uma concepção rígida da distinção dos poderes para uma flexibilização cada vez mais acentuada das cláusulas-parâmetros (...) a teoria da separação dos poderes importa, assim, a identificação das funções estatais e a sua atribuição a órgãos independentes, segundo critérios de especialização funcional. Se a especialização obedece a critérios mais ou menos rígidos, a identificação das funções estatais, embora se curve a circunstâncias do momento histórico considerado, e por isso mesmo se apresente razoavelmente modificada e distante da formulação original, ainda segue a tricotomia ditada por Montesquieu”. (*Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*, p. 16-17). No mesmo sentido, José Afonso da Silva ensina que “hoje, o princípio (da divisão de poderes) não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*”. (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 113).

¹¹ “Em nossos dias, o acesso à justiça desses direitos subjetivos públicos e liberdades públicas através de ações coletivas está se constituindo na grande dificuldade a ser enfrentada pelo processo civil e pelo Poder Judiciário. A título exemplificativo, considere-se que pela ação civil pública processo é chamado a operar como instrumento regulador de massas de interesses metaindividuais, respeitantes a temas complexos e controversos, como ecologia, consumidores ou patrimônio cultural; pela ação popular o processo é chamado a operar como um instrumento para um diferenciado *controle externo* da gestão da coisa pública, pela iniciativa de um integrante da sociedade civil, para além, portanto, do controle *interno* imanente a toda Administração, e mesmo do *controle externo institucional*, feito pelos Tribunais de Contas, órgãos de auxílio técnico do Poder Legislativo (CF, art. 71). E o Poder Judiciário, como destinatário das ações que envolvem interesses sociais de largo espectro, é instado a tomar posição acerca de temas que muitas vezes constituem verdadeiras *escolhas políticas*, como, p. ex.: ter que definir qual o valor prevalecente entre a preservação da cobertura vegetal ou a construção de uma estrada na floresta; ou ter que emitir um juízo de valor quanto a saber se certo imóvel tem ou não notável importância histórica ou arquitetônica, em ordem a aferir quanto ao acerto de seu tombamento administrativo. E isso, para não tocarmos, por ora, em pontos ainda mais delicados como o dos *limites* do contraste jurisdicional sobre a conduta do administrador, em hipótese como a dos atos puramente políticos, ou apenas discricionários ou ainda a questão da *moralidade administrativa*, agora inserida expressamente como fundamento autônomo de ação popular (CF, art. 5º, LXXIII)”. (Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação popular*, p. 33-34). Ada Pellegrini Grinover, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 30-31 e Kazuo Watanabe, *Processo civil de interesse público: introdução*, p. 20, também sustentam que os interesses metaindividuais tornam o Judiciário uma instância política.

A Constituição Federal, portanto, sem dúvida alguma, reconheceu ao Poder Judiciário a possibilidade de decidir sobre políticas públicas e garantir a observância dos valores por ela eleitos como predominantes na sociedade brasileira.

Nesse sentido, em decisão monocrática em Ação Declaratória de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), o Ministro Celso de Mello reconheceu que Judiciário é ente “idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando “previstas no texto da Carta Política (...) venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República”. O Ministro da Suprema Corte entende que a possibilidade de decisão pelo Judiciário de questões envolvendo políticas públicas:

Põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional (STF, ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/05/04).

3.2. O Movimento de Constitucionalização dos Direitos Sociais

Ao modelo de Estado Democrático de Direito são geralmente relacionados os movimentos de constitucionalização dos direitos sociais, o que ocorre também no Brasil. Esse movimento do direito pátrio é fenômeno apontado como uma reação ao já citado período autoritário das décadas de 1960 e 1970 do século passado, que se viabilizaram em uma estrutura normativa positivista, que não permitia questionamentos sobre o conteúdo substancial das normas jurídicas.

Nesse sentido, é apontada uma alteração na estrutura normativa brasileira após a abertura democrática, reflexo de um movimento mundial de reaproximação da noção de direito natural, sem abandono do direito positivo (modelo pós-positivista). O Estado Democrático de Direito, nessa nova lógica normativa, deve se submeter à lei e ao direito, ou seja, não somente à lei em sentido formal, mas a todas as fontes de direito. Os princípios jurídicos passam a ter importante papel, como normas garantidoras dos direitos constitucionais fundamentais e sociais. Como consequência, há um aumento do controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos, pois resta necessário avaliar sua adequação principiológica.

Como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Essa restauração do Estado do Direito reclama em primeiro lugar que a lei seja necessariamente expressão da Justiça. Para isso, é preciso que no procedimento de sua edição haja um órgão que afira o conteúdo da norma proposta em função da concepção de justiça que prevalece na comunidade. Este órgão deve obviamente ser formado, não por aqueles que se preocupa com a política e sim por aqueles que se dedicam ao Direito. São estes que guardam, identificam, apreendem o sentido de justiça que cada povo necessariamente tem. E como pela experiência se comprova que o mais ilustrado dos legisladores se equivoca, deve existir uma garantia contra o erro, erro que consagra a injustiça, prevendo-se um controle judicial sobre todos os atos normativos.¹²

Dentro desse movimento de reaproximação da noção de justo, a Constituição Federal brasileira de 1988 optou por positivar tantos os direitos fundamentais civis e políticos (art. 5º e 14, CF), como os direitos fundamentais sociais (arts. 6º). A maior parte desses direitos ganhou estrutura normativa de princípios, sujeitos, portanto, a ponderação dos aplicadores do direito quando da sua efetivação. Uma vez positivados na Constituição, os direitos fundamentais se tornaram estrutura básica do Estado brasileiro e da sociedade. Transformaram-se, portanto, em elementos limitadores da ação estatal que deve refletir e se harmonizar com os valores jurídicos e políticos constitucionalmente reconhecidos.¹³ A ação estatal passou a se legitimar pelo seu conteúdo e pela sua correspondência com o modelo axiológico constitucionalmente desenhado e “somente são soberanas as leis que constituam manifestação externa das exigências de racionalidade e de liberdade, não da vontade arbitrária daqueles que detém o poder”.¹⁴

Mas o fenômeno da constitucionalização, em especial dos chamados *direitos fundamentais sociais*,¹⁵ também se deve à busca na sociedade moderna pela concretização do valor igualdade e da preservação de condições mínimas e elementares para a vida e o desenvolvimento humano. Os direitos fundamentais sociais exigem por parte do Estado não somente o dever de abstenção (p. ex. dever de não tributação de condições sociais mínimas), mas principalmente o dever de prestação. Nessa lógica, o Estado estaria obrigado a garantir aos indivíduos prestações materiais mínimas. A estrutura dos direitos sociais, portanto, inverte o raciocínio protetivo do Estado. Para a proteção de um direito social, é necessário agir e não se omitir. Essa ação, ainda, é passível de ser judicialmente exigida.

¹² Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Estado de Direito e Constituição*, p. 61-62.

¹³ Eduardo Cambi, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 26.

¹⁴ Eduardo Cambi, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, p. 26.

¹⁵ Ricardo Lobo Torres sistematiza o debate doutrinário sobre o tema da relação entre direitos fundamentais e direitos sociais da seguinte forma: 1) há os que veem simbiose entre direitos fundamentais e sociais; 2) há os que sustentam a indivisibilidade dos direitos humanos, compostos tanto pelos direitos fundamentais, quanto pelos direitos sociais; e 3) há os que reduzem a jusfundamentalidade dos direitos sociais à ideia de mínimo existencial. Essa última posição é a defendida pelo autor (*O direito ao mínimo existencial*, p. 43).

No Estado Democrático de Direito, portanto, o Poder Judiciário passou a ter a função de dar concretude aos direitos fundamentais e sociais constitucionalmente positivados, após a devida provocação dos cidadãos interessados em preservar seus direitos e, reflexamente, participar da vida pública. O processo participativo ocorre graças ao caráter *aberto* da Constituição que permite aos litigantes a realização de interpretações do conteúdo dos direitos fundamentais.¹⁶

No atual contexto institucional, portanto, o Poder Judiciário tem destaque na transformação da realidade social, dando concreção a comandos constitucionais.¹⁷ O Poder Judiciário em especial, passa a ter uma responsabilidade finalística e prospectiva e se transforma ator corresponsável pela consecução, pelo Estado, de suas finalidades maiores, previstas pela Constituição Federal. Na sociedade de massa, pluralista por natureza, não raro se conflitam interesses antagônicos, porém legítimos, de grupos sociais diversos. A definição de qual interesse conflitante deva prevalecer em determinado caso concreto é tarefa de natureza eminentemente política que, na tradição histórica, sempre se atribuiu aos Poderes Legislativo e Executivo. Repassou-se também ao Poder Judiciário a incumbência de definir no caso concreto, qual entre vários interesses deverá ser reconhecido como sendo interesse público e, consequentemente, tutelado pelo ordenamento jurídico.¹⁸

¹⁶ “A jurisprudência de valores alemã – que vai influenciar o constitucionalismo português e espanhol e, por esta via, o brasileiro – equipara princípios e normas constitucionais a valores e, nesse sentido, defende a ideia de que a Constituição, enquanto projeto, traduz a identidade e história comuns, e também um compromisso com certos ideais compartilhados. Ao mesmo tempo, muitos dos autores que integram tal corrente acreditam que a concretização da Constituição, enquanto consenso social sobre valores básicos compartilhados, depende não apenas de um Judiciário cuja função primordial é estabelecer uma aproximação entre o direito e a realidade histórica, mas fundamentalmente de formas democráticas de participação comunitária nos assuntos públicos. Em outras palavras, o processo de concretização da Constituição envolve necessariamente um alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, na medida em que devam tomar parte do processo hermenêutico todas as forças políticas da comunidade (...) É, portanto, por via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que se processa a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa. Em outras palavras, a *abertura constitucional* permite que cidadãos, partidos políticos, associações etc. integrem o círculo de intérpretes da Constituição, democratizando o processo interpretativo – na medida em que ele se torna aberto e público – e, ao mesmo tempo, concretizando a Constituição”. (Gisele Cittadino, *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*, p. 23 e 31).

¹⁷ Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “Na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi *realizado*, mas como ele se *realizará*. A civilização tecnológica, nesses termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de governo, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo jurídico, o tribunal uma instância de julgamento e responsabilização dos homens por seus atos, pelo que ele fez, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um “julgamento” do que ele é e poderá fazer. É nesse quadro de projeção do sentido do direito para o futuro, para sua razoabilidade mais do que para sua consciência pré-constituída, que se há de entender o advento do chamado estado de bem-estar social” (*O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência?*, p. 18). No mesmo sentido, ainda, José Reinaldo de Lima Lopes, *Crise da norma jurídica e reforma do Judiciário*, p. 70 e Ada Pellegrini Grinover para quem “a via jurisdicional torna-se necessária na tutela dos interesses difusos, principalmente onde se perceba a necessidade de uma correção eficiente de sistemas que ainda opõem dificuldades e obstáculos à obtenção de resultados, que já deveriam ter sido alcançados pelos processos de mediação política” (*A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 35).

¹⁸ Já decidiu o STF, por exemplo, que “(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro

3.3. Restrição do Âmbito da Discricionariedade dos Atos Administrativos

Outra causa, intimamente relacionada com as anteriores e normalmente apontada como viabilizadora do controle judicial de políticas públicas, foi a ampliação do espectro de controle da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário. A teoria clássica do direito administrativo, fundada na noção de separação de poderes montesquiana, sustentava que o Judiciário não podia se imiscuir no mérito do ato administrativo, que correspondia à margem de liberdade dada ao administrador para a escolha política, pautada em critérios de oportunidade e conveniência.

A doutrina mais recente, todavia, fundada em decisões do Conselho de Estado francês, superou tal empecilho desenvolvendo a teoria do desvio de poder. Segundo essa teoria, a Administração tem por finalidade buscar o interesse público. Essa finalidade é suprema e não pode ser afastada. Se o ato administrativo foi realizado com finalidade outra, ele padece de vício insanável. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello “*entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição*”.¹⁹ Dá-se, portanto, conteúdo teleológico ao ato administrativo. Assim, se o administrador age em desacordo com a finalidade pública prevista para determinado ato administrativo, age de forma ilícita, pois está utilizando-se de meios lícitos para atingir finalidades não previstas pelo direito.

O importante é que, como a finalidade é um dos elementos do ato administrativo, sua correta observância pode ser apreciada pelo Poder Judiciário. De fato, o desvio de poder é uma espécie de vício do ato administrativo que pode e deve ser controlada por via jurisdicional. Com a construção do desvio de poder, observa-se, a doutrina administrativista brasileira leva para a seara jurisdicional a ponderação sobre aspectos discricionariedade dos atos administrativos, restringindo o âmbito de liberdade do administrador. Essa restrição do âmbito da discricionariedade administrativa ocorre tanto com relação a condutas comissivas quanto omissivas do Poder Público, pois a inércia do administrador pode constituir desrespeito a imperativos constitucionais (contrária ao interesse público) de forma indireta.²⁰

e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquele que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes (...)” (AGRRE 271.286-8/RS). Escolheu, portanto, diante do caso concreto, qual valor de interesse público deveria prevalecer.

¹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 56. No mesmo sentido, Pedro Estevam A.P. Serrano, *Desvio de poder na função legislativa*, p. 44 e ss.

²⁰ Como já salientado pelo mesmo STF: “o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal, quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público (...). A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já entendeu que a prioridade dada pela Constituição, por exemplo, para a atuação dos Municípios em educação infantil (art. 211, §2º) “representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social (...)” (RE 410.715-Agr/SP). Verifica-se, portanto, que à medida que o Supremo Tribunal Federal amplia as hipóteses de julgamentos políticos, reconhece a restrição inafastável da discricionariedade administrativa que sua atividade gera.

4. Limitações para a Intervenção do Poder Judiciário em Políticas Públicas

Vê-se que por fatores de diversas ordens (sociais, institucionais, jurisdicionais etc.) o Poder Judiciário na atualidade assume uma função diferenciada no desenho institucional do Estado Democrático de Direito brasileiro e passa a decidir sobre políticas públicas. Nenhum Poder do Estado, porém, é absoluto e ilimitado. A principal questão que se coloca hoje, diante do atual perfil do Poder Judiciário é: quais os limites para a análise judicial de questões que envolvam a definição de políticas públicas?

Mesmo os autores que sustentam a possibilidade ampla de controle judicial de políticas públicas, reconhecem a excepcionalidade dessa atuação, que pertence, prioritariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo.²¹ Há uma série de argumentos apontados nesse sentido. Em primeiro lugar, há de se ressaltar o fato de os magistrados, pelo sistema brasileiro, ingressarem na carreira jurídica por concurso público de provas e títulos, sem qualquer participação popular na seleção, ao contrário do que ocorre nos demais Poderes. Essa diferença na maneira de condução ao cargo não serve para afastar de forma absoluta a participação do Poder Judiciário em escolhas políticas, principalmente diante do atual desenho institucional do Estado, como já exaustivamente descrito acima. Todavia, traz importante questionamento quanto à legitimidade de uma ampliação excessiva dessas novas funções jurisdicionais.

extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido de maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno).

²¹ Em julgamento já mencionado acima, que decidiu pela condenação municipal ao atendimento de crianças de zero a seis anos em creches, o STF deixou claro que: “não se incluiu, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, como adverte a doutrina (MARIA PAULA DALLARI BUCCI, “Direito Administrativo e Políticas Públicas”, 2002, Saraiva), o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional” (STF, 2ª Turma, AGRRE 410.715-2/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/05).

Além disso, também se costuma a apontar a falta de preparo dos operadores do direito e do Judiciário para lidar com demandas versando sobre políticas públicas. Nesse sentido, a formação jurídica nas faculdades e universidades brasileiras não ensina os bacharéis a tratarem de demandas complexas e que trazem ponderações que vão muito além da simples subsunção do fato à norma. E são os advogados, promotores e juízes formados por esses currículos tradicionais que acabam sendo incumbidos de trazer à apreciação e decidir causas que dependem de formação diferenciada e interdisciplinar. Por esses motivos, muitas vezes questões importantes, como a universalização dos direitos sociais (medicamentos, vagas em escola, transporte etc.), são esquecidas diante de uma demanda individual formulada nos moldes liberais de “Caio X Tício”. É difícil para os operadores do direito lidar com a ponderação própria do administrador de que, quando se trata de políticas públicas, todas as escolhas implicam consequências favoráveis a uns e desfavoráveis a outros. Ao se deslocar determinada verba pública para uma área ou indivíduo, outra certamente ficará descoberta.

A doutrina brasileira reconhece, portanto, que a função jurisdicional possui limitações e que cabe principalmente aos Poderes Executivo e Legislativo a decisão sobre escolhas políticas. Em outros termos, se é inevitável a politização do Poder Judiciário e a restrição da margem de discricionariedade do poder público e da liberdade do administrador diante do caso concreto, a intervenção jurisdicional também não pode ser indiscriminada, pois ela possui limitações próprias, decorrentes da sua própria natureza e do formato do modelo processual civil atualmente vigente, como se verá a seguir. Assim, a intervenção jurisdicional deve ocorrer em casos excepcionais, ou seja, naqueles em que restar comprovada ilegalidade ou desvio de finalidade/poder na atuação do administrador público. A atividade jurisdicional deve-se pautar, sempre, por um critério de *razoabilidade* ou *proporcionalidade*, ou seja, deve ser realizada ponderação sobre os meios disponíveis e os fins almejados.

Embora se reconheça a natureza extremamente fluída e subjetiva, a ideia de proporcionalidade é geralmente apontada como critério para a limitação da atuação jurisdicional sobre políticas públicas. Sustenta-se ser imprescindível que o magistrado, quando da apreciação de ato do administrador público, verifique sua razoabilidade. Não cabe ao Poder Judiciário rever atos razoáveis, que sejam adequados aos princípios e regras vigentes no ordenamento jurídico, ainda que, no caso concreto, conclua o magistrado que, fosse ele o agente público, teria tomado decisão diversa, também razoável. Nesses casos, ou seja, quando dentre várias possibilidades tenha sido escolhida política pública apropriada e de acordo com o modelo jurídico vigente, a decisão do administrador deve ser mantida.

É esse o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, que tratando do tema da intervenção do Poder Judiciário sobre políticas públicas defende que:

(...) por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis. E assim estará apreciando, pelo lado do Autor, *a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público*. E, por parte do Poder Público, *a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada* (...). Em conclusão, a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade.²²

A proporcionalidade/razoabilidade, portanto, é apontada pela doutrina brasileira como importante critério de delimitação da atuação do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas. Esse critério vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal como instrumento para aferir a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em questões políticas. Em julgamento monocrático, por exemplo, a Ministra Ellen Gracie suspendeu a segurança concedida pelo Tribunal de Justiça do Alagoas que determinou que o Estado alagoano fornecesse a toda a população os medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados. Segundo a Ministra, a ordem do Tribunal *a quo* não se justificava na medida em que implicava uma diminuição da possibilidade de oferecimento de “serviços de saúde básicos ao restante da coletividade” (STA 91/AL), violando, assim, o princípio da universalidade do direito à saúde. Percebe-se, portanto, que a decisão do STF entendeu pela irrazoabilidade da decisão *a quo* e pela razoabilidade da atuação do Poder Executivo, motivo pelo qual cassou a intervenção jurisdicional.

Em já mencionado julgamento monocrático, o Min. Celso de Mello deixou claro que a razoabilidade é questão essencial para a verificação da atuação jurisdicional sobre políticas públicas. Entendeu ele que:

Os condicionamentos impostos, pela cláusula da reserva do possível, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

²² Ada Pellegrini Grinover, *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*, p. 47.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a da atuação do Poder Executivo. É que se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (STF, ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/05/04).

O acórdão acima descrito permite identificar outra limitação normalmente levantada para a intervenção do Judiciário em políticas públicas: a questão orçamentária. Normalmente, quando o Judiciário intervém na discricionariedade administrativa, principalmente em casos de omissão, nos quais se determina a concretização de algum direito social constitucionalmente previsto, há correspondente dispêndio de verba pública. Em alguns casos, essa verba estará indisponível e inexistirá o que se costuma chamar de *reserva do possível*.

Ocorre que Poder Público como um todo está adstrito a regras orçamentárias. Primeiramente, as condenações do judiciário ao pagamento de valores pecuniários devem respeitar o previsto no art. 100, CF, com a requisição para inclusão na lista dos precatórios. Além disso, as condenações a obrigações de fazer/não fazer que impliquem gastos exigem a existência de uma dotação orçamentária, ainda que genérica. Nesse sentido, dispõe a Lei Complementar nº 101/2000, em seu art. 16:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: (...)

II – declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I – adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício (...);

Assim, comprovada pela Administração a inexistência de qualquer previsão genérica orçamentária, seria impossível se exigir do Executivo o cumprimento imediato da condenação. Há autores que entendem, porém, que nesses casos, a questão se desloca para o âmbito do planejamento orçamentário, devendo o Poder Público primeiramente realizar a respectiva dotação e, na sequência, cumprir a obrigação.

Resumindo a esse entendimento, vale transcrever as palavras de Ada Pellegrini Grinover:

O Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo a transposição de verbas, o Judiciário ainda deverá determinar, em caso do descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública (a construção de uma escola ou de um hospital, por exemplo). Para tanto, o §5º do art. 461 do Código de Processo Civil servirá perfeitamente para atingir o objetivo final almejado. Desse modo, frequentemente a “reserva do possível” pode levar o Judiciário à condenação da Administração a uma obrigação de fazer em duas etapas: primeiro, a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e, em seguida à inclusão, à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação.²³

²³ Ada Pellegrini Grinover, *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*, p. 48.

O Supremo Tribunal Federal não ignora a questão orçamentária, quando da prolação de suas decisões em questões envolvendo políticas públicas. Em decisão monocrática, referendada pela Segunda Turma, também envolvendo o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches, o Ministro Carlos Veloso concedeu efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que condenou o Município do Rio de Janeiro a, no prazo de 30 dias, garantir a gratuidade do atendimento e, no prazo de um ano, ampliar o número de vagas a fim de atender 100% da demanda local. Segundo o Ministro, a decisão, numa primeira análise, violaria as normas constitucionais, pois implicaria a realização de despesas sem a devida autorização orçamentária (art. 167, CF) (Pet. 2.836-QO/RJ).

A alegação da reserva do possível, porém, possui uma limitação. É que para a maior parte da doutrina brasileira ela não pode ser oposta a pretensões individuais ou coletivas voltadas à garantia do que se convencionou chamar de *mínimo existencial*. *Mínimo existencial* é o conteúdo mínimo dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, que permite justiciabilidade imediata. Trata-se de discussão atrelada ao fenômeno de constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, pois voltada à definição de seu conteúdo essencial. Isso porque os direitos sociais, justamente por representarem realização material pelo Estado, têm custo muito superior em relação aos direitos civis e políticos.²⁴ A premissa, portanto, é pela impossibilidade de se garantir a fruição máxima desses direitos por todos os membros da sociedade, por inviabilidade econômico-financeira. Consequentemente, haverá a colisão entre direitos fundamentais que não poderão ser sempre igualmente realizados.

É preciso, para a resolução dos conflitos, estabelecer um patamar mínimo, um conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, até porque, em regra, é somente esse mínimo que poderá ser exigido do sujeito passivo Estado.²⁵ Esse conteúdo, quando voltado para a definição daquilo que é justiciável, ou seja, do direito com densidade normativa suficiente para garantir tutela pelo Poder Judiciário, é normalmente chamado de *mínimo existencial*.²⁶

²⁴ Como bem demonstrado por Virgílio Afonso da Silva, todo direito tem seu custo, inclusive os direitos chamados negativos, como os civis e políticos (p.ex. o custo para a estruturação e manutenção das instituições necessárias para a realização das eleições). O custo para a realização dos direitos sociais, porém, é bem maior. Segundo o autor, “basta comparar os custos decorrentes de decisões que obriguem o Estado a pagar remédios para o tratamento de pacientes portadores do HIV com decisões que obriguem o Estado a não interferir na liberdade de expressão ou de associação de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos. Pagar remédios, construir hospitais, construir escolas ou construir casas custa, sim, mais dinheiro do que exigir uma abstenção estatal, sobretudo se partirmos do pressuposto de que os gastos institucionais devem ser divididos por igual na *conta comum de todos os direitos*” (*O Judiciário e as políticas públicas...*, p. 593-594).

²⁵ Entende-se que somente o conteúdo essencial do direito que poderá ser exigido do Estado, em decorrência da mera previsão constitucional. Para além desse conteúdo essencial, é necessária a existência de algum arcabouço infraconstitucional que de densidade normativa suficiente ao direito social. V. Kazuo Watanabe, *Controle Jurisdicional de Políticas públicas...*, p. 217.

²⁶ Nesse sentido, é importante pontuar que a justiciabilidade de um direito social não é categoria processual, mas sim requisito para o julgamento favorável do mérito da demanda. Trata-se, portanto, de conceito pertencente ao direito material (V. Kazuo Watanabe, *Controle Jurisdicional de Políticas públicas...*, p. 216). O Anteprojeto de Controle Judicial de Políticas Públicas conceitua mínimo existencial como “o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição, em

É importante salientar a natureza garantidora do conceito de mínimo existencial no direito brasileiro que se, de um lado, consubstancia um parâmetro para a intervenção do Poder Judiciário, também representa um limite para a alegação de reserva do possível. Os Tribunais, nesse sentido, costumam reconhecer que a falta de condições financeiras ou mesmos restrições orçamentárias não podem ser opostas ao mínimo existencial.²⁷ Trata-se, portanto, de um limite do limite.

O STF, nesse sentido, já reconheceu a inoponibilidade da alegação de reserva do possível ao mínimo existencial:

“A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às

relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana” (art. 6º, *único*).

²⁷ A segunda Turma do STF, nesse sentido, quando do julgamento do agravo regimental contra decisão que deu provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, determinando o atendimento integral de crianças em creches no Município de Santo André (STF, 2ª Turma, AGRRE 410.715-2/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/05)), afastou a alegação de violação das normas constitucionais orçamentárias. Nos termos do acórdão: “Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, informativo/STF nº 345/2004). Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistérios doutrinários (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, “Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item nº 6, e p. 209/211. itens nºs 17-21, 2005, RCS Editora Ltda.), que cláusula da “reserva do possível” – pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de duas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação, ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (STF, 2ª Turma, AGRRE 410.715-2/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/05).

normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. – A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. – A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança” (STF, 2ª Turma, ARE 639337/ SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/8/11) (grifo nosso).

5. A Técnica Processual Adequada para o Tratamento de Questões Envolvendo Políticas Públicas

Feita essa breve exposição sobre as normas e arranjos institucionais permissivos do controle judicial de políticas públicas no direito brasileiro e seus parâmetros e limites, é o momento de voltar os olhos ao processo. Isso porque é sabido que o direito processual é instrumento de tutela do direito material e deve, portanto, buscar efetividade no desempenho de sua função. Para tanto, deve adaptar suas técnicas de forma a melhor atender os direitos por ele veiculados. Afinal, a “natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Isto é, a eficácia do sistema processual será medida em função da sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social”.²⁸

O modelo processual civil brasileiro possui limitações para o tratamento de questões envolvendo políticas públicas. As características desta espécie de direito material exigem a mudança da técnica processual e a redefinição de alguns aspectos da própria função judicial.

Nesse sentido, ensina Ada Pellegrini Grinover que,

²⁸ José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo*, p. 16.

é o dado político que altera o próprio conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivas, mas transformado em meio de solução de conflitos meta-individuais por isso mesmo tipicamente políticos. Assim como se modifica o conceito de processo, muda o de ação, a qual se transforma em meio de participação política, numa noção aberta de ordenamento jurídico, em contraposição à fechada rigidez que deriva das situações substanciais tradicionais. Nesse contexto, a ação consagra uma operação política do direito, provocada pela inadequação das técnicas tradicionais. E a jurisdição, atuando através de instrumentos renovados e impulsionada por um distinto poder, tem transmutada a sua própria finalidade funcional, que se desloca, da mera autuação do direito objetivo, para o papel promocional da aquisição de uma consciência do “coletivo” e do “social”. A tutela jurisdicional das situações não mais meramente individuais transforma-se na expressão de um modo de apropriação coletiva de bens comuns e, contemporaneamente, na manifestação de uma necessidade de participação, por intermédio da justiça.²⁹

Algumas das necessárias adaptações foram realizadas pelo legislador nas últimas décadas, especialmente pela estruturação do modelo coletivo de tutela de interesses metaindividuais que, no Brasil, encontra-se em estágio avançado, se comparado com outros ordenamentos jurídicos de *civil law*.³⁰ A doutrina brasileira, ainda, é bastante responsável pelo aprimoramento dos textos legais, pois desenvolve interpretações mais modernas e flexíveis das normas sobre o processo individual e coletivo. Outras mudanças, entretanto, ainda se mostram necessárias e dependerão de alteração do método empregado. Nesse sentido, existem estudos em andamento, em especial o Anteprojeto de Lei de Controle Judicial de Políticas Públicas, capitaneado pelos professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que ainda se encontra em fase de discussão com a comunidade jurídica e acadêmica brasileira. O que se fará a seguir será uma tentativa de sistematização de aspectos processuais que foram e precisam ser ajustados para o adequado tratamento processual dos conflitos envolvendo a judicialização de políticas públicas.

²⁹ Ada Pellegrini Grinover, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 30-31. Kazuo Watanabe também sustenta que os interesses metaindividuais tornam o Judiciário uma instância política, *Processo civil e interesse público: introdução*, p. 20.

³⁰ V. Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas: relatório geral – civil law*.

5.1. Alteração do Perfil da Função Judicial

O dado político, quando inserido na relação jurídica de direito processual, impõe uma alteração na postura do julgador, na medida em que envolve escolha sobre alocação de recursos escassos. O fato de o julgador estar amparado por algum recorte jurídico no momento dessa escolha não afasta a natureza política da decisão, pois um ordenamento jurídico complexo como o atual, muitas vezes permite escolhas variadas entre interesses públicos legítimos, a depender de premissas axiológicas que se estabeleçam.³¹

No desempenho dessa atividade político-jurídica, fica evidenciada a incorporação de algumas novas características à função judicial. Não é possível julgar conflitos sobre alocação de recursos públicos ou mesmo sobre reforma estrutural do Estado da mesma forma que se julgam conflitos subjetivos privados. A função judicial adaptada para a solução de demandas politizada possui perfil consequencialista, estratégico e mediador.

Consequencialista é a postura do magistrado que pondera sobre os efeitos materiais da sua decisão à sociedade. O juiz que decide sobre políticas públicas não pode ser alheio às complexidades e dificuldades de execução da sua decisão. Há limites jurídicos (p. ex., orçamentários) e fáticos (p. ex., financeiros) na atuação do Estado que podem vir a impedir a eficácia do mandamento contido da sentença. Há também dificuldades procedimentais (p. ex. necessidade de licitação para contratação) que dificultam o cumprimento de ordens judiciais em prazos exíguos e podem, inclusive, dar ensejo a desvios de conduta na administração. Mas, acima de tudo, há impactos diretos e indiretos gerados pelo próprio cumprimento da sentença judicial envolvendo a implementação de políticas públicas e que não podem ser ignoradas pelo juiz quando do julgamento. A definição judicial sobre políticas públicas implica mudança de rumos na gestão da administração e realocação de recursos públicos que podem vir a prejudicar programas em andamento. Tudo isso passa a ser levado em conta pelo juiz quando da decisão, de forma a equilibrar os valores em jogo e buscar um equacionamento mais adequado do conflito.

A função judicial, nesse novo contexto, passa também a ser *estratégica*. Essa característica se refere, em especial, à postura adotada pelo magistrado na execução de decisões envolvendo a implementação de políticas públicas, em especial em demandas coletivas. O cumprimento desta espécie de decisão é complexo e desloca para a fase satisfatória do processo um alto grau de atividade cognitiva. O objetivo é a concretização da política pública determinada pela sentença, mas até lá haverá muito a se decidir. Para que se chegue ao objetivo, deve o juiz traçar uma estratégia, um plano de atuação, incluindo a mediação entre as partes envolvidas, do que já advém a também necessidade de que o magistrado exerça uma função *mediadora*.

³¹ Sobre o fenômeno de politização do Poder Judiciário em função da judicialização de direitos sociais, v. Virgílio Afonso da Silva, *O Judiciário e as políticas públicas*, Ada Pellegrini Grinover, *O controle jurisdicional de políticas públicas*, José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos Sociais* e Carlos Alberto de Salles, *Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil*.

Exigir que o executado simplesmente cumpra o teor da decisão em determinado prazo (postura negativamente formalista), sem acompanhar esse cumprimento, seja diretamente, seja via um técnico nomeado para esta finalidade,³² torna as chances de êxito da execução pequenas. A execução precisa, nesses casos, da elaboração de um plano específico, porém flexível e sujeito eventuais adaptações que se façam necessárias. Deve, também, ter o acompanhamento detido pelo juiz do cumprimento do plano e dos prazos. Esse é o juiz estrategista.

Por fim, o juiz que decide sobre políticas públicas é um mediador, em especial, um mediador institucional. A definição e a implementação de políticas públicas dependem muitas vezes da atuação de mais de um dos Poderes do Estado, de forma concatenada e na busca de um mesmo objetivo. O Judiciário, quando decidir pela reforma estrutural do Estado (p. ex. reestruturação do sistema educacional ou penitenciário) será o grande mediador dessa transformação, possibilitando uma necessária interlocução entre as Instituições envolvidas (p. ex., Legislativo, Executivo, Ministério Público, Sociedade Civil) para o cumprimento da decisão da melhor forma possível.³³

5.2. Universalização dos Direitos Sociais e a Coletivização da Tutela Jurisdicional

Já foi mencionado no início deste relatório que um dos motivos para judicialização da política foi a constitucionalização dos direitos fundamentais, pautada na busca pela concretização do valor igualdade substancial. Isso porque o modelo novecentista do Estado Liberal de Direito não conseguiu responder de forma adequada às necessidades de justiça distributiva e gerou o incremento das desigualdades sociais. No Estado Social de Direito, que ao primeiro se seguiu, assistiu-se a um movimento de revalorização da discussão sobre o bem comum e a distribuição de bens escassos em sociedade. Já no atual modelo de Estado Democrático de Direito veio a constitucionalização dos direitos sociais, que também se insere nesta discussão, na medida em que garante e torna exigível um padrão

³² Prevê o Anteprojeto de Controle Judicial de Políticas Públicas: Art. 19 – Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória, o juiz, independentemente das medidas previstas no art. 17, poderá nomear comissário, pertencente ou não à Administração, que também poderá ser pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

³³ Sintetizando o que foi aqui exposto, vale repetir as palavras de Eduardo José da Fonseca Costa: "(...) na implantação judicial de políticas públicas, a mediação é algo novo e desafiador mesmo para quem está habituado a esse método alternativo de solução de controvérsias (...). Ademais, o juiz é obrigado a sincronizar-se com três formas de diálogo estruturalmente distintas, mas funcionalmente interdependentes: precisa interagir (a) com os agentes políticos para que a atuação dos técnicos seja politicamente orientada (ou seja, para que essa atuação ganhe legitimidade *télica*); (b) com o *staff* técnico para que a ação dos políticos receba diretriz técnica (isto é, para que essa ação ganhe legitimidade *tectônica*); (c) com os destinatários e os demais interessados na ação governamental para que a atuação dos técnicos e políticos esteja sintonizada com os anseios gerais da população (ou seja, para que a ação *télica* tectônica também ganhe legitimidade *tópica*)" (*A "execução negociada" de políticas públicas em juízo*, p. 43-44).

mínimo de igualdade de fruição de bens coletivos.³⁴ Esta exigibilidade dos direitos sociais, como visto acima, transfere ao Judiciário brasileiro a competência para a discussão sobre justiça distributiva, transformando esse Poder do Estado em mais uma arena política de discussão.

O problema que se verifica, porém, é que, a despeito de se tratar de uma questão de alocação de bens escassos (justiça distributiva), a Judicialização dos direitos sociais frequentemente se realiza de forma individualizada, atomizada. É que os direitos sociais são direitos de todos, mas também são direitos de cada um. Sob este último enfoque, eles possuem estrutura de direito subjetivo e, portanto, uma vez violados, podem sem exigidos judicialmente por cada um dos seus titulares. É o que garante o já mencionado direito fundamental de *inafastabilidade da tutela jurisdicional* (art. 5º, XXXV, CF).

O tratamento atomizado de direitos sociais, porém, embora possível e legítimo, possui algumas consequências trágicas. Em primeiro lugar, sob a perspectiva do administrador, as múltiplas decisões concessivas de direitos sociais, próprias de uma sociedade de massa, podem vir a interferir no planejamento e execução de uma política pública em curso, na medida em que obrigam a sua adaptação e revisão para o cumprimento das ordens judiciais. Além disso, o tratamento processual individualizado do tema, em regra, não permite a discussão da política pública como um todo, mas somente da particular situação do autor. Isso pode significar a prolação de decisões distantes da realidade do Poder Público, não passíveis de universalização.

Esta última consequência é que mais aponta para uma contradição intrínseca: por um lado, há a positivação dos direitos sociais, com fundamento na busca pela igualdade material e não meramente formal entre os indivíduos; por outro, o tratamento judicial individualizado destes direitos acentua as desigualdades, uma vez que garante o direito social somente àquele que vem a juízo requerê-lo. Em suma: para fazer cumprir os mandamentos constitucionais de igualdade, o Poder Judiciário acabou se transformando em grande gerador de desigualdades. Isso ocorre porque não é possível resolver questões de justiça distributiva em um modelo processual individualista, que trabalha com questões de justiça comutativa.

José Reinaldo de Lima Lopes, nesse sentido, esclarece que:

A justiça distributiva diz respeito a regras de apropriação individual de recursos comuns (...). Tais regras, pela sua generalidade, não podem ser definidas para um só caso. Daí o ar de injustiça de que padecem as decisões judiciais que contrariam as regras geralmente estabelecidas e aceitas, pois rompem com a regra formal da justiça: que todos que pertençam à mesma classe sejam tratados igualmente. Como o Judiciário só procede se provocado, suas

³⁴ Maria Tereza Sadek, *Judiciário e arena pública...*, p. 9.

decisões só valem para o caso que se encontra sob sua apreciação (...), as decisões que pretendem fazer justiça distributiva, ou que sob o pretexto de fazer justiça comutativa estão de fato envolvidas em questões distributivas, geram tratamento desigual, retirando de uma classe um certo indivíduo.³⁵

Percebe-se, portanto, que a doutrina brasileira aponta para uma falha no tratamento processual dos direitos sociais. O modelo processual civil brasileiro, no seu atual desenho, não se mostra apto a tutelar da melhor forma os direitos sociais, pois não fornece técnica processual adequada ao tratamento de questões de justiça distributiva.

É certo que o direito processual previu a tutela coletiva e desenhou todo um modelo processual diferenciado para a solução de conflitos de massa (indivisíveis ou não). Permitiu, porém, que paralelamente ao processo coletivo, convivesse o processo individual, sem que entre seus cursos houvesse relevante interferência recíproca (art. 104, CDC).

Se por um lado, o legislador garantiu o amplo acesso à justiça de pretensões individuais e coletivas, dando máxima eficácia ao mandamento do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, por outro permitiu o surgimento da contradição intrínseca entre o tratamento atomizado dos direitos sociais e sua necessária e essencial universalização.

O direito brasileiro busca, diante do cenário acima, desenvolver mecanismos processuais de coletivização/agregação de demandas/pretenções individuais que venham a se somar ao modelo de processo coletivo já vigente. Nesse sentido, é possível pensar em (i) técnicas de coletivização de pretensões individuais e (ii) técnicas de agregação de demandas individuais já propostas.

5.2.1. Técnicas de Coletivização de Pretensões Individuais

As técnicas de coletivização das pretensões individuais criam mecanismos de transformação de um pedido (pretensão) individual em um pedido coletivo. Trata-se de técnica conhecida pelo direito norte-americano, que possibilita que, a requerimento de uma das partes, demandas originariamente propostas individualmente, sejam certificadas como *class actions*.³⁶ Esse mecanismo permite ao juiz reconhecer que determinado conflito subjetivo e atomizado, na verdade, representa pequena parcela de um conflito massificado, de natureza coletiva. Diante desse reconhecimento, o direito empodera o magistrado a chamar para o processo o conflito inteiro, molecularizando a discussão.

O direito brasileiro ainda não possui técnica processual que permita a mesma solução. O Anteprojeto de Lei de Controle Judicial de Políticas Públicas, porém,

³⁵ José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos Sociais*, p. 132.

³⁶ Antonio Gidi, *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos...*, p. 194-195.

pretende inserir instrumento similar no nosso direito. Nesse sentido, os arts. 26, 27 e 28, do referido Anteprojeto preveem:

Art. 26 – Na hipótese de demandas para a tutela de direitos subjetivos individuais, que possam interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz só poderá conceder a tutela se se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 5º³⁷ e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

Art. 27 – Na hipótese prevista no artigo 26, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às demandas coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual seguirá o disposto nesta lei.

Art. 28 – Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que:

I – tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete a um tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária.

§ 1º – Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação, mas em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro colegitimado para a ação coletiva.

§ 2º – O Ministério Público ou outro legitimado, no prazo a ser fixado pelo juiz, poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva.

§ 3º – Se nenhum dos colegitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique um membro da instituição para fazê-lo (...).

³⁷ Na verdade, por interpretação, supõe-se que o artigo em referência seja na verdade o art. 6º, cujo parágrafo único dispõe: Parágrafo único. Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.

A conjugação dos dois primeiros artigos leva às seguintes conclusões: (i) haverá uma limitação da possibilidade de tutela individualizada de direitos sociais, pois somente os direitos sociais que configurarem mínimo existencial poderão ser exigíveis pela via individual; (ii) constituindo o direito mínimo existencial e, partindo-se da premissa de que os direitos sociais são universais e, portanto, devem ser tutelados de forma molecularizada, serão notificados os entes legitimados para a propositura de demandas coletivas para que verifiquem a possibilidade de ajuizá-las.

Num primeiro momento, poder-se-ia argumentar que o previsto pelo art. 26 seria inconstitucional por violação ao já aqui mencionado princípio da infastabilidade da tutela jurisdicional. Não é, porém, o caso. O que o art. 26 faz é positivar a consequência jurídica do reconhecimento de um determinado direito como sendo mínimo existencial. Como já visto, o mínimo existencial serve justamente para definir o núcleo duro do direito social, passível de justiciabilidade imediata. Se somente o mínimo existencial ou o direito infraconstitucionalmente regulamentado é exigível, somente com relação a eles é possível a concessão da tutela jurisdicional. Trata-se, portanto, de requisito para o acolhimento do pedido veiculado na demanda e não para sua acessibilidade ao Judiciário.

Como bem salientado por Kazuo Watanabe, a justiciabilidade de um direito “não é requisito para acesso à justiça ou para o exame do mérito da ação, e sim o requisito para o acolhimento, pelo mérito, da pretensão de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, ou seja, a efetiva existência do direito fundamental social tutelável jurisdicionalmente”.³⁸ O art. 26 não diz, portanto, que as pretensões que suplantam o mínimo existencial ou o direito infraconstitucionalmente regulamentado não podem ser jurisdionalizáveis; diz, sim, que elas não poderão ser acolhidas. Caberá ao Judiciário, após a análise detida do caso, decidir se se trata de um ou outro caso.

Uma vez reconhecido que se trata de mínimo existencial ou direito social infraconstitucionalmente regulado na sua integralidade, o sistema processual projetado busca implementar o tratamento universal pela coletivização da questão. Como o direito brasileiro não previu a legitimidade da pessoa física para a propositura da ação civil pública, é necessário provocar os substitutos processuais autorizados em lei para dar início a uma demanda coletiva para que o façam. É nesse sentido o previsto pelo art. 27 que determina ao juiz notificar “o Ministério Público e outros legitimados às demandas coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo”.

Técnica diferente é a prevista no art. 28 do Anteprojeto. Segundo o texto atual, verificada a relevância social da questão, poderá o magistrado “converter em coletiva a ação individual”. Para tanto, basta que a demanda individual “tenha efeitos coletivos” ou demande tratamento isonômico em relação aos demais indivíduos que se encontrem na mesma situação do autor. Verifica-se que o art. 28 será aplicável a todo

³⁸ Kazuo Watanabe, *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas...*, p. 216.

processo individual que verse sobre direito social, já que, como visto, a universalidade (e a necessidade de tratamento isonômico) é característica intrínseca e fundamental desses direitos.

A técnica, ao que parece, traz a obrigatoriedade de atuação do Ministério Público, por determinação do Poder Judiciário, toda vez que o magistrado, no caso concreto, vislumbra a presença dos requisitos dos incisos I e II e, também, reconhecer a existência de relevância social na causa, fator de legitimação de atuação do *Parquet* em demandas coletivas, conforme desenho constitucional (art. 127, CF). O parágrafo 3º do art. 28 do Anteprojeto, nesse sentido, dispõe que se “nenhum dos colegitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique um membro da instituição para fazê-lo”. Ao contrário do previsto nos art. 9º, §1º, da LACP e no art. 28, do CPP, não há previsão de um juízo de reapreciação pelo Ministério Público da avaliação do promotor de justiça pela inexistência de relevância social a justificar o aditamento da demanda individual, transformando-a em coletiva. Trata-se de decisão que reconhece esta relevância e determina ao Conselho Superior do Ministério Público que indique promotor de justiça para fazê-lo. O órgão ministerial se limita a cumprir a ordem judicial de aditamento e promove a coletivização do pedido, mantendo-se o autor originário no polo ativo da demanda.

5.2.2. Técnicas de Agregação³⁹ de Demandas Individuais já Propostas

Outra técnica voltada a dar um tratamento racional às múltiplas demandas envolvendo a tutela de direitos fundamentais sociais no Brasil ou mesmo relações jurídicas plurilaterais é a que propõe o desenho de mecanismos de agregação. Como visto, dos direitos fundamentais sociais possuem uma dimensão individual, já que configuram direitos subjetivos, pelo menos quando tratam do mínimo existencial. Uma vez violados, permitem a proposição de demanda individual, muitas vezes com cognição diferenciada, como é o caso do mandado de segurança.

A dimensão coletiva dos interesses sociais, porém, faz com que as demandas individuais assumam natureza massificada e importem, portanto, multiplicidade de processos, tratando sobre o mesmo tipo de violação e veiculando situações de direito substancial homogêneas. Esse fenômeno também ocorre em outras searas, envolvendo também a fixação de políticas públicas, como nos casos dos serviços públicos regulados por órgãos e agências estatais, em que, embora as relações jurídicas possuam dimensão individual, pois há contratos individuais de prestação de serviços, há uma dimensão coletiva nessa prestação, que deve ser homogênea em relação a todos os consumidores e corresponder a políticas públicas previamente traçadas pelo Estado. Há pesquisas ilustrando essa situação de massificação de demandas⁴⁰

³⁹ Terminologia utilizada pela aluna Juliana Justo Botelho Castello, em seu projeto de qualificação, de Tese de Doutorado, intitulado *Tutela complexa: ações coletivas e técnicas de agregação* e apresentado perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁴⁰ Sobre direito à saúde, v. a pesquisa “*O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o Caso AIDS*”, Camila

que, além de gerar um problema de gerenciamento de causas repetitivas para o Poder Judiciário, prejudica valores caros ao modelo processual brasileiro, como a harmonização de julgados.⁴¹

Na tentativa de melhor equacionar essa situação, o legislador vem propondo o desenho de mecanismos variados, voltados à agregação de demandas individuais com julgamento único. A esse respeito, vale notar a criação recente dos incidentes de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos (arts. 543-C e 543-B) e o incidente de julgamento de demandas repetitivas previsto pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil em trâmite no Congresso Nacional. Todas as técnicas, embora tenham suas especificidades, permitem a identificação de demandas individuais representativas da controvérsia que, quando julgadas, importarão definição da situação substancial controvertida e terão impacto sobre o julgamento de todas as outras demandas tratando da mesma questão.⁴²

Também com o intuito de resolver o problema de multiplicidade de demandas repetitivas, o Anteprojeto de Controle Judicial de Políticas Públicas propõe outra técnica de agregação de demandas individuais e coletivas para julgamento conjunto. O texto do projeto é o seguinte:

Art. 21 – Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político correrem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível.

Art. 23 – Quando o Tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas, relativamente ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos serão reunidos para julgamento conjunto, de competência do órgão especial, com vistas a uma decisão equânime e exequível.

Durand Ferreira et. al., disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCIQFJAA&url=http%3A%2F%2Fgetinternet.ipea.gov.br%2F50brelpea%2F40anos%2Festudantes%2Fmonografiacamila.doc&ei=TuqfUPTbNI-y8ATe_IHABg&usg=AFQjCNFH6xK_Fp8WYft-DNPygFuBLoXWzg&sig2=3kWYPDNtDVDksyH7kfo83g, acesso em 11/11/12. Também sobre direito à saúde é o levantamento realizado por Maria Tereza Sadek, *Judiciário e arena pública...*, p. 20 e ss.

⁴¹ Sobre o impacto das demandas de massa perante o Judiciário, v. a pesquisa “*Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: ações coletivas*”, Ministério da Justiça, 2007. Disponível em: http://www.cebepej.org.br/pdf/acoes_coletivas.pdf, acesso em 11/11/12. A pesquisa estuda o fenômeno de congestionamento do Poder Judiciário pelas demandas versando sobre a legalidade da tarifa de telefonia básica e reflete o fenômeno da massificação dos processos e seu impacto na gestão judiciária.

⁴² No mesmo sentido foi a solução jurisprudencial dada no caso cadernetas de poupança (STJ, RE 1.110.549/RS), em que foi determinada a suspensão de ações individuais até a solução coletiva do caso.

Como se vê, a reunião de processos para julgamento conjunto pode ocorrer tanto em primeiro (art. 21), quanto em segundo (art. 23) grau de jurisdição, desde que seus pedidos versem sobre a implementação de políticas públicas. Ambos os artigos trazem como requisitos para a reunião a identidade na figura do ente político responsável pela política pública, o que é justificável, pois entes políticos diversos podem significar políticas públicas diversas. O objetivo da reunião, que fica claro no texto legal, é uma decisão equânime e exequível sobre a política pública como um todo e não adstritas às situações subjetivas discutidas em cada um dos processos individualmente considerados.

5.3. Rigidez Formal

O modelo processual civil brasileiro é um modelo caracterizado pela rigidez. São rígidas as regras para a fixação do objeto do processo⁴³ e também as relacionadas à preclusão das questões incidentais⁴⁴ e à preclusão máxima, representada pela coisa julgada. Essa rigidez ora se fundamenta na necessidade segurança jurídica (coisa julgada), ora se fundamenta na necessidade de garantir a marcha processual, evitando retrocessos procedimentais (estabilização da demanda e preclusões).

Em processo visando a implementação de políticas públicas, em especial os processos coletivos, a rigidez do sistema processual é apontada como prejudicial à tutela jurisdicional. É que demandas coletivas voltadas à criação ou redefinição de políticas públicas, em regra, consubstanciam direitos difusos, dada sua natureza indivisível (universalidade) e a indeterminabilidade de seus titulares. Uma característica dos interesses difusos é sua contingencialidade. São interesses essencialmente mutáveis e dinâmicos e, por conta disso, a tutela jurisdicional que inicialmente se revelaria apta a protegê-lo não raro se mostra ineficaz com o passar do tempo.⁴⁵

As regras inflexíveis a respeito da estabilização objetiva do processo costumam ser insuficientes para lidar com essa mutabilidade inerente dos direitos difusos. O pedido originariamente realizado pode, com o passar do tempo, não mais ser apto a resolver a crise de direito material trazida para a apreciação jurisdicional, que agora, demanda outro tipo de prestação protetiva, em função da alteração da causa de pedir. Por exemplo, é possível que a política pública objetivada quando da propositura de uma ação civil pública deixe de ser adequada para atender à realidade social no decurso do processo. Será o caso, então, de carência de ação superveniente, pois se a tutela jurisdicional não é mais necessária ou mesmo adequada à proteção do direito,

⁴³ Sobre a estabilização da demanda, como se sabe, o Código de Processo Civil admite a alteração do pedido e da causa de pedir somente até a citação. A partir da citação, é necessária a concordância do réu e, mesmo com ela, há o limite do saneamento, após o qual nenhuma alteração é permitida (art. 264 e art. 294, CPC).

⁴⁴ Nesse sentido, em especial quanto ao procedimento comum ordinário, v. Heitor Sica, *Preclusão processual civil*, p. 292.

⁴⁵ Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, “esses interesses (difusos) exsurgem a partir de situações contingenciais, repentinas, imprevisíveis (...) verifica-se que é efêmera a duração do interesse difuso daí decorrente: deve ele ser tutelado prontamente, antes que se altera a situação de fato que o origina” (*Os interesses difusos*, p. 107).

o autor deixa de ter interesse de agir (art. 267, VI, CPC).⁴⁶ A providência a ser tomada por esse autor, então, será a propositura de nova demanda, voltada a consecução de outra tutela jurisdicional necessária e readequada à nova realidade do direito difuso, sempre, porém, correndo o risco de nova alteração da situação fática e da nova superveniência de carência. Trata-se de solução claramente inefetiva.

Da mesma forma, a coisa julgada, entendida como a preclusão máxima do processo, caracteriza-se pela imutabilidade dos efeitos da decisão prolatada (material) e não mais sujeita a recursos (formal). Essa decisão, cujos efeitos são imutáveis, diante da contingencialidade dos processos envolvendo políticas públicas, pode se mostrar ineficiente, justamente porque pode conter comandos não mais necessários por motivo de alteração da realidade fática.

O processo civil brasileiro, diante deste cenário, busca redesenhar suas técnicas, de forma a garantir a tutela adequada do direito material tratado, sem violar os valores resguardados pelo atual modelo vigente (segurança jurídica e celeridade). Já existem, nesse sentido, algumas propostas legislativas de modificação do modelo vigente.

No tocante à estabilização da demanda, o Projeto de Lei de Nova Lei de Ação Civil Pública (nº 5139/09), rejeitado pela Câmara, dispunha que:

Art. 16 Nas ações coletivas, a requerimento do autor ou do Ministério Público, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser assegurado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultada prova complementar.

Era prevista, como se vê, uma flexibilização das regras de fixação do objeto litigioso, desde que garantido o contraditório e o direito à prova da parte contrária.⁴⁷ Embora essa saída pudesse importar retrocessos na marcha processual, tinha o mérito de, em casos de mutação da situação fática no curso do processo, permitir o aproveitamento da relação jurídica processual e sua adaptação à nova realidade, sem ferir o devido processo legal.⁴⁸ Diante da rejeição do projeto,

⁴⁶ José Roberto dos Santos Bedaque aponta a existência e prevalência de interpretação restritiva do teor do art. 462, CPC, que só permite a consideração pelo juiz de fato constitutivo do direito do autor superveniente se ele guardar nexos com o fato principal afirmado na petição inicial e delimitador da causa de pedir originária. O autor critica o posicionamento da doutrina, pois o entende dissociado da lógica instrumental do processo (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 137).

⁴⁷ José Roberto dos Santos Bedaque defende essa possibilidade também para o processo individual fundado na proposta de unificação das regras processuais sobre litígios transnacionais do *The American Law Institute* (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 141).

⁴⁸ Ao tratar de hipóteses em que o autor deixa de trazer a juízo o conflito na sua integralidade, Daniela Monteiro Gabbay sustenta a interpretação ampliada da causa de pedir e do pedido em processos coletivos.

porém, a nova técnica não será incorporada ao ordenamento jurídico positivado em um futuro próximo.

No tocante à imutabilidade decorrente da coisa julgada, o Anteprojeto de Controle Judicial de Políticas Públicas prevê a possibilidade de adaptação da decisão transitada em julgado às peculiaridades do caso concreto pelo juiz da execução. O texto é o seguinte:

Art. 17 (...)

Parágrafo único – O juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, caso o ente público promova políticas públicas que se mostrem mais adequadas do que as determinadas na decisão ou caso a decisão se revele inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

Embora a redação do parágrafo seja um pouco genérica e necessite de uma maior definição seja doutrinária, seja jurisprudencial, do que se entende por “políticas públicas que se mostrem mais adequadas” e decisão que se “revele inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito”, o fato é que a proposta legislativa identifica a insuficiência do modelo atual rígido para o tratamento de políticas públicas e propõe a flexibilização das regras interpretativas da coisa julgada.

5.4. Motivação

A judicialização de políticas públicas gera uma ampliação do ônus argumentativo do julgador. Isso porque a decisão sobre a alocação de recursos escassos implica escolha minuciosamente justificada, após detalhado processo de ponderação entre interesses públicos legítimos. Essa decisão carregará sempre um conteúdo político, para além do natural conteúdo jurídico, que demanda a justificativa da escolha. A doutrina brasileira sustenta, nesse sentido, a insuficiência das decisões liminares ou finais estruturadas de forma meramente silogísticas,⁴⁹ que não se detenham sobre aspectos específicos do caso concreto e não analisem a complexidade dos valores envolvidos.

Para a autora, “em se tratando de processo coletivo, se o autor formula o pedido de modo restritivo, restará aberta ao juiz a via interpretativa para garantir o direito que é assegurado à coletividade, diante de fatos muitas vezes complexos e contingenciais subjacentes, desde que observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Somente desta maneira restará preservada a indisponibilidade deste direito, que não pertence a um único indivíduo, tampouco àquele que postula em juízo em virtude de legitimação conferida por lei” (*Pedido e causa de pedir*, p. 115).

⁴⁹ Sobre as críticas à lógica silogística das sentenças, v. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, p. 314 e ss.

As decisões sobre a prevalência ou não de direitos e interesses que possuem alto grau de fundamentalidade na estrutura básica do Estado deve possuir estrutura argumentativa racional clara e voltada não somente para o convencimento das partes ou das instâncias superiores, mas também à legitimação pública do teor do julgado. No Estado Democrático de Direito, o exercício da função jurisdicional se ampara também na necessidade de justificação geral, que permite, dentre outros, o controle social da atividade jurisdicional.

5.5. Democratização do Processo

Por fim, uma alteração da técnica processual brasileira que ganha força nos últimos tempos, e é geralmente relacionada ao movimento de judicialização da política, é a voltada a ampliar no processo da participação da sociedade no Poder Judiciário. De fato, a partir do momento em que o Poder Judiciário passa a decidir sobre políticas públicas, é necessário incrementar os mecanismos de legitimação da decisão pela participação e oitiva dos grupos envolvidos, nem sempre incorporados à relação jurídica processual.

É importante pontuar, porém, que essa necessidade de ampliação de espaços de participação não significa transformar o Poder Judiciário em um Poder majoritário. Ao contrário, o Judiciário continua mantendo sua natureza essencial de Poder contramajoritário, garantidor dos interesses de grupos menos articulados na teia social.

No processo envolvendo direitos subjetivos privados, a legitimação política da decisão se dá pela observância do contraditório, que pressupõe a participação das partes na construção da decisão, ou ao menos a garantia da sua possibilidade.⁵⁰ No processo envolvendo questões relacionadas à políticas públicas, em especial nos processos coletivos, essa legitimação deve ser reforçada, na medida em que implica a realização de escolhas sobre interesses públicos prevaletentes. Sem dúvida, a implementação de um contraditório real e dinâmico é também essencial para a decisão sobre programas de governo. Não se mostra adequada, por exemplo, a prolação de decisão pautada no princípio dispositivo que se utilize de regras sobre ônus da prova e se contente com presunções de veracidade. Evidencia-se, nesse ponto, mais uma vez o papel do juiz e de seus poderes instrutórios na busca pela aproximação entre o cenário probatório e a realidade dos fatos. Mas os processos buscando a implementação de políticas públicas também começam a lançar mão de outros mecanismos de democratização que vão para além da cooperação entre os sujeitos processuais.

São técnicas de democratização do processo: a realização de audiências públicas e a intervenção de *amicus curiae*.

⁵⁰ V., nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, para quem o contraditório é “resumidamente, a garantia de participação, que nem se restringe ao processo jurisdicional só, mas constitui inerência do próprio regime democrático. A participação é que legitima todo o processo político e o exercício do poder” (*A instrumentalidade do processo*, p. 285).

As audiências públicas, que têm sido utilizadas especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, permitem a participação popular direta na formação das decisões judiciais. Elas possibilitam uma aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade civil, pois abrem um canal para que indivíduos e grupos sociais manifestem-se sobre questões jurídicas controvertidas, em especial, as envolvendo conflitos entre interesses públicos legítimos.⁵¹ As audiências públicas são práticas essencialmente democráticas e estimulam o exercício da cidadania.⁵² Trazem maior publicidade, transparência e legitimidade para a atividade jurisdicional.

O *amicus curiae*, como se sabe, é o terceiro que ingressa no processo civil objetivando a tutela de um interesse institucional com o objeto da demanda. Ele busca representar um grupo ou uma coletividade que será afetada pela decisão e, para tanto, amplia e aprofunda o debate travado no processo. A adoção dessa técnica tem a aptidão de melhorar a qualidade da tutela jurisdicional, pois faz com que ela seja fruto de uma discussão mais complexa e refletida.⁵³ Serve, também, como fator de ampliação da legitimação política desta mesma tutela, uma vez que o *amicus curiae* “se apresenta perante o Poder Judiciário como adequado portador de vozes da sociedade e do próprio Estado que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou se o fossem o seriam de maneira insuficiente pelo juiz”.⁵⁴

Tanto as audiências públicas, como o *amicus curiae*, representam técnicas de democratização do processo civil brasileiro, pois permitem a oitiva de grupos interessados, representativos da luta social, que são internalizados no processo. A decisão, embora não tenha que necessariamente optar pela solução representativa do interesse majoritário, será politicamente mais legítima e, qualitativamente melhor, pois levará em conta toda a complexidade envolvida na demanda. É essa decisão que se coaduna com o modelo de Estado Democrático de Direito vigente.

⁵¹ No STF, é possível citar a realização de audiências públicas na ADPF 54, que discutia a possibilidade de interrupção da gravidez nos casos de feto anencefálicos e da ADIN 3510, que tratava da inconstitucionalidade dos artigos da Lei de Biossegurança que permitiam pesquisas científicas com a utilização de células tronco, dentre outras.

⁵² Há muitas críticas ainda à forma como essas audiências públicas têm sido conduzidas, especialmente sobre a efetiva possibilidade de influência dos cidadãos na formação da decisão. Há relatos, p. ex., de audiências realizadas com definição prévia de prazos excessivamente reduzidos que sequer permitiam aos participantes a possibilidade de expor com clareza um ponto de vista. Realmente, para representarem efetivos instrumentos de democratização do processo, as audiências públicas não podem ser procedimentos meramente formais. Nesse sentido, ainda há espaço para muita maturação da técnica, com a criação de procedimentos que efetivamente garantam a consideração dos argumentos trazidos nessas oportunidades pelos julgadores.

⁵³ No Brasil, a participação do *amicus curiae* vem prevista em diversos dispositivos legais, dentre eles: a Lei nº 6385/76 (CVM), em processos individuais envolvendo direito societário; a Lei 9868/99 (art. 7º, §2º), que define o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e ações declaratórias de constitucionalidade (ADC); a Lei 8884/94 (CADE), em processos em que se questione a aplicação da lei; e o próprio Código de Processo Civil, nos procedimentos voltados ao reconhecimento de repercussão geral nos recursos extraordinários e o julgamento de recursos repetitivos, perante o STJ e o STF. Consta na versão do Senado Federal do Projeto de Novo Código de Processo Civil previsão de generalização da figura do *amicus curiae* no direito processual civil brasileiro (Projeto de Lei nº 166/10, art. 324).

⁵⁴ Cássio Scarpinella Bueno, *Amicus Curiae: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro*, p. 161.

6. Conclusões

Diante de todo o acima exposto, verifica-se que o controle judicial de políticas públicas no Brasil é uma realidade decorrente de múltiplos fatores sociais, políticos e jurídicos. Trata-se de fenômeno próprio de um modelo de Estado Democrático de Direito e de um ordenamento jurídico estruturado em princípios e caracterizado pela constitucionalização de direitos fundamentais sociais.

A Constituição Federal de 1988 é o grande marco desse processo, uma vez que promove um rearranjo institucional e transforma o Poder Judiciário em mais uma arena de debate político, ao lado dos demais *locus* já tradicionalmente encarregados desse mister. O Judiciário, como uma arena a mais, possui vantagens e desvantagens em relação às demais e, até mesmo por conta das suas limitações intrínsecas, não substitui o processo político travado nos Poderes Legislativo e Executivo. Sua atuação legitima-se na medida do papel controlador dos demais Poderes que exerça e, portanto, deve ser subsidiária e limitada por parâmetros como o da proporcionalidade, reserva do possível e mínimo existencial.

A judicialização da política, ainda, traz para o direito processual civil brasileiro a necessidade de adaptação da técnica. O processo, seja o individual, seja o coletivo, da forma como hoje desenhado e interpretado não apresenta mecanismos totalmente aptos a tratar adequadamente das demandas envolvendo questões de justiça distributiva.

A mudança exige a redefinição da própria função judicial, mas passa também pela reinterpretação das técnicas existentes e criação de novos mecanismos processuais de tratamento de demandas massificadas, que se caracterizam pela veiculação de direitos universais, essencialmente políticos e representativos dos valores mais caros à sociedade brasileira.

Referências Bibliográficas

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL, Ministério da Justiça, *"Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: ações coletivas"*, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007. Disponível em: http://www.cebepj.org.br/pdf/acoes_coletivas.pdf, acesso em: 11/11/12.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro*. In: DIDIER JR. Fredie et. al (coord.). *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-167.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Coord.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, p. 17-42, 2003.

Cortez, Luís Francisco Aguilar. *Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 285-307.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução forçada” de políticas públicas em juízo”, *Revista de Processo*, vol. 212, out/2012, p. 25-56.

DANIEL, Juliana Maia. Discrecionabilidade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo, *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 93-124.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA, Camila Durand et. al., *O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o Caso AIDS*, disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&src=s&so urce=web&cd=1&ved=0CCIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fgetinternet.ipea.gov.br%2FSobrelpea%2F40anos%2Festudantes%2Fmonografiacamila.doc&ei=TuqfUPTbNI-y8ATe_IHABg&usg=AFQjCNFH6xK_Fp8WYfT-DNPYgFuBL0XWzg&sig2=3kWYPDNtDVDksyH7kfo83g, acesso em: 11/11/12.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *Revista da USP*, nº 21, p. 12-21, mar./mai. 1994.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Pedido e causa de pedir*, São Paulo: Saraiva, 2010.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – Ações coletivas em uma perspectiva comparada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 14-15, ano 4, p. 25-44, abr./set. 1979.

_____. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, O processo – estudos e pareceres*, 3ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 36-57.

_____. Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas: relatório geral – civil Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e CALMON, Petrônio (org.). *Direito Processual Comparado: XIII World Congress of Procedural Law*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 305-499.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin, A 'reserva do possível': obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo, *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 237-283.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e reforma do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo de Oliveira (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo, Malheiros, p. 68-93, 2002.

_____. *Direitos sociais: teoria e prática*, São Paulo: Método, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública, um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-32.

SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

TÁCITO, Caio. Princípio da legalidade e poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 227, p. 39-45, jan./mar. 2.002.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

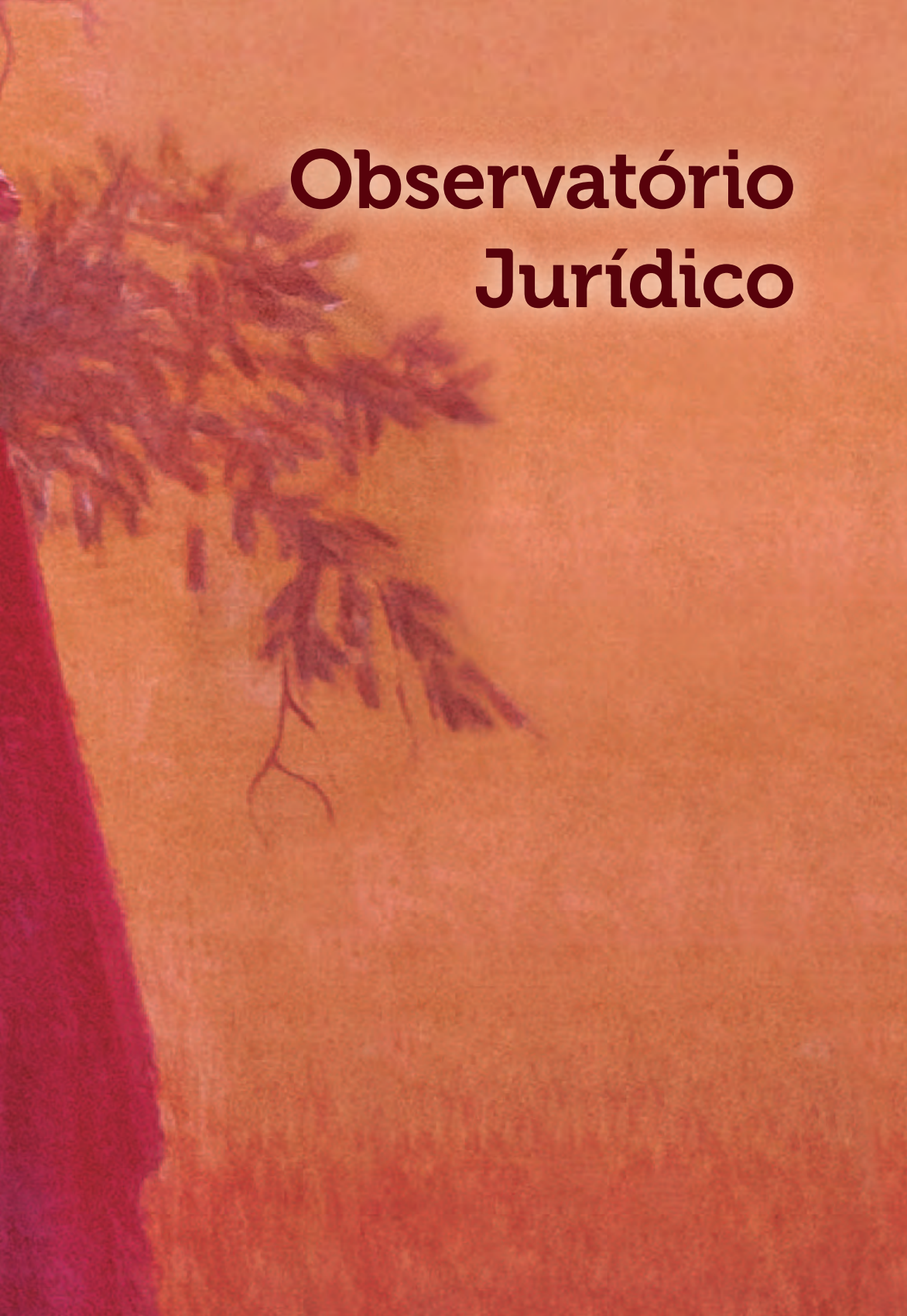
WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público: introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 15-21, 2003.

_____. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213-224.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



Reforma Política para o Bem do País

Ives Gandra da Silva Martins*

A Comissão de Reforma Política da seccional de São Paulo da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) já levou ao Congresso Nacional suas primeiras sugestões sobre esse tema, que não seguem as originárias do projeto do PT, encampadas pelo Conselho Federal da OAB e pela CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil).

Há que se lembrar que a OAB-SP congrega 40% dos advogados brasileiros e sua Comissão de Reforma Política é constituída de advogados que exerceram a magistratura e a docência universitária. Também participam de ministérios e secretarias de Justiça, possuem mandatos eleitorais e de governo.

Alguns nomes que compõem a seccional e sua Comissão de Reforma Política são Alexandre de Moraes, Almino Affonso, André Ramos Tavares, Cláudio Lembo, Dalmo Dallari, Dircêo Torrecillas, Evandro Herrera Gussi, José Afonso da Silva, José Gregori, Maria Garcia, Nelson Jobim, Ney Prado, Paulo de Barros Carvalho e outros experientes operadores do Direito.

À evidência, nem sempre houve unanimidade nas decisões, mas os debates que as propiciaram, nas propostas já aprovadas, foram muito ricos, em face das exposições de todos os membros da comissão e de sua relevância no cenário nacional.

A proposta da OAB-SP abrange cláusula de barreira para evitar a proliferação dos partidos, *recall* para membros do Legislativo, se não estiverem honrando seu mandato, financiamento público e privado de campanha, com rígido sistema de controle e sanções, inclusive penais, no caso de doações ilegais, com teto para doações e, principalmente, voto distrital misto.

Por essa sugestão, metade dos políticos seriam eleitos por distrito e a outra metade proporcionalmente, como ocorre no sistema atual. Afastou-se o voto em lista, pois isso permitiria que os donos de partido, mesmo sem maior respaldo popular, fossem eleitos por se colocarem no topo da lista. Nos sistemas parlamentares, os partidos não são meras legendas. Neles, em alguns países, adota-se o voto em lista.

O sistema presidencial do Brasil, todavia, conta com 32 partidos, sendo impossível encontrar, no pensamento dos grandes filósofos, 32 ideologias políticas diferentes. O voto em lista daria aos senhores de legendas garantia de permanência dinástica no Legislativo.

* Advogado e presidente da Comissão de Reforma Política da OAB-SP, professor emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra.

Sempre afirmei, em artigos e livros, que não procede a observação de que o Brasil não pode ter parlamentarismo porque não tem partidos políticos. Pelo contrário, o Brasil não tem partidos porque não tem o parlamentarismo, governo que é de responsabilidade a prazo incerto contra o de irresponsabilidade a prazo certo, que é o presidencialismo.

Diversas propostas ainda estão sendo estudadas, como a do distritão, do vice-presidente Michel Temer, que se prontificou a fazer exposição aos membros da comissão.

Por ela, os mais votados para o Legislativo seriam os eleitos, eliminando-se, assim, o princípio de inclusão dos menos votados e exclusão dos mais votados, conforme haja ou não puxadores de votos. Para evitar o enfraquecimento de partidos, a fidelidade partidária seria obrigatória, dando força efetiva para a legenda até o fim do mandato.

O ex-presidente do STF Nelson Jobim apresentou inúmeras sugestões que estão sendo estudadas também, assim como ocorreu no seminário que a OAB-SP promoveu, com a presença de senadores, deputados, membros do Judiciário e do Executivo, permitindo exames de variados aspectos, que serão, oportunamente, levados ao Congresso.

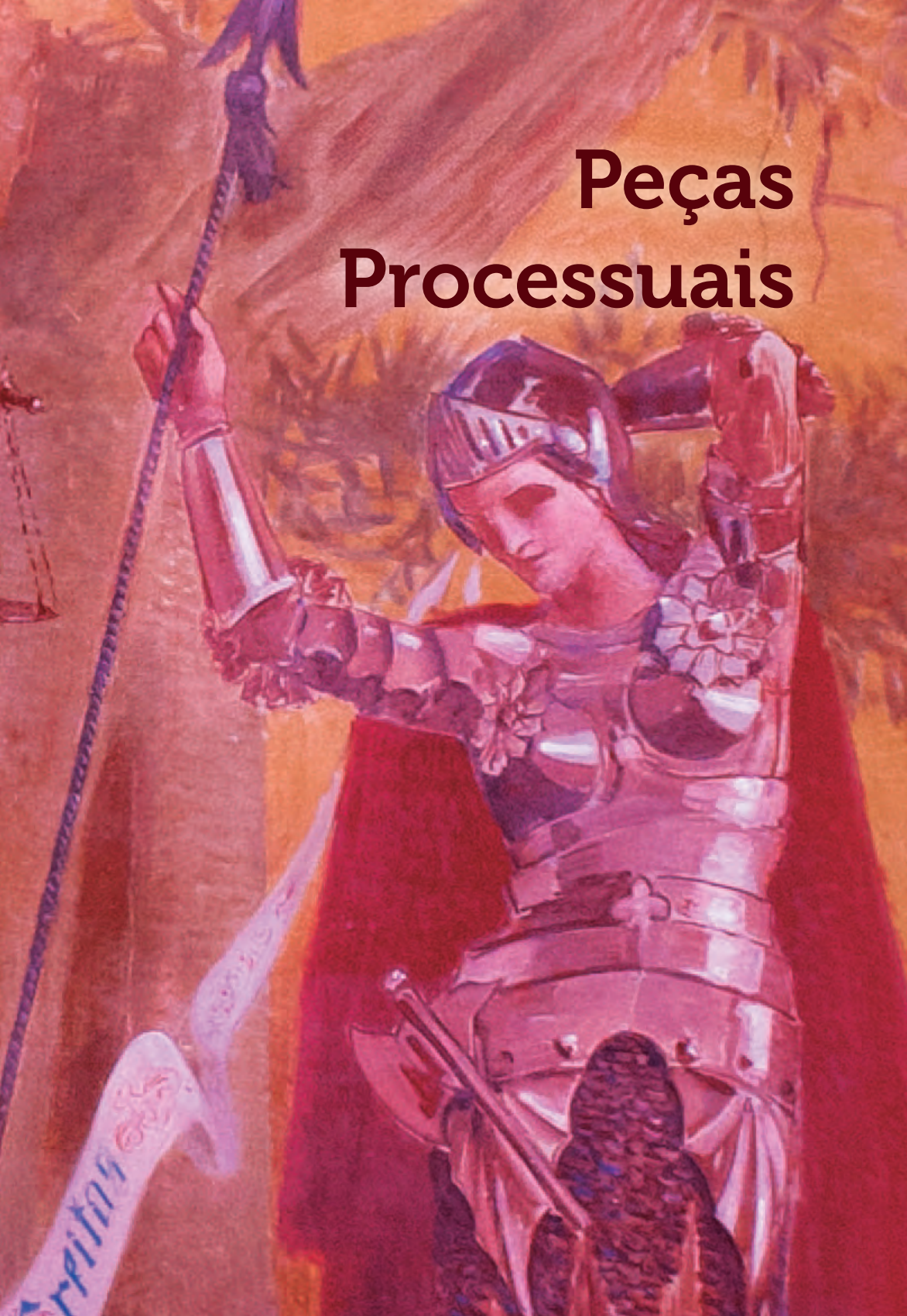
O certo é que a Comissão está em pleno trabalho, tendo as primeiras propostas sido apresentadas ao Congresso Nacional, no começo de abril pelo presidente da OAB de São Paulo, Marcos da Costa.

O debate democrático é fundamental para fortalecer as instituições. Entende a Comissão de Reforma Política da OAB-SP, pela relevância do tema, que todos os cidadãos devem conhecer o que se debate para levar a seus representantes a própria posição. Assim teremos a reforma política que a maioria deseja, para o bem do país.



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



Pareceres

• • •

Parecer. Consultoria Jurídica da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Permuta entre membros de Ministérios Públicos de Estados diversos.

Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP

Emerson Garcia*

I

1. Consulta-nos a Exma. Sra. Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público sobre a possibilidade, ou não, de permuta entre membros de Ministérios Públicos de Estados diversos.

2. A solicitação encontra-se instruída com petição eletrônica, colhida na rede mundial de computadores, em que se requer ao Conselho Nacional do Ministério Público seja autorizada permuta dessa natureza.

3. Em prol da permuta, argumenta-se que: (a) a unidade e o caráter nacional do Ministério Público a permitem; (b) não há vedação constitucional ou legal; (c) a carreira do Ministério Público é una, já que o art. 129, § 3º, da Constituição de 1988 refere-se a ela no singular; (d) a exigência de prévia aprovação em concurso público foi atendida, sendo que os certames, além de serem praticamente idênticos, são regidos pela mesma Lei Nacional; (e) permuta semelhante já é realizada entre Juízes Federais, Juízes do Trabalho e membros do Ministério Público da União; (f) a permuta deve ser aprovada pelos Conselhos Superiores dos Ministérios Públicos de ambos os Estados; (g) seria possível a compensação financeira entre os regimes previdenciários, tal qual autoriza o art. 129, § 3º, da Constituição de 1988; (h) eventuais distinções no escalonamento funcional existente em cada Ministério Público podem ser superadas com a equiparação de entrâncias; (i) a ordem jurídica deve ser interpretada de modo

* Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). 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. Professor convidado de diversas instituições de ensino. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (The Hague – Holanda).

a potencializar os seus valores fundamentais, com ênfase para a convivência familiar, passível de ser afetada quando o membro da Instituição exerce suas atividades laborativas em Estado da Federação distinto daquele em que mantém suas relações sociais e familiares.

II

4. O presente parecer é exarado no exercício de uma atividade associativa, no âmbito interno da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, o que, não obstante sua natureza consultiva, em nada se confunde com o exercício da advocacia, vedada, aliás, aos membros do Ministério Público. Acresça-se que a matéria versada possui relevância direta para os associados da CONAMP, já que a permuta entre membros de Ministérios Públicos de Estados diversos é potencialmente benéfica a todos, o que justifica a assunção, pela associação de classe, de uma posição a respeito do assunto.

5. Em relação ao objeto de análise propriamente dito, cremos que a questão é relativamente simples, passando, acima de tudo, pela correta individualização da essência e do potencial expansivo das noções de unidade e carreira. Além disso, também se mostra relevante a compreensão da funcionalidade do concurso público e da *ratio essendi* da legalidade, que assume, para os poderes constituídos, contornos bem distintos daqueles afetos aos particulares.

6. Ainda em relação às vigas mestras do parecer, deve-se ressaltar que as considerações a serem realizadas não se mostrarão permeáveis a ingredientes de contornos puramente sentimentais, cuja presença, em situações como a presente, é inevitável. Afinal, a permuta objeto de análise, caso autorizada, irá beneficiar um elevado quantitativo de membros do Ministério Público, espalhados pelos quatro cantos do País, os quais, pelas circunstâncias da vida, exercem atividades laborativas fora do seu círculo regular de convivência.

7. Não é demais lembrar, ainda em relação aos aspectos estruturais do parecer, que as linhas argumentativas a serem construídas e as conclusões que serão alcançadas não são propriamente inovadoras. Em verdade, são meras reproduções, textuais ou não, de posicionamentos doutrinários que temos exteriorizado ao longo dos anos. Portanto, refletem o nosso atual estágio de compreensão do direito e da sociedade.

II.1. A Unidade do Ministério Público¹

8. O saudoso Roberto Lyra,² referindo-se ao princípio da unidade do Ministério Público, afirmou tratar-se de uma “tese sem sentido definido”, acrescentando que “desde que

¹ Esse item reproduz parte do que sustentamos em Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 125-133; A unidade do Ministério Público: essência, limites e relevância pragmática, in Boletim de Direito Administrativo Ano XXVIII, nº 9, p. 1033, set. de 2012; e Parecer sobre minuta de portaria elaborada pela Procuradoria Regional Eleitoral no Estado do Rio de Janeiro, que pretende regulamentar a atuação dos Promotores Eleitorais nas eleições gerais de 2014, in: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 52, p. 223, jul.-set./2014.

² Teoria e Prática da Promotoria Pública. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 179.

os órgãos do Ministério Público, nos atos de ofício, dispõem de liberdade de consciência, afigura-se impossível uniformizar o critério de apreciação do fato e do direito. Mas, se, em espécie, assim acontece, os representantes do Ministério Público estão ligados pelo sentimento comum da causa pública, pela identidade do programa e da finalidade, dos deveres cívicos e das responsabilidades funcionais.” O grande jurista, como se percebe, referia-se à unidade sob o prisma funcional, mas as dificuldades que enunciava projetam-se, com igual força e intensidade, no plano institucional. Afinal, como falar-se na unidade de uma pluralidade de instituições vinculadas a entes federativos diversos?

9. O primeiro passo a ser dado, para a identificação da essência e do potencial expansivo do princípio da unidade, não pode ser outro senão a análise dos aspectos basilares da Federação, forma de Estado adotada pela República Federativa do Brasil.

10. Os Estados contemporâneos, de um modo geral, têm sido subdivididos em unitários e compostos, conforme seja identificada a concentração, ou não, do poder político decisório.

11. No Estado unitário, há uma vontade política central, que se impõe a todos, quer no plano normativo, quer no administrativo. Ele pode ser centralizado ou descentralizado: a primeira forma, como anotam Delpérée e Verdussen³, não existe em estado puro, já que, por força da própria realidade, sempre se opera algum grau de descentralização no plano local, em que coletividades ou órgãos locais são investidos da função de gerir os interesses que lhes são próprios, exprimindo os seus anseios e preocupações. Os Estados unitários normalmente apresentam divisões territoriais (v.g.: as Províncias no Brasil Império) e, por razões práticas, certos níveis de descentralização do poder, o que permite a aproximação da população aos centros de comando⁴. Em nível intermédio entre o Estado unitário e o federal, tem-se o Estado regional (v.g.: Itália e Portugal, respectivamente, após as Constituições de 1947 e 1976) ou provincial (v.g.: Sérvia, após a Constituição de 2006), em que as regiões e províncias, apesar de não possuírem uma Constituição própria, apresentam alguma autonomia política.

12. No Estado composto, identifica-se uma diversidade de vontades políticas, que podem ostentar, ou não, o atributo da soberania. São exemplos: (1) a união pessoal, resultante do fato de uma mesma pessoa chefiar dois ou mais Estados, sendo esse o objetivo de inúmeros casamentos realizados entre nobres no decorrer da história – nesse modelo, como anota Jacques Cadart⁵, cada Estado integrante da união pessoal tem suas próprias leis, restringindo-se a união à pessoa do chefe; (2) a união real, que normalmente resulta da união pessoal, é caracterizada por uma aproximação mais íntima entre os Estados, que apresentam órgãos comuns e uma única representação no plano internacional (v.g.: a união austro-húngara após 1918 e a união entre Suécia e Noruega no período de 1815 a 1905); sendo esses dois primeiros modelos mera reminiscência histórica; (3) a confederação, forma em franco desuso e que consiste na reunião voluntária, por tratado, de Estados soberanos, que passam a exercer, a partir de órgãos comuns, uma

³ *Le Système Fédéral*, in DELPÉRÉE, Francis. *La Belgique Fédérale*. Bruxelles: Bruylant, 1994, p. 48.

⁴ ARDANT, Philippe. *Institutions Politiques & Droit Constitutionnel*. 4ª ed. Paris: L.G.D.J., 1992, p. 32.

⁵ *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, vol. 1. 3ª ed. Paris: Economica, 1990, p. 66.

parcela do seu poder político (v.g.: a Confederação Helvética, que, desde 1848, apesar de preservar a designação, é uma federação; note-se que sob a égide do Pacto de 1815, que se intitulava “federal”, a Suíça era considerada uma confederação⁶) – em termos práticos, ou a confederação se dissolve ou se transforma em federação, como ocorreu com os Estados Unidos da América em 1787 e com a Alemanha em 1871; e (4) o Estado federal, composto por entes (v.g.: Estados-Membros, *Länder*, Cantões etc.) dotados de autonomia política e destituídos de soberania, o que o distingue da confederação.

13. No Estado federal, fórmula mais destacada de Estado composto e que encontra o seu marco na Constituição norte-americana de 1787, não se tem uma única vontade política, mas uma pluralidade de vontades políticas, articuladas em harmonia com o balizamento constitucional, que se impõe indistintamente a todos. O conjunto dessas vontades políticas forma a União, designativo preferido pelo direito brasileiro e que indica a pessoa jurídica de direito público que personifica o Estado em suas relações internacionais e exerce os atributos da soberania. Há um desmembramento do poder político, que passa a ser exercido por entes autônomos, sem qualquer relação de subordinação entre si, de modo que “o Estado federal é uma sociedade de iguais.”⁷

14. O Estado brasileiro adotou a forma unitária sob o Império e a federativa sob a República. A Constituição de 1988, no *caput* do seu art. 1º, indica a forma de Estado adotada e os entes que integram a República Federativa do Brasil: a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Como única característica, enuncia a indissolubilidade, ao que se soma a autonomia dos entes federados, esta última prevista no *caput* do art. 18. Ínsita na autonomia tem-se a igualdade formal dos entes federados, todos legítimos integrantes da federação brasileira. No plano material, a igualdade termina por ser subjugada, verificando-se um nítido escalonamento, em termos de competência legislativa e capacidade financeira, entre os entes maiores e aqueles que os integram (v.g.: a União em relação aos Estados, o Distrito Federal e os Municípios; os Estados em relação aos Municípios).

15. A tão propagada autonomia entre os entes federativos longe de desenvolver-se no plano dos conceitos é construída a partir dos lineamentos traçados pela ordem constitucional. Embora seja correto afirmar que o Estado brasileiro e o norte-americano adotam a forma federativa de Estado, é factível que tal não se dá de maneira idêntica, o que decorre do próprio processo de surgimento desses Estados. A federação brasileira surgiu a partir de um movimento centrífugo, em que um Estado unitário foi subdividido, com a consequente concessão de autonomia política às suas partes; a norte-americana, por sua vez, surgiu a partir de um movimento centrípeto, em que Estados independentes se uniram, deixaram de existir e fizeram surgir um novo Estado,

⁶ AUBERT, Jean-François. *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, vol. I. Neuchatel: Éditions Ides et Calendes, 1967, p. 200; e FAVRE, Antoine. *Droit Constitutionnel Suisse*. 2ª ed. Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1970, p. 39–42.

⁷ DELPÉRÉE, Francis e VERDUSSEN, Marc. *Le Système Fédéral*, in DELPÉRÉE, Francis. *La Belgique Fédérale*. Bruxelles: Bruylant, 1994, p. 50.

de natureza composta, o que resultou no reconhecimento da autonomia política de suas partes. À luz desse quadro, era natural que a União, no Estado brasileiro, continuasse fortalecida, enquanto os Estados, no exemplo norte-americano, outrora soberanos, preservassem relevantes competências administrativas e executórias. Portanto, a própria noção de autonomia não prescinde de detalhada análise do formato que a ordem constitucional lhe atribuiu.

16. A exemplo dos entes federados, o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados são autônomos entre si. Etimologicamente, autonomia deriva da união das palavras gregas *auto*, que indica aquilo que é próprio, e *nomia*, que significa regra, norma. Em termos gerais, entende-se por autonomia a prerrogativa de estabelecer as próprias normas que devem ser seguidas. Autonomia, por certo, não se confunde com soberania; em verdade, a autonomia interage com a soberania em uma relação de continência, sendo por ela abrangida.

17. Em alguns casos, o próprio Constituinte Originário confere autonomia a determinadas estruturas organizacionais: os Poderes, os Entes da Federação, o Ministério Público, as Cortes de Contas, as Universidades etc. Em outros, a autonomia é assegurada pelos organismos que receberam a sua autonomia da Constituição, não existindo qualquer óbice ao surgimento de novas autonomias, desde que observados o procedimento previsto em lei e os limites já traçados. Nesses casos, ter-se-á uma autonomia “derivada”, que será necessariamente mais restrita que aquela ostentada pelo ente que a concedeu, o qual já fora limitado pelo Constituinte. Como exemplo de autonomia derivada, pode ser mencionada a situação das estruturas administrativas que, por deliberação do ente federativo, passam a gozar de autonomia.

18. Costantino Mortati,⁸ discorrendo sobre as características intrínsecas e a *ratio* da autonomia, afirma que “tal termo, segundo o seu significado (do grego: *autos* – si próprio, *nemein* – governar), quer significar a liberdade de determinação consentida para um sujeito, traduzindo-se no poder de estabelecer para si a lei reguladora da própria ação, ou, mais compreensivamente, o poder de prover os interesses próprios e, portanto, de gozar e dispor dos meios necessários para obter uma harmônica e coordenada satisfação dos mesmos interesses”.

19. Tratando-se de entes públicos, que devem necessariamente observar as características inatas de um Estado de Direito, dentre as quais avulta o princípio da legalidade, o alcance da autonomia, que encerra um conceito nitidamente polissêmico, haverá de estar delineado na norma. A autonomia, assim, poderá variar em distintos graus, cujo patamar mínimo será a mera autonomia administrativa e o limite máximo a própria soberania.

20. Especificamente, em relação ao Ministério Público, a Constituição da República lhe assegurou, de forma expressa, autonomia funcional e administrativa

⁸ *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II. 7ª ed. Pádua: Cedam, 1967, p. 694.

(art. 127, § 2º), e, implicitamente, garantiu-lhe autonomia financeira (art. 127, § 3º). A Lei nº 8.625/93, em seu art. 3º, fez referência expressa à autonomia nessas três vertentes. Como se vê, à Instituição foi outorgada uma autonomia extremamente elevada, praticamente inviabilizando qualquer ingerência exterior em sua organização. A exceção, por óbvias razões, está situada na ausência de uma ampla autonomia normativa, pois, em um Estado de Direito, é de todo desaconselhável que uma instituição, sem a influência de qualquer outra, possa editar toda a normatização que deverá seguir. Evitar esse tipo de inconveniente, aliás, é uma das justificativas do sistema dos freios e contrapesos.⁹

21. No que diz respeito à autonomia administrativa do Ministério Público, com especial ênfase para a gestão dos seus recursos materiais e humanos, a Constituição da República, ao mesmo tempo em que a consagrou, estabeleceu três exceções a ela: a) a nomeação do Procurador-Geral de Justiça é realizada pelo Chefe do Executivo (art. 128, § 3º); b) o Procurador-Geral de Justiça pode ser destituído por deliberação do Poder Legislativo (art. 128, § 4º); e c) os membros vitalícios somente podem perder o cargo por força de sentença judicial transitada em julgado (art. 128, § 5º, I, a). Note-se que o próprio Conselho Nacional do Ministério Público deve “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público” e, para tanto, pode “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências” (art. 130-A, § 2º, I). Além disso, está autorizado a realizar o controle de juridicidade dos atos praticados com base na autonomia administrativa e financeira. Sempre que destoarem do referido referencial de juridicidade, hão de ser reformados, o que não importa em qualquer afronta ao alicerce de sustentação da autonomia das Instituições controladas.

22. A partir das características basilares da forma federativa do Estado brasileiro e da autonomia existencial de cada um dos ramos do Ministério Público, é possível adentrar no delineamento dos contornos essenciais da unidade institucional. E, nesse particular, deve ser lembrado que o enunciado linguístico de natureza normativa, enquanto projeto de regulação funcionalmente direcionado ao ambiente sociopolítico, realidade viva e dinâmica, não pode permanecer indiferente aos distintos fatores que se projetam sobre esse ambiente e concorrem para o seu delineamento. Todo e qualquer enunciado linguístico, normativo ou não, se interrelaciona com determinados fatores que influem na formação do seu significado e respectivo alcance. Essa influência tanto pode contribuir para elucidar os seus contornos semânticos, facilitando a superação de possíveis vaguezas ou ambiguidades (é a “desambiguação” a que se referiu Luzzati¹⁰), como pode estimular o próprio surgimento desse tipo de interferência no processo de comunicação, o que decorre da agregação de complicadores que o enunciado linguístico, concebido em sua individualidade, não ostentava. Esses fatores são colhidos no universo existencial de cada enunciado, vale dizer, no contexto em que inserido, que pode ser visto

⁹ Cf. GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Direitos Sociais, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* vol. 46, nº 2, p. 905, 2005.

¹⁰ *L'interprete e il legislatore: saggio sulla certezza del diritto*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 623.

sob uma perspectiva linguística ou não-linguística. Aliás, remonta aos romanos o brocardo “*lex non est textus sed contextus*”. Alguns autores reservam o designativo contexto ao universo linguístico, referindo-se ao não linguístico como *situação*.¹¹

23. De modo simples e objetivo, pode-se afirmar que o contexto linguístico é formado pelos demais enunciados normativos existentes dentro e fora da ordem constitucional, enquanto o não linguístico é oferecido pelo ambiente sociopolítico em que se projetará o padrão normativo a ser delineado pelo intérprete. É intuitivo, portanto, que a unidade institucional jamais poderia ser concebida dissociada do seu entorno, de modo que, a partir dessa singela base semântica, fosse possível surgir um sistema próprio, estruturado e desenvolvido pelo intérprete com o só recurso ao léxico.

24. Se o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados são autônomos entre si, isso nos planos administrativo, financeiro e funcional, como compatibilizar essa autonomia com a unidade institucional?

25. A resposta a esse questionamento exige seja aferido se as noções de unidade e variedade são necessariamente antinômicas ou se podem ser argumentativamente compatibilizadas. Invocando a sistematização oferecida por Karen Gloy,¹² é possível afirmar que, no primeiro caso, teremos “a unidade com exclusão da variedade” (*Einheit mit Ausschluss der Mannigfaltigkeit*) e, no segundo, “a unidade com inclusão da variedade” (*Einheit mit Einsschluss der Mannigfaltigkeit*). No ambiente sociopolítico, caracterizado pelo pluralismo, essa última possibilidade é frequente, permitindo que a diversidade de características culturais coexista com uma síntese identitária, vale dizer, com o delineamento de valores comuns que expressem a essência do grupamento.¹³

26. A estrutura do Ministério Público brasileiro apresenta uma nítida distinção em relação à forma federativa do Estado. Nessa última, como se disse, a União personifica a República Federativa do Brasil, resultando da “união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” (CR/1988, art. 1º). Já o Ministério Público “abrange” o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados. Nesse caso, os congêneres da União e dos Estados, em seu conjunto, integram o que se denomina de “Ministério Público”. A peculiaridade é que enquanto a União possui real existência, o denominado “Ministério Público”, concebido de modo dissociado de seus ramos, é uma instituição empírica, que sequer alcança a realidade. Se o Ministério Público “não existe”, qual é a *ratio essendi* da sistemática constitucional? A resposta é simples: o objetivo é o de estabelecer uma identidade comum entre os distintos ramos que materializam o “Ministério Público”, todos imbuídos da mesma teleologia, a de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CR/1988, art. 127, *caput*).

¹¹ Cf. ROSS, Alf. Direito e Justiça (*On Law and Justice*). Trad. de BINI, Edson. São Paulo: Edipro, 2003, p. 143; e MODUGNO, Franco. *Interpretazione Giuridica*. Padova: CEDAM, 2009, p. 112 e 136.

¹² GLOY, Karen. *Einheit und Mannigfaltigkeit: eine Strukturanalyse des “und”*: systematische Untersuchungen zum Einheits- und Mannigfaltigkeitsbegriff bei Platon, Fichte, Hegel sowie in der Moderne. Berlin: Walter de Gruyter, 1981, p. 83 e ss.

¹³ FÜCHS Ralph. Risse in Gebäcke, Kulturelle differenz im Vereinigten Deustchland, in: PROBST, Lothar e STIFTUNG, Heinrich-Böll. *Differenz in der Einheit*. Berlin: Ch. Links Verlag, 1999, p. 9 e ss.

27. Ao dispor sobre a existência de um único Ministério Público, que abrangeria uma diversidade de instituições autônomas entre si, a Constituição de 1988 encampou “a unidade com inclusão da variedade”. A partir dessa conclusão, pode-se afirmar que o princípio da unidade, contemplado no § 1º do art. 127 da Constituição de 1988, atua como evidente reforço argumentativo, indicando que tanto o Ministério Público da União como os Ministérios Públicos dos Estados, cada qual em sua esfera de atribuições, atuam como partes indissociáveis de um único e mesmo corpo.

28. A unidade do Ministério Público não é um conceito passível de ser delineado com o só recurso à criatividade do intérprete. Toda e qualquer leitura desse princípio há de ser realizada com as lentes da Constituição, daí decorrendo a possibilidade de as distintas instituições autônomas que integram o conceito mais amplo de Ministério Público aproximarem-se ou distanciarem-se conforme os balizamentos constitucionais. Nessa linha, constata-se que a unidade, por si só, não legitima a pretendida simbiose existencial entre instituições integradas a entes federativos diversos, dotadas de autonomia administrativa e que administram o seu quadro de pessoal consoante os balizamentos fixados em lei.

II.II. O Caráter Nacional do Ministério Público¹⁴

29. Da unidade do Ministério Público brasileiro, delineada nos moldes da ordem constitucional, também decorre o seu caráter nacional. A Constituição de 1988, no auge de sua unidade orgânico-sistêmica, após disciplinar, em seu Título III, os aspectos básicos da “Organização do Estado”, tratou, no título seguinte, da “Organização dos Poderes”, ocasião em que traçou uma disciplina nitidamente diferenciada para os Poderes Legislativo e Executivo (Capítulos I e II) e para o Poder Judiciário e o Ministério Público (Capítulos III, IV, Seção I).

30. A disciplina do Legislativo é especificamente voltada ao plano federal, sendo ali reguladas as competências do Congresso Nacional e de suas Casas, as prerrogativas dos Parlamentares e o processo legislativo federal. Técnica idêntica foi adotada em relação ao Executivo, onde somente o Presidente da República e os órgãos que lhe são correlatos tiveram suas atribuições disciplinadas pelo texto constitucional.

31. Ao tratar do Judiciário, a Constituição adotou uma técnica nitidamente distinta. Inaugurando o Capítulo III do Título II, são relacionados todos os órgãos do Poder Judiciário, vinculados à União ou aos Estados, clara demonstração do caráter nacional da magistratura, conclusão que é robustecida com o extenso rol de princípios veiculados pelo art. 93 e pelas garantias e vedações constantes do art. 95, isso sem olvidar a existência de um órgão comum de controle, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

32. Especificamente em relação ao Ministério Público, constata-se a adoção de uma técnica idêntica àquela utilizada para o Judiciário. O art. 128 relaciona todos

¹⁴ Esse item reproduz parte do que sustentamos em Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 109.

os órgãos da Instituição, quer vinculados à União, quer aos Estados, o que permite seja alcançada conclusão idêntica àquela prevalecente em relação à Magistratura. Sujeita todos os ramos da Instituição aos princípios do art. 127, havendo expressa remissão ao art. 93 (art. 129, § 4º), e estende a todos as mesmas garantias e vedações constantes do art. 128, § 5º. Não bastasse isso, ainda criou um órgão comum para o controle externo, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

33. Apesar de Ministério Público e Poder Judiciário ostentarem caráter nacional, são factíveis as distinções estruturais estabelecidas pelo texto constitucional. Essa observação torna-se relevante justamente em razão de algumas iniciativas do Conselho Nacional do Ministério Público, que tem buscado uniformizar as práticas adotadas nos distintos ramos da Instituição. Para tanto, invoca, com frequência, as medidas adotadas no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, isso sem atentar para as distinções existentes entre as estruturas controladas.

34. O Poder Judiciário, como se sabe, é regido por uma única lei orgânica, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal e cognominada, pelo art. 93, *caput*, da Constituição de 1988, de “Estatuto da Magistratura”. Em consequência, não obstante a inserção desse Poder no âmbito de um Estado Federal, em que o Estado-membro, em suas estruturas orgânicas, conta com órgãos jurisdicionais, somente a União pode legislar sobre a matéria. Os Tribunais de Justiça carecem de poder de iniciativa e as Assembleias Legislativas não podem incursionar nessa temática. Esse é um dos aspectos mais característicos da unidade do Poder Judiciário brasileiro, que se desenvolve em um plano de verticalidade, de modo que, principiando pela base, há sempre um órgão superior capaz de rever as decisões proferidas pelo órgão inferior, até que, alcançado o plano mais elevado, ocupado pelo Supremo Tribunal Federal, as decisões não são passíveis de serem revertidas por qualquer outro órgão.

35. Diversamente ao que se verifica em relação ao Poder Judiciário, que conta com um “Estatuto da Magistratura”, de iniciativa do seu órgão de cúpula, o Ministério Público não possui um “Estatuto do Ministério Público Brasileiro” e muito menos um órgão de cúpula que possa propô-lo ao Poder Legislativo. Nesse particular, a distinção é substancial. E qual foi a técnica adotada pela Constituição de 1988? Entre os extremos da unidade normativa, sujeitando o Ministério Público Brasileiro a uma única e mesma lei, e da total ausência de regramentos comuns, optou por uma via intermédia, em que a unidade coexiste com a variedade. Em outras palavras, apesar de o Ministério Público da União e cada Ministério Público Estadual contar com a sua própria Lei Orgânica, foi estabelecido que os últimos deveriam permanecer adstritos aos balizamentos oferecidos pelas normas gerais editadas pela União. A Constituição de 1988 dispôs que seriam de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que tratassem da organização do Ministério Público da União, facultada igual iniciativa ao Procurador-Geral da República, ou que veiculassem normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados (arts. 61, § 1º, II, d; e 128, § 5º). Acresceu, ainda, que, leis complementares da União e dos Estados, observadas, em relação aos últimos, as normas gerais veiculadas pela União, estabeleceriam a “organização, as atribuições e

o estatuto de cada Ministério Público” (art. 128, § 5º). Com isso, todo e qualquer ramo do Ministério Público teria uma lei complementar que o regeria. É perceptível, desse modo, que o sistema constitucional reconheceu a variedade como uma característica inerente ao Ministério Público. Com os olhos voltados às instituições estaduais, é possível afirmar que só há uniformidade em relação às matérias em que a norma geral assim o desejou.

36. A partir dessa premissa inicial, é possível afirmar que o objetivo do Conselho Nacional do Ministério Público, em relação aos Ministérios Públicos Estaduais, jamais pode ser o de estabelecer uma “uniformidade deformante”. E isso por uma razão muito simples: a alegada uniformidade somente será alcançada se for alargado o alcance da norma geral editada pela União, que deve ser necessariamente veiculada em lei, de iniciativa privativa do Presidente da República. Conclui-se, desse modo, que a “uniformização” será alcançada à custa da “deformação” da ordem constitucional.

37. É possível afirmar que a uniformização é um objetivo natural em relação ao Poder Judiciário, estrutura verticalizada e regida por uma única lei orgânica. Não o é, no entanto, para o Ministério Público.

38. Como se percebe, além de o caráter nacional do Ministério Público apresentar sensíveis distinções em relação a igual característica do Poder Judiciário, a sua essência é oferecida pela ordem constitucional, não sendo delineada a partir de puras aspirações, por mais nobres que sejam. E, nesse particular, o art. 128, § 5º, da Constituição de 1988, como dissemos, dispôs que cada Estado editaria lei complementar dispondo sobre a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observados os balizamentos estabelecidos pelas normas gerais editadas pela União. Portanto, o caráter nacional do Ministério Público não afasta a constatação de que cada unidade do Ministério Público é regida por uma base normativa distinta, permanecendo unidas entre si por alguns poucos traços comuns.

39. É evidente que os traços estruturais da carreira, além de tangenciarem a organização do Ministério Público, já que influem diretamente sobre o escalonamento funcional, consubstanciam matéria típica do estatuto de cada Ministério Público. Em cada lei orgânica serão definidas as regras de surgimento, progressão e extinção do vínculo funcional.

II.III. A Carreira do Ministério Público

40. Carreira, consoante a doutrina especializada, indica o conjunto de classes – as quais congregam vários cargos –, organizado de modo a permitir a progressão funcional, consoante os critérios previstos em lei, que são o mérito e a antiguidade. Os cargos que integram as classes são considerados cargos de carreira. Cargos isolados, por sua vez, são aqueles que fazem parte do quadro, mas não possibilitam a progressão funcional.

41. Os membros do Ministério Público ocupam cargos de carreira. No âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais, o delineamento dos cargos e das classes da carreira

é estabelecido em cada lei orgânica estadual, já que a Lei nº 8.625/1993, restrita que está às normas gerais, não avança em minúcias dessa natureza. Os cargos existentes apresentam diversas variações. Há Estados que adotam divisões mais singelas, como as de Promotor de Justiça Substituto, Promotor de Justiça e Procurador de Justiça e outras divisões mais complexas, prevendo a existência de Promotores de 1ª, 2ª e 3ª entrância, bem como de entrância especial. O mais comum, de qualquer modo, é que a atuação em segunda instância seja vinculada aos ocupantes de um único cargo, o de Procurador de Justiça. Cada um dos cargos existentes costuma representar uma classe da carreira. O acesso à classe inicial pressupõe a prévia aprovação em concurso público de provas e títulos e a correlata posse no cargo correspondente. As classes subsequentes da carreira serão alcançadas a partir da promoção aos cargos correspondentes, o que é realizado com a observância das normas estabelecidas no estatuto do respectivo Ministério Público.

42. Com a inatividade, os membros do Ministério Público deixam de integrar a carreira, já que não mais ocupam o cargo para o qual foram nomeados. Com isso, será possível que outro agente venha a ingressar na carreira ou mesmo ocupar o antigo órgão do inativo após concurso de remoção ou promoção. A Lei Orgânica Nacional, aliás, não deixa margem a dúvidas quanto ao acerto dessa conclusão: a) o membro do Ministério Público poderá se aposentar, facultativamente, “após cinco anos de efetivo exercício na carreira” (art. 54); e b) o Capítulo IX, intitulado “Da Carreira”, trata do ingresso nos cargos iniciais da carreira, dos critérios de promoção e remoção e do retorno daqueles que estavam na inatividade, indicando claramente que os agentes que se encontram nesta situação não integram a carreira. Idêntico entendimento será aplicado em relação aos agentes que se encontrem em disponibilidade, os quais, não obstante fora da carreira em razão da inatividade, podem a ela volver em caso de aproveitamento (art. 68).

43. Na medida em que as unidades do Ministério Público estão distribuídas entre a União e os Estados, entes federativos politicamente autônomos, sendo elas próprias dotadas de autonomia administrativa, sujeitando-se, ainda, a normas próprias, que se aproximam entre si em razão de alguns traços comuns, é factível inexistir a mínima possibilidade de falarmos na existência de uma única carreira no Ministério Público.

44. Não se ignora, é certo, que o art. 127, § 2º, da Constituição de 1988 emprega o substantivo “carreira” no singular. No entanto, seria lógico e razoável afirmar que a ausência de flexão desse significante é suficiente para subsidiar a tese de que há uma única carreira? Esse questionamento pode ser respondido com outros dois: (1º) quando o art. 37, VI dispõe que “é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical”, ele autoriza a conclusão de que há um único servidor público no Brasil? (2º) na medida em que o art. 37, V dispõe que, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, os cargos em comissão devem ser preenchidos por “servidores de carreira”, seria possível afirmar que todos os servidores públicos brasileiros estão integrados à mesma carreira? Jocosidade à parte, é evidente que a

parte final do art. 127, § 2º está conectada à parte inicial, que assegura a autonomia funcional e administrativa do Ministério Público e lhe confere a prerrogativa de “propor ao Poder Legislativo” (...) “os planos de carreira”. Os atributos da autonomia funcional e administrativa alcançam cada unidade do Ministério Público, concebida em sua individualidade, o que permite concluir, por mera inferência lógica, que cada unidade terá o seu plano de carreira.

45. Na medida em que cada unidade do Ministério Público, por imperativo constitucional, tem o seu próprio plano de carreira, podendo delineá-lo da maneira que melhor lhe aprouver, é factível que nem sempre teremos identidade no número de classes da carreira e, por via reflexa, no quantitativo e na nomenclatura dos cargos existentes.

46. Outro aspecto digno de nota em relação à carreira diz respeito à sua mobilidade nos planos horizontal e vertical. No plano horizontal, os membros se movimentam no interior da mesma classe, o que é feito a partir dos institutos da remoção e da permuta. No plano vertical, o movimento ocorre de maneira ascendente, de modo que o membro passa, em caráter definitivo ou temporário, de uma classe inferior para outra superior, o que é feito, respectivamente, por intermédio da promoção e da convocação. Todos esses institutos tiveram os seus lineamentos básicos traçados pela Lei nº 8.625/1993. Considerando a completude desse quadro, como seria possível sustentar que, existindo uma “única carreira”, somente a permuta estaria ao alcance dos membros de Ministérios Públicos diversos? A resposta mostre-se evidente: se a permuta enfrenta sólidas dificuldades jurídicas e pragmáticas, com especial ênfase para a ausência de identidade entre as classes das carreiras, essas dificuldades seriam simplesmente insuperáveis se a tese avançasse em direção à remoção, à promoção e à convocação. E isso por duas razões básicas: (1ª) como uniformizar a lista de antiguidade e avaliar os critérios de merecimento de membros de instituições diversas? e (2ª) qual o Conselho Superior que seria responsável por essa atividade? Essas dificuldades bem evidenciam a impossibilidade de ser promovida uma simbiose existencial entre membros de carreiras diversas.

II.IV. Da Prévia Aprovação em Concurso Público para Ingresso na Carreira do Ministério Público

47. Além da tese de que todos os membros do Ministério Público integram a mesma carreira, o que, como vimos, não corresponde à nossa realidade normativa, também se argumenta, em prol da permuta entre Ministérios Públicos de Estados diversos, que os interessados foram aprovados em concursos públicos praticamente idênticos.

48. A realização de processo seletivo para o ingresso nos quadros da Administração Pública, de modo a prestigiar os referenciais de moralidade e impessoalidade, é prática que, conquanto antiga no direito brasileiro, tem sofrido contínuos aperfeiçoamentos. As modificações verificadas no decorrer da história estão centradas em dois planos. O primeiro diz respeito à ampliação do processo

seletivo, de modo a garantir a igualdade entre todos e a admissão dos mais qualificados. O segundo, por sua vez, está relacionado à restrição dos cargos que não dependem da prévia realização de processo seletivo para o seu preenchimento. No âmbito constitucional, o comando exigindo a realização de um “concurso de provas” foi inicialmente inserido no art. 169, *caput*, da Constituição de 1934. Face à ausência de qualquer exigência de que esse concurso fosse “público”, sedimentou-se a prática, no âmbito da Administração Pública brasileira, de serem realizados “concursos internos”, coexistindo, ou não, com os “concursos públicos”, sendo de acesso restrito àqueles já integrados aos quadros públicos, estáveis ou não. Essa sistemática foi preservada nas duas Constituições posteriores (*vide* as de 1937, art. 156, *b e c*; e de 1946, art. 186), sendo modificada pela Constituição de 1967 (art. 95, § 1º), que exigia, para a “nomeação para cargo público”, “a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”. A moralização, no entanto, teve vida curta, já que a Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 97, § 1º) passou a exigir a prévia aprovação em concurso público, apenas, para “a primeira investidura em cargo público”. Essa norma revigorou os “concursos internos”, tendo afastado, apenas, a participação dos servidores não aprovados previamente em um concurso público, como os ocupantes de cargos em comissão.

49. Por fim, a Constituição de 1988 restabeleceu a exigência do concurso público para a investidura em qualquer cargo ou emprego público, o que tornou injurídicas as figuras da transposição entre cargos e da ascensão funcional. Tratando-se de práticas já arraigadas no pensamento coletivo, era natural que houvesse grande resistência à sua extinção. Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal foi instado a pronunciar-se, em diversas ocasiões, sobre a tentativa de reintrodução desses institutos espúrios nos diversos quadrantes da Federação. Em todas elas, não tergiversou com a patente inconstitucionalidade. Assim ocorreu em relação (a) ao art. 23 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/2000, que determinou a incorporação, sem concurso público, em situações específicas, de policiais civis à carreira de Delegado de Polícia (STF, Pleno, ADI nº 2.939/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 19/02/2004, DJ de 26/03/2004); e (b) ao § 1º do então art. 185 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, segundo o qual a carreira de Delegado de Polícia fazia parte da carreira única da polícia civil e determinava que a metade das vagas deveria ser reservada ao acesso por ascensão funcional (STF, Pleno, ADI nº 245/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 05/08/1992, DJ de 13/11/1992). Afinal, no entender do Tribunal, “[o] ingresso em cargo isolado ou cargo inicial de certa carreira deve dar-se obrigatoriamente por concurso público à vista do que dispõe o artigo 37 – II da Constituição Federal, com a ressalva dos cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. O Supremo já proclamou, em mais de um juízo plenário, a inconstitucionalidade da ascensão funcional enquanto forma de ingresso em carreira diversa daquela que o servidor público começou por concurso” (STF, Pleno, ADI nº 362/AL, Rel. Min. Francisco Rezek, j. em 21/11/1996, DJ de 04/04/1997).

50. Se uma pessoa foi aprovada em concurso público e ingressou nos quadros do Ministério Público X, é evidente que a permuta para o Ministério Público Y importará em transposição de cargos pertencentes a carreiras distintas. E, aqui, não socorre o argumento de que o respectivo membro já fora aprovado em concurso público, não fazendo sentido que se submeta a novo certame. Se a tese era menos absurda quando cotejada com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, isso se abstrairmos o fato de a transposição ocorrer entre Estados distintos, ela é simplesmente inconciliável com a Constituição de 1988, que exige a prévia aprovação em concurso público para o acesso à classe inicial de qualquer carreira do funcionalismo público.

51. Outro argumento digno de nota, esse de natureza pragmática, não propriamente jurígena, é o de que o Estado brasileiro não é propriamente um referencial de nivelamento social e econômico. Essa realidade, como não poderia deixar de ser, projeta-se no plano dos concursos públicos, que tendem a apresentar níveis de dificuldade proporcionais não só à natureza dos cargos em disputa, como, também, aos atrativos oferecidos pela respectiva região. Ainda que se desconheça a existência de estudos científicos a esse respeito, é intuitivo que os concursos de acesso às carreiras do Ministério Público, em razão da própria realidade circundante, dificilmente terão o mesmo nível de dificuldade. Essa constatação, no entanto, mostra-se nitidamente secundária à análise da situação proposta. Afinal, a descentralização do concurso de acesso à carreira não é ontologicamente incompatível com a unidade da carreira. O que se impõe é a análise, caso a caso, da observância dos princípios reitores do sistema, com especial ênfase para a isonomia.

52. Apesar de desconhecemos as especificidades do processo de permuta adotado em algumas carreiras federais, como aquelas afetas aos Juízes Federais, aos Juízes do Trabalho e aos membros do Ministério Público da União, é factível que, ao menos no plano conceitual, tal somente seja possível se a permuta for realizada entre integrantes da mesma carreira.

II.V. Da Legalidade Administrativa¹⁵

53. O apogeu do Estado de Direito, com a correlata necessidade de que todas as estruturas de poder submetam-se à ordem jurídica, exige que todos os atos estatais busquem o seu fundamento de validade em um padrão normativo. Os atos administrativos hão de ser praticados com estrita observância dos pressupostos legais, o que, por óbvio, abrange as regras e princípios que defluem do sistema; a atividade legislativa, por sua vez, somente produzirá comandos normativos válidos caso permaneça harmônica com a Constituição da República; e a atividade jurisdicional, não obstante o livre convencimento do julgador, deve manter-se adstrita às normas constitucionais e infraconstitucionais, sendo defesa a prolação de decisões dissonantes do sistema jurídico.

¹⁵ Esse item reproduz parte do que sustentamos na 1ª parte da obra *Improbidade Administrativa*. 8ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 123.

54. Especificamente em relação ao princípio da legalidade, é possível concebê-lo sob uma perspectiva dúplice, vale dizer: a) como uma *relação de compatibilidade* do ato com a lei, resultando na não contrariedade dos preceitos normativos; ou b) como uma *relação de conformidade* do ato com a lei, o que somente legitimaria a atuação estatal em havendo previsão normativa e na medida em que os atos praticados se mantivessem adstritos aos seus limites.

55. Embora não haja dúvidas quanto ao fato de nenhum agente público estar autorizado a praticar atos contrários à lei, o que inclui o dever de agir ou de abster-se sempre que esta última o determinar, o mesmo não pode ser dito das situações em que inexistia previsão legal. Nesse caso, estará o agente legitimado a agir da forma que melhor lhe aprouver para a consecução do interesse público? Atualmente, o princípio da legalidade é concebido em uma perspectiva distinta da de outrora, época em que a atividade estatal não tinha como pressuposto a previsão normativa, mas, unicamente, a ausência de limitação normativa.

56. Com o evoluir da doutrina publicista e a contínua reflexão sobre o papel desempenhado pelo Estado, a lei deixou de ser, apenas, um fator de limitação da atividade estatal, passando a assumir a posição de seu substrato legitimador, o que interdita a prática de atos contrários ou fora dos limites da lei e torna cogente a obrigação de agir de acordo com a lei, conforme a conhecida fórmula de Stassinopoulos.¹⁶

57. Como consectário lógico da organização política da República Federativa do Brasil, o princípio da legalidade encontra previsão expressa no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, sendo de observância cogente por parte da Administração Pública. O tratamento dispensado pelo sistema constitucional¹⁷ ao referido princípio denota claramente que, regra geral, deve existir uma *relação de conformidade* entre os atos administrativos e a lei. A atividade estatal deve adequar-se ao princípio da legalidade em uma dupla vertente: pressupõe a antecedência da lei e deve ser conforme a ela sob os prismas formal e material.

58. A subordinação da atividade administrativa à lei é concebida em um sentido negativo, sendo o princípio da legalidade o limite a que estará sujeita a Administração, contendo sua atuação, e, em um sentido positivo, somente podendo a Administração fazer o que por lei seja consentido¹⁸. Nesse último sentido, constata-se a *relação de conformidade* que deve existir entre o ato e a lei.

59. Percebe-se que a *conformidade* contém em si a *compatibilidade*, pois o ato conforme a lei será necessariamente compatível com ela. Acresça-se que, no sistema da conformidade, a Administração somente pode atuar após a intervenção do legislador, enquanto que, no sistema da compatibilidade, a atuação é admissível independentemente da existência de expressa disciplina legal, o que resulta em maior restrição no primeiro sistema e em ampla liberdade no segundo.

¹⁶ *Traité des Actes Administratifs*. Paris: L.G.D.J., 1973, p. 19, 68 e 106.

¹⁷ Na Constituição da República, também são manifestações expressas do princípio da legalidade os arts. 5º, II (geral) e XXXIX (matéria penal), 84, IV (adstrição do Executivo à lei) e 150, I (matéria tributária).

¹⁸ Cf. ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1960, p. 9.

60. Essa relação de conformidade do ato com a lei somente não será exigível nas hipóteses em que a norma assim o dispuser. É o que ocorre com os regulamentos, que têm o seu limite estabelecido pela lei e devem manter uma relação de adequação com ela, mas podem dispor sobre tudo aquilo que não infrinja o princípio da reserva de lei e não contrarie os termos da norma cuja execução visam a disciplinar. Tem-se, com isso, uma nítida relação de compatibilidade em relação às disposições que não se limitem a repetir o conteúdo da lei. No que concerne aos atos cuja disciplina não esteja estritamente prevista em lei (v.g.: atos de guerra, pedagógicos, científicos etc.), apenas a sua execução não precisará manter uma relação de conformidade com a lei, pois seria inconcebível tamanho elastério desta última, mas tal relação deverá ser observada quanto à base legitimadora do ato, que se manifestará na aferição da legalidade dos seus elementos, o mesmo ocorrendo em relação aos atos discricionários.

61. Como desdobramento dessas considerações, conclui-se que o fato de a lei não vedar, *expressamente, a permuta entre membros de Ministérios Públicos diversos, jamais poderia ser visto como aquiescência tácita a esse desiderato.*

III

62. Ainda que razões humanísticas efetivamente sensibilizem o intérprete, *de lege lata, não há como admitir-se a permuta entre membros de Ministérios Públicos de Estados diferentes.*

63. É o parecer, *s.m.j.*

Rio de Janeiro, 7 de maio de 2014.

EMERSON GARCIA

Promotor de justiça

Parecer ministerial. Promotoria de Justiça junto à 1ª Vara Cível da Comarca de Maricá. Direito à saúde. Entrega de medicamentos não padronizados. Mal de Alzheimer. Receita de médico particular.

Leonardo Cuña de Souza

Processo eletrônico nº 0018541-95.2014.8.19.0031
Origem: 1ª Vara Cível da Comarca de Maricá
Ação de Obrigação de Fazer – MEDICAMENTOS

Parecer Final do Ministério Público

DIREITO À SAÚDE – ENTREGA DE MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS – MAL DE ALZHEIMER – CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS – RECEITA DE MÉDICO PARTICULAR – QUESTIONAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – ILEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO – CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO EM AÇÕES INDIVIDUAIS – TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA – ATRIBUIÇÃO PARA INCORPORAÇÃO DE MEDICAMENTOS – INCLUSÃO DA DEMANDANTE EM SERVIÇO OU PROGRAMA EXISTENTE NO SUS – CONVERSÃO EM DILIGÊNCIAS.

MM. Juiz,

MARIA DE LOURDES OLIVEIRA propôs ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em face do **MUNICÍPIO DE MARICÁ**, a fim de que seja condenado a lhe fornecer os medicamentos e insumos descritos na fl.03; necessários ao tratamento da doença que afirma ser portadora (Mal de Alzheimer), alegando, para tanto, não ter condições financeiras para adquiri-los.

1. Relatório

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 15/30. Concedida decisão antecipatória dos efeitos da tutela pretendida em fls. 42/43. Contestação do Município (fls.63/68), aduzindo, em peça padronizada de defesa, que os medicamentos citados na inicial não constam da lista de padronização, daí estar desobrigado ao fornecimento destes. Requer a extinção do processo, na forma do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

Mais adiante (fls. 87/92), consta outra petição interposta pelo réu, na qual afirma que a União é o único ente competente pelo fornecimento de medicamentos para esta patologia clínica, inclusive existe um Programa da Administração Pública Federal, no SUS, denominado RIO FARMES (Portaria nº 491, de 23/09/2010), voltado para atendimento e fornecimento de medicamentos aos pacientes portadores de Alzheimer.

Em fl. 97, o Ministério Público requereu diligências, entre elas, a indicação, pela autora, do CID da sua doença. A parte autora se manifestou em fls. 135/136, afirmando que o tratamento neurológico a que se submete é custeado por meio de plano de saúde da qual é associada. Quanto ao CID da doença, **nada disse**. Na mesma peça manifesta-se a réplica.

Tratando-se de matéria meramente de direito, vieram os autos ao Ministério Público.

É o breve relatório.

2. Do Direito à Saúde

A presente ação soma-se a tantas outras que, a partir da segunda metade dos anos 1990, invadiram o Poder Judiciário, que foi chamado a decidir se os direitos sociais poderiam ser considerados sob a ótica individual, geradores de direitos subjetivos por parte dos cidadãos.

Compelidos pela judicialização, os julgadores brasileiros, de fato, resolveram adotar **postura ativista** nas demandas individuais, decidindo sobre a entrega de medicamentos não comuns, realização de cirurgias e internações com a utilização de novas técnicas, ainda que envolvendo valores elevados e provocando alterações orçamentárias no sistema único de saúde.

Nas palavras de INGO SARLET, saúde é direito social fundamental, ligado ao direito à garantia de uma existência digna, no âmbito do qual

se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar etc.) com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível¹.

Neste sentido, a prestação de saúde é responsabilidade do Poder Público e, sob a égide da Constituição de 1988, recai, de forma equânime, sobre os três entes federados: Municípios, Estados e União.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 313.

Assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva para a prestação de serviços de saúde, como os entes federativos costumam argumentar em suas defesas, para eximir-se do cumprimento de algumas de suas obrigações. Por outro lado, o dever comum previsto na Constituição da República, quanto à manutenção das prestações básicas relacionadas ao direito de proteção à saúde, não exclui a possibilidade de o legislador infraconstitucional definir a forma de execução de tais serviços.

Uma vez previsto na Carta o direito à saúde, a execução e prestação direta dos respectivos serviços são concretizadas na legislação infraconstitucional. Neste diapasão, a Lei nº 8.080/90 atribuiu aos Municípios tal responsabilidade (art. 18, I, IV e V). No que se refere especificamente à **assistência farmacêutica**, cumpre à União, como gestora federal do SUS, o repasse dos recursos financeiros, cabendo aos Municípios, e, supletivamente, aos Estados, a aquisição e a adequada dispensação (*entrega*) dos medicamentos.

Como se observa, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 orienta-se pelas noções de **subsidiariedade** e de **municipalização**.

No entanto, a repartição de atribuições prevista na Lei nº 8.080/90 e demais normas que regulamentam o funcionamento do SUS (Sistema Único de Saúde) não pode ser desprezada, pois ela decorre diretamente do sistema **federativo** adotado pela Constituição. Caso contrário, caminha-se para tornar o sistema dispendioso e **ineficiente**, além de servir como meio de fraudes, notadamente em vista das condenações solidárias dos entes federados a fornecer medicamentos. Tal situação acaba por privatizar os bônus e a socializar os prejuízos².

² Neste sentido, confira-se o seguinte aresto: “Para a concretização do direito à saúde, o Poder Público deve agir seletiva e distributivamente, não sendo possível ao magistrado determinar que o ente estatal suporte os custos de medicamentos que não foram previamente selecionados mediante critérios técnicos que indicam as necessidades mais prementes da população, sob pena de o Judiciário imiscuir-se na esfera de competência do Legislativo e do Executivo, interferindo no orçamento dos entes estatais e até mesmo na política de distribuição de saúde a todos os cidadãos, priorizando o direito de uns em detrimento do de muitos.” (TJMG – 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0024.08.135548-9/001 (1), Relator Silas Vieira, julgado em 24/09/2009, publicado 20/11/2009).

Ainda com relação ao tema, colacionam-se, por oportuno, os argumentos constantes no voto vencedor na Apelação Cível nº 5990432. 2010.51.01.012948-3 (julg. em 30/09/2013): “... Quanto ao tema dos medicamentos de um modo geral, verifica-se, lateralmente, que a tumultuária interferência judicial nas políticas públicas de distribuição continua a expandir.”

“Tal interferência tem gerado grande quantidade de compras sem licitação (com preços muito mais caros). De outro lado, como se centra em apreciação de apenas um caso, ela é apta a ofender a igualdade de tratamento que o Estado deve aos doentes e demais necessitados de remédios (expressa no artigo 196 da Lei Maior).”

“Em suma, essa interferência – que nunca pune ninguém, que nada manda apurar, e apenas distribui medicamentos – agride o melhor aproveitamento de recursos. A interferência primária correta, e a função do Judiciário, é punir, em litígios específicos (ações de improbidade e ações penais) os administradores que subtraem as escolhas admissíveis. Ou mandar aplicar a regra específica ao caso concreto, mas regra que valha e possa valer para todos, e respeite a isonomia preconizada no art. 196 da Lei Maior (e, também, mandando punir ou apurar a conduta de quem não cumpriu corretamente a lei).”

“A verdade é que o *casuismo* de compra urgente, com *beneplácito judicial*, mata muito mais do que salva, ao final do resultado. Ademais, o *Judiciário* é transformado em uma grande farmácia, com distribuições sujeitas a critérios não uniformes, desde prazos e remédios a aspectos laterais, como o de eventual multa. Tal como existe a Farmácia Max, ou Farmácia Pacheco, mais de duzentas mil ações invadiram o Judiciário, pedindo remédio, e dando origem à Farmácia Reserva do Possível...” (grifamos).

O caminho da transformação de direitos sociais em instrumentos de tutela individual precisa considerar que, muitas vezes, decisões judiciais que passam por cima de políticas públicas definidas pelos órgãos gestores do sistema de saúde podem ter implicações práticas e políticas. E isso afeta a **eficiência** do gasto público.

As receitas públicas dependerão sempre dos ingressos, procedentes da arrecadação de tributos ou de outras fontes. Neste sentido, os **recursos sempre estarão disponíveis em quantidades limitadas**. Diante da escassez de recursos e das múltiplas necessidades sociais, cabe ao Estado realizar **escolhas**, estabelecendo **critérios e prioridades**. Tais escolhas se dão por meio da **definição de políticas públicas**, que dependem de previsão e execução orçamentária.

Por isso mesmo, deve-se afastar a **falsa dicotomia entre eficiência e justiça**. Nas palavras de LUCIANO TIMM, uma vez escolhida uma política pública, não se justifica, moral ou eticamente, implementá-la de forma a gerar prejuízo:

Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, *não existe nada mais injusto do que o desperdício*. (...) todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (*i. e., eficiência*).³

Quando o Estado delinea política pública para atender a determinada necessidade de tratamento médico, prescrevendo quais medicamentos e procedimentos serão custeados com recursos públicos, está alocando recursos, segundo critérios técnicos e de acordo com análise de custo-benefício. Não enxergar tal realidade pode redundar em prejuízo ainda maior de toda a sociedade, em favor das perspectivas de um indivíduo ou de uma minoria.

Ainda que se reconheça a legitimidade do Poder Judiciário para intervenção em decisões da administração e do Poder Legislativo, certos limites são necessários a tal intervenção, sob pena de ocorrer violação do princípio da separação de poderes, já que *decisões sobre o fornecimento de medicamentos são verdadeiras decisões sobre alocação de recursos*, com teor nitidamente discricionário e político e, portanto, tocam originalmente ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

Acrescente-se, ainda, que o fato de o direito à saúde estar garantido constitucionalmente e de o Brasil ter feito a opção por um sistema de saúde público e universal *não significa que todos os serviços, tratamentos e medicamentos existentes no mercado devam ser*

³ TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2014, p. 27-8.

disponibilizados pelo sistema. Por isso é necessária a prévia fixação dos serviços e produtos disponibilizados à população pelo sistema de saúde, a fim de se delimitar aquilo que pode ser exigido judicialmente do Estado⁴.

Portanto, cada caso deve ser analisado *de per se*, com os olhos voltados para a política pública vigente, devendo-se fazer análise criteriosa dos pedidos trazidos ao conhecimento do Judiciário, à luz da legislação relacionada e da devida comprovação de necessidade de quem pleiteia.

3. Das Circunstâncias Concretas

No presente caso, anexos à inicial, constam apenas receituários e declarações de médico neurologista que **não integra a rede pública de saúde**. Não há qualquer exame ou laudo clínico mais detalhado, tampouco restou informado, apesar de requerido pelo *Parquet*, o CID da doença de que a autora se afirma portadora. Logo, a autora não cumpriu, ainda que minimamente com o ônus processual que lhe é imposto pelo CPC, art. 333, I.

Como afirma a inicial, a terapia recomendada pelo profissional de saúde que a atendeu, e pleiteada pela autora, implica tratamento de custo elevado, qual seja, R\$ 619,50 (seiscentos e dezenove reais e cinquenta centavos) ao mês.

No ponto, em se tratando de demandas ajuizadas envolvendo direito à saúde, outras questões, além das processuais, devem ser observadas, já que o referido direito não deve ser garantido apenas para aqueles que buscam a proteção judicial, e sim a todos os cidadãos, sem distinção.

Com efeito, apesar de todos os avanços alcançados nas últimas décadas no que tange ao acesso à Justiça, a principal clientela do Judiciário brasileiro, mesmo em demandas envolvendo direitos sociais, continua sendo a classe média. *Os segmentos mais excluídos da sociedade brasileira dificilmente vão à Justiça reclamar seus direitos, até porque, pela hipossuficiência cultural, no mais das vezes nem conhecem seus direitos.* Neste contexto, se levarmos em consideração o fato de que, diante da escassez, *as decisões explicitamente alocativas de recursos são implicitamente desalocativas*, o foco centrado nas ações individuais pode acabar funcionando como um “Robin Hood às avessas, ao sugar recursos de políticas públicas que atingiriam os mais pobres para transferi-los para a classe média.”⁵

⁴ BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. *Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos*: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. In: Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 26(1):59-69, jan, 2010.

⁵ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 211-2.

Por conseguinte, cabe verificar, antes de atender a qualquer pedido, **se há política pública para o tratamento** pleiteado. É dizer, deve-se saber se algum programa de saúde já estabelecido pelo Poder Público prevê o tratamento do quadro clínico de que padece a autora, a fim de evitar não só o esvaziamento destes programas, como o também impedir que a sociedade seja demasiadamente onerada. Com isso, evita-se a geração de **ineficiência alocativa**, fonte de injusta distribuição de recursos.

Isto porque é preciso evitar que recursos públicos sejam distribuídos de forma ineficiente, *id est*, minimizadora do resultado pretendido, geradora de desperdícios e “gargalos”, situação que não eleva o bem-estar social. Mesmo o sensível direito à saúde não justifica intervenções casuísticas, pondo em xeque políticas públicas e modelos de gestão administrativa implementados.

À minguia de provas nos autos, o subscritor (guiado pelo ancestral brocardo *iura novit curia*) promoveu pesquisa sobre o tema, obtendo as informações a seguir expostas.

3.1. Da Política Pública Existente – Ilegitimidade do Município

Primeiramente, tem-se que o Estado do Rio de Janeiro, por meio da sua Secretaria de Saúde, possui o PROGRAMA DE DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS, com objetivo de disponibilizar medicamentos para usuários do Sistema Único de Saúde, para tratamento de doenças específicas, encontrando-se entre as patologias contempladas, a Doença de Alzheimer⁶.

Portanto, **há programa público** de atendimento a pacientes; no caso do Estado do Rio de Janeiro, o **Programa RIO FARMES**, estabelecido conforme os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas da Doença de Alzheimer, determinados na Portaria SAS/MS 1.298 de 21 de novembro de 2013. Tal fato não pode ser ignorado, inclusive na solução desta demanda, que, como dito, envolve medicamento de alto valor.

Ademais, os procedimentos para o acesso aos medicamentos do CEFAP são definidos pelo Ministério da Saúde (Portaria GM/MS nº 1.554 de 30 de julho de 2013).

Neste ponto, é importante frisar que a existência de programa estatal para atender a essa demanda implica o reconhecimento de que não falta, para tratamento da enfermidade, uma **política pública**, definida como “metas e instrumentos de ação que o Poder Público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger”⁷.

Para ter acesso gratuito aos medicamentos, o usuário deve conferir se o fármaco solicitado e a patologia constam na relação atendida pelo Componente. Cada Estado define a lista de medicamentos a serem dispensados no Componente Especializado, de forma a atender todas as linhas de cuidado nele abrangidas.

No presente caso, cabe analisar os pedidos da autora.

⁶ <http://www.rj.gov.br/web/imprensa/exibeconteudo?article-id=627983>.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 899.

1. Os medicamentos RISS e EXELON **não se encontram padronizados em nenhuma lista oficial de medicamentos**; apenas os componentes RISPERIDONA e RIVASTIGMINA, **respectivamente**, estão disponibilizados como componentes especializados para dispensação pelo **ESTADO** (Portaria nº 3.439 MS/GM de 11 de novembro de 2010);
2. O fármaco ROHYPNOL (flunitrazepam), medicamento indutor do sono⁸, **não integra** nenhuma das listas de dispensação gratuita.

Assim, quanto ao pretendido fornecimento de fármacos não padronizados, temos que o receituário que instrui o presente feito, com prescrição por médico não integrante da rede SUS, é insuficiente a conferir os elementos necessários ao atendimento do pedido.

Na verdade, é recomendável que a prescrição médica venha acompanhada de laudo com as principais informações sobre o paciente e sua patologia, assim consideradas: doença; medicamento prescrito; dosagem; duração de tempo de administração do medicamento; indicação do princípio ativo; **indicação do genérico**, se houver; tratamento anterior; **exames realizados**; indicação do encaminhamento do paciente a um dos programas de saúde existentes⁹.

Ademais, de regra, não se deve interferir casuisticamente na política de distribuição de medicamentos – mormente quando os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito. Aqui, o que se pretende na ação é **entrega de tratamento não previsto** na política pública de saúde.

3.2. Do Questionamento de Políticas Públicas

Quando se cuida de prestações pelo Poder Público aos cidadãos, estamos tratando, essencialmente, de tomar decisões alocativas de recursos não inesgotáveis. Nesse sentido, além de considerar as circunstâncias do caso, é necessário atentar para as características do órgão que decide, pois certas decisões produzem **efeitos sistêmicos**, motivo pelo qual deve ser levada em consideração **a capacidade institucional do órgão**.

⁸ Substância mais conhecida como aquela usada para aplicar o golpe denominado vulgarmente “boa noite Cinderela”.

⁹ Nos termos do enunciado nº 5 do Comitê Executivo do Fórum Nacional de Saúde do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no Rio de Janeiro: “é recomendável que a prescrição médica venha acompanhada de laudo com as principais informações sobre o paciente e sua patologia, assim consideradas: doença; medicamento prescrito; dosagem; duração de tempo de administração do medicamento; indicação do princípio ativo; indicação do genérico, se houver; tratamento anterior; exames realizados; indicação do encaminhamento do paciente a um dos programas de saúde existentes”.

É preciso estar atento à racionalidade das decisões judiciais, sem rechaçar as técnicas tradicionais de interpretação constitucional, nem a ponderação de interesses (pautada pelo princípio da proporcionalidade), de suma importância para a solução das controvérsias. É preciso compreender que há ocasiões em que aspectos meramente normativos não dão suporte aos questionamentos trazidos pelos conflitos de natureza alocativa¹⁰. Nas palavras de ANDRÉ R. CYRINO:

[...] diante da circunstância de que a interpretação da Constituição, em razão de suas peculiaridades (e.g. uso de princípios e sua elevada carga valorativa), mereça o emprego de outros instrumentos e princípios interpretativos, tais como a ponderação de interesses e a razoabilidade, o debate sobre as dificuldades institucionais é uma provocação sobre a viabilidade da adoção de tais métodos. É claro que esses elementos de hermenêutica constitucional, assim como os métodos clássicos de interpretação (e.g. gramatical, sistemático, teleológico e histórico), continuam tendo um papel importante, significando um avanço no trato com os desafios trazidos pelo constitucionalismo. Todavia, há uma real necessidade de que se considerem aspectos ligados às capacidades institucionais. É importante refletir sobre a viabilidade prática de que os nossos juízes considerem tantas circunstâncias no árduo cotidiano judicial brasileiro.¹¹

Sem embargo da importância dos métodos de interpretação da Constituição já consolidados, é necessário diminuir a subjetividade na interpretação, promovendo a plena efetividade dos princípios constitucionais, ao lado do aperfeiçoamento do direito público no âmbito da Constituição. Nesse sentido, FERNANDO LEAL:

[A] utilidade vislumbrada pela perspectiva jurídico-econômica na definição do que se pode exigir do aplicador com base no princípio do Estado de Direito está exatamente na consideração permanente dos limites empíricos nos processos decisórios. Se os juízes são agentes que tomam decisões – e espera-se que eles sejam racionais –, a análise econômica do direito pode, no mínimo, ajudar-nos a compreender mais adequadamente o raciocínio jurídico e nos dar mais suporte para lidar com os problemas. Em certos meios, se a economia é a ciência da escolha racional, por que suas contribuições não devem ser aplicadas aos juízes? Muitas ações e posturas institucionais são explicadas nos limites da racionalidade econômica.¹²

¹⁰ No confronto entre a finitude de recursos e as infinitas necessidades sociais, seria atingida a **eficiência alocativa** quando a distribuição de recursos for tal que permita gerar o maior rendimento dentre as alternativas possíveis, evitando desperdício de recursos econômicos.

¹¹ CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório*: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 214.

¹² Citado por CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório*: elementos para uma interpretação

É neste contexto que se deve tratar das ações públicas na área de saúde, que envolvem decisões de natureza técnica, que comportam evidentemente escolhas tomadas pelos poderes Executivo e Legislativo, no que tange a quais insumos serão fornecidos aos cidadãos.

Noutro giro, para que se possam questionar, em ação individual, tais ações públicas, deveria a parte requerente dizer e comprovar que sua situação é peculiar, excepcional, plenamente justificável, que não se enquadra ou não é amparada em nenhum dos protocolos clínicos existentes ou programas públicos. Nesse ponto, merece aplicar a **teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova**, segundo a qual tal ônus cabe à parte com melhores condições de produzi-la¹³.

E, no caso concreto, é a própria autora que está mais apta a provar que sua situação é excepcional. Nem o Município, nem o Estado (que nem mesmo integra a demanda), têm condições de fazer a melhor prova sobre seu estado clínico, pois eles **não controlam este meio de prova**, que reside no próprio **corpo da autora**. Eventual hipossuficiência jurídica não seria argumento suficiente, por si só, para que a autora se isente de produzir a prova.

A teoria da carga dinâmica **não se confunde com a inversão do ônus da prova**, pois **não** inverte o ônus de provar **todo** o alegado, mas sim o divide, incumbindo a cada parte produzir a prova, considerando sua peculiar situação.

Incumbir ao réu (ainda que ente público) o ônus de arcar com toda a carga probatória é ignorar que a autora é que detém todas as informações sobre seu estado de saúde. Ela é quem se encontra em melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde do litígio. O réu não pode **coagi-la** a se submeter a exames clínicos e a apresentar seu histórico médico, de forma a investigar a excepcionalidade de sua situação, a justificar tratamento excepcional.

3.3. Da Atribuição para Incorporação de Medicamentos

À luz do direito posto, a atribuição para incorporação ou alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos já existentes é do Poder Executivo, na figura do Ministério da Saúde, assessorado pela **Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS**. Neste sentido, a Lei nº 8.080/90:

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz

institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 173-174.

¹³ ANTONIO JANYR DALL'AGNOL JUNIOR, sobre o tema, pontifica como premissas decorrentes da teoria: "a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; e c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc. Releva, isto sim: a) o caso em sua concretude e b) a 'natureza' do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo". In Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, nº 280, p. 11, fev.2001.

terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.”

Ora, o fato de existir tratamento prévio disponível na rede pública de saúde **não** é irrelevante. Se, de fato, é o profissional responsável quem deve definir a melhor a necessidade e a adequação para o restabelecimento da saúde do paciente, ele deve **informar se foi utilizado algum tratamento prévio e justificar o tratamento de segunda escolha**.

E desse ônus a parte autora não se desincumbiu.

Nesse passo, a discussão sobre entrega de novos medicamentos, produtos e procedimentos médicos, envolve aspectos técnicos de políticas públicas, sendo questionável a capacidade técnica do Judiciário para assumir tais competências, especialmente no bojo de ações individuais¹⁴. Deve-se evitar o risco de o juiz se substituir ao Executivo e ao Legislativo na prática de políticas públicas.

No caso das ações individuais, não há interferência direta nas políticas públicas, porque o que se objetiva é a garantia de um direito subjetivo individual. É o caso das ações em que se pleiteiam medicamentos, exames e tratamentos médicos, vagas em creches ou escolas. Embora não haja interferência direta com as políticas públicas, na prática se verifica uma interferência indireta, provocada pela grande quantidade de ações desse tipo. O custo global das prestações positivas assim obtidas é de tal ordem que acaba por praticamente obrigar o administrador público a destinar, para esse fim, verbas que estariam previstas no orçamento para atender a outros objetivos. Por exemplo, a construção de hospitais ou postos de saúde (que atendem ao mínimo existencial de toda uma coletividade) pode ficar frustrada pela necessidade de dar cumprimento às decisões judiciais proferidas em casos concretos. Como se verifica, corrige-se, parcialmente, uma omissão do poder público, beneficiando o cidadão que recorre ao Judiciário, mas se produz um mal maior para a coletividade que fica privada da implementação de determinada política pública que viria em benefício de todos. O mérito desse tipo de ação talvez seja o de pressionar o poder público na adoção de medidas corretivas de sua omissão. Por outras palavras, garante-se o direito a uma pequena parcela da população, porém afronta-se o princípio da isonomia, além de prejudicar (e não favorecer) o cumprimento de políticas públicas.¹⁵

¹⁴ “Embora seja uma modalidade sutil de ativismo judicial, uma vez que a quase totalidade das matérias que competem aos Poderes Públicos pode em algum momento ser objeto de exame pelo Judiciário, a conduta deste encontra limites que devem ser respeitados e muitas vezes estão postos pela própria natureza da causa em julgamento”. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. Rev. direito GV [online]. 2012, vol.8, nº 1, p. 037-057. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100002>.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 904-905.

Ao se manifestar contrariamente a decisões técnicas do órgão dotado de *expertise* e de experiência, o julgador deve justificar tal ingerência com base no contexto que lhe é apresentado. No dizer de HUMBERTO ÁVILA, ao tratar da intensidade do controle judicial sobre os demais poderes, “o âmbito de controle pelo Judiciário deverá ser tanto menor, quanto mais (...) difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria”¹⁶.

A especial deferência que deve ter o Judiciário em relação a decisões técnicas de órgãos dotados da capacidade institucional adequada para decidir temas técnicos é o que inspira os enunciados 12 e 16 da I Jornada de Direito da Saúde, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA:

12 – A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

16 – Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único do Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS.

4. Conclusão

Deve-se considerar que, no caso dos autos, a condenação do ente municipal **a fornecer medicamento já devidamente dispensado pelo Estado**, (no caso, RISPERIDONA e RIVASTIGMINA, disponibilizados como componentes especializados pelo Estado do Rio de Janeiro), certamente implicaria duplicidade de despesa numa área em que não se devem permitir desperdícios.

Assim, preliminarmente, verifica-se a **ilegitimidade do ente municipal**, a provocar a extinção do processo nos termos do CPC, art. 267, VI. De todo modo, à luz da teoria da asserção, o pedido deve ser julgado **improcedente**, por todas as razões acima alinhadas.

Entretanto, caso este d. juízo entenda pela legitimidade do Município de Maricá, entende o MP, à luz do acima exposto, que a causa não estaria madura para julgamento, devendo-se converter o feito em diligência para que:

¹⁶ In *Teoria dos princípios*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 126.

a) seja a **autora intimada** a comprovar, justificadamente, mediante indicação de médico do **Sistema Único de Saúde**, que a prescrição dos medicamentos não padronizados é a 1ª escolha, em detrimento dos medicamentos padronizados, bem como que apresente laudo, firmado por médico da rede pública, com as principais informações sobre o paciente e sua patologia, assim consideradas: CID da doença; medicamento prescrito; dosagem; duração de tempo de administração do medicamento; indicação do princípio ativo; **indicação do genérico**, se houver; tratamento anterior; **exames realizados**; indicação do encaminhamento do paciente a um dos programas de saúde existentes;

b) seja o **réu intimado** para comprovar, justificadamente, que a prescrição do medicamento pleiteado **não** é a 1ª escolha, pois haveria alternativa entre os medicamentos padronizados pelo SUS, indicando quais seriam estes, em caso afirmativo.

Por fim, caso ainda assim este d. juízo entenda não ser o caso de conversão em diligências, há que se observar o enunciado nº 11 da I Jornada de Direito da Saúde, do Conselho Nacional de Justiça, a fim de **determinar a inclusão da demandante em serviço ou programa já existente no Sistema Único de Saúde**, para fins de acompanhamento e controle clínico.

Maricá, 9 de julho de 2015.

LEONARDO CUÑA DE SOUZA

Promotor de Justiça

Parecer ministerial. Procuradoria de Justiça junto à 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Apelação. Ação de Destituição do Poder Familiar c/c Adoção. Criança que foi abandonada pelos pais desde tenra idade.

Sávio Bittencourt

21ª CÂMARA CÍVEL DO TJRJ

PROCESSOS Nº 0004770-33.2011.8.19.0006

APELAÇÃO

APELANTE: L.C.B.F

APELADOS: R.F.S e C.D.S

RELATORA: DES. DENISE LEVY TREDLER

Ação de Adoção c/c Destituição do Poder Familiar – Vara de Família, Infância, Juventude e Idoso da Comarca de Barra do Piraí

Apelação. Ação de Destituição do Poder Familiar c/c Adoção. Criança que foi abandonada pelos pais desde tenra idade, quando passou à guarda fática dos tios paternos. Total abandono afetivo e material pelo genitor, que deixou de visitar o filho ou lhe ofertar qualquer ajuda financeira. Notícias de que o pai visitava o outro filho na casa vizinha sem se dignar a visitar também o filho G.A.B., portador de necessidades especiais. Mais de dez anos de guarda fática exercida pelos tios, com evidente configuração de paternidade e maternidade socioafetiva. Menino que não tem qualquer afetividade pelo genitor, verbalizando que este sequer fala com ele quando se encontram na rua. Apelante que, mesmo tendo acordado visitação do menor, não apareceu para a visitação em nenhum dia. Resistência injustificada à adoção que demonstra mero sentimento de posse e viola a boa-fé objetiva, em evidente comportamento contraditório. Adotado que afirmou expressamente em juízo o desejo de ser adotado. Pai que só moveu ação de guarda dez anos depois, mas mesmo assim não externa qualquer intento real de exercer a paternidade. Dúvidas acerca da capacidade técnica da equipe que elaborou a avaliação psicológica no doc. 99/102. Aparente configuração do crime de abandono material (art. 244 do Código Penal) e dano moral pelo abandono afetivo. Parecer pelo conhecimento

e não provimento do recurso, requerendo remessa de cópias à Corregedoria-Geral de Justiça para avaliação do estudo nos docs. 99/102.

Exma. Sra. Desembargadora Relatora,
Colenda Câmara,

I
Relatório

Trata-se de **ação de adoção c/c destituição do poder familiar** movida por R.F.S. e C.D.S., genitores de G.A.B. (nasc.: XXX¹ – atualmente com 14 anos).

Na petição inicial, os autores, ora apelados, narram que G.A.B. se encontrava em sua companhia, seus tios, há aproximadamente 10 anos, o que ocorreu com consentimento da genitora D.F.A.

Depois de deixar a criança com os tios, os genitores não manifestaram interesse em ficar com ele, sequer efetuando visitas nesse período. Além de os autores não receberem qualquer oposição por parte dos réus ou de outros parentes da criança, a ré D.F.A ainda se comprometeu a ir a juízo manifestar sua anuência quanto à adoção.

Por isso, os autores pediram a sua adoção, com destituição do poder familiar dos réus (doc. 02).

No doc. 26, encontra-se declaração da ré D.F.A. no sentido de que G.A.B. reside desde agosto de 2011 com a R.F.S., que é responsável pela educação, alimentação e guarda, ficando ciente e de acordo com o processo de guarda definitiva.

Estudo psicossocial no doc. 56/58, no qual os autores declararam que estão com G.A.B. desde os 11 meses de vida, quando lhes foi entregue pela grave negligência praticada pelos genitores e transtorno mental da genitora. A criança sofria de saúde debilitada, magreza, anemia e o olho não abria. À época do estudo social, G.A.B. sofreria com déficit cognitivo, disritmia (com acompanhamento especializado de neurologia) e seria contemplado com o benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo. O menino também frequentaria a APAE Barra do Piraí, com bom desenvolvimento e inserido no ambiente escolar. G.A.B. foi descrito como amoroso e muito querido no ambiente familiar.

Por ocasião desta entrevista, os autores também reafirmaram que os genitores não conferem atenção e assistência a G.A.B. que, portanto, não aceitaria viver na companhia dos pais, rejeitando inicialmente a visitação dos mesmos. Com o tempo, a ré D.F.A lograda se reaproximar do filho, que passou a aceitar este contato.

Informaram ainda que G.A.B. foi **“rejeitado pelo pai L.C.B.F desde os primeiros anos de vida, e que o genitor sempre foi uma pessoa ausente na vida do filho [sic]”**.

¹ Certidão de nascimento no doc. 164.

Na entrevista com G.A.B., então com 12 anos de idade, ficou assim consignado:

Na entrevista com G.A.B., 12 anos, o adolescente contou-nos que vive na companhia de seus tios desde tenra idade, recebendo carinho.

Conta que frequenta a APAE, aulas particulares e possui muitos amigos.

Verbalizou que mantém contato com o irmão L.C.J., que reside na casa da avó paterna.

Sobre os tios requerentes, disse que focaliza nos mesmos as figuras de pai e mãe, mas que também reconhece D.F.A. sua mãe biológica.

Sobre o pai biológico, conta que sente-se rejeitado por ele. Disse que L.C.B.F. não lhe proporciona assistência e não fala com ele na rua [sic].

Ao final, o estudo social anota que “G.A.B. vive na companhia dos tios/requerentes desde 11 meses de vida recebendo cuidados, assistência, afeto e sendo atendido em todos os seus direitos fundamentais. Observamos que os requerentes nutrem pelo adolescente grande afeto, sendo recíproco tal sentimento. Constatamos que G.A.B. é um adolescente especial, que necessita de cuidados e tratamentos específicos para o seu desenvolvimento, tendo na companhia dos requerentes todo suporte para o atendimento de suas necessidades especiais. Isto posto, avaliamos que a adoção de G.A.B. pelo casal de requerentes atende ao melhor interesse do adolescente que é portador de importante quadro neurológico e necessita dos cuidados de terceiros para viver” (fl. 52).

A contestação do réu, ora apelante, fundou-se nos seguintes argumentos (doc. 69): (i) quando os réus se separaram, a genitora não tinha condições de ficar com as crianças e o genitor precisava trabalhar, razão por que elas foram deixadas com a avó paterna em Barra do Piraí; (ii) a avó paterna entregou G.A.B. para a irmã do genitor, R.F.S., ficando apenas com a criança L.C.J.; (iii) o genitor visitava os filhos regularmente, mas há cerca de quatro anos R.F.S. pegou o menor G.A.B. e não deixou mais o réu visitá-lo e nem ter contato com o mesmo, privando-o do convívio paterno; (iv) atualmente possui condições de cuidar dos filhos, já que se casou com S., que se dispõe a ajudar no cuidado com as crianças, “e por ser pai tem o direito de ter seus filhos consigo, não tendo nada que o impeça de ter consigo seus filhos”; (v) ajuizou a ação de guarda nº 0001291-18.2010.8.19.0022², distribuída em 05/12/2011. Ao final, disserta sobre a necessidade de manter a criança com os genitores.

Manifestação de **concordância da genitora** no doc. 86.

² Cópia da consulta processual no doc. 85.

Avaliação psicológica no doc. 99/102, na qual ***“o Sr. L.C.B.F. relatou que não vê o filho há aproximadamente sete anos”***. O réu afirmou que teria tentado contato com o filho por diversas ocasiões, mas teria encontrado resistência por parte dos autores. Que teria sido ameaçado de agressões caso intentasse nova aproximação. Mais uma vez, alegou que deixou os filhos com sua mãe, por não conseguir cuidar deles e trabalhar, mas a guarda foi repassada à R.F.S. sem seu consentimento, sob a alegação de que a tia supriria melhor os problemas de saúde do menino. Manifestou o desejo de ter o filho consigo, assumindo o papel de genitor e guardião.

Relatório social no doc. 104/106, onde se lê que o requerido propôs ação de guarda em 2010, com intento de reaver a guarda então exercida pela avó e tia paterna havia mais de 07 anos, quando na época precisou de suporte da família para ajudar nos cuidados com os filhos após separação conjugal. “Diante das dificuldades para cuidar de duas crianças, L.C.B.F. solicitou suporte a sua genitora, Sra. T.B.F., residente de Barra do Pirai, que na ocasião concordou em ajudar o filho na criação dos netos. Inicialmente ele visitava as crianças com regularidade, mas devido a dificuldade financeira passou a visitá-las com menos regularidade”. Alega que, em determinado momento, G.A.B. passou a residir com R.F.S. e desde então esta passou a impedir sua visita ao filho.

A guarda provisória só foi concedida no doc. 111.

Assentada da audiência de instrução e julgamento referente ao Processo nº 0001291-18.2010.8.19.0006 (ação de guarda) no doc. 113, onde as partes acordaram provisoriamente que o genitor teria direito de visita de G.A.B. em fins de semana alternados, apanhando-o nos sábados às 8h. e devendo devolvê-lo no mesmo dia às 20h., na casa da avó paterna.

Novo estudo psicológico no doc. 121/123, onde se lê que, apesar de ser agendada uma entrevista com a equipe através de sua esposa, o réu não compareceu àquele setor. Em contato telefônico posterior com o cônjuge virago do réu, esta “informou que ‘avisou L.C.B.F. do atendimento, mas o mesmo disse que não iria à entrevista por falta de dinheiro’. Também confirma que o marido não realizou as visitas ao filho, assunto este que não trata com o marido para evitar brigas entre eles” (fl. 104). Igualmente, os autores informaram que, a despeito da regulamentação da visita, ficaram aguardando a visita de L.C.B.F. desde abril daquele ano, mas ela nunca ocorreu, sendo desconhecido o motivo de sua ausência.

Quanto a G.A.B., relatam que ele não demonstrou frustração com a não vinda do pai. Conforme contam C.D.S. e R.F.S. é de longa data o afastamento de L.C.B.F. do filho. Essa situação ocorre desde tenra infância, quando o pai vinha visitar o filho mais velho, que é criado pela avó, mãe de R.F.S., e que mora ao lado e não visitava G.A.B.

Conforme conta R.F.S. e C.D.S., D.F.A., a genitora, realiza visitas ao filho, e ela possui bom relacionamento com G.A.B. Contam que G.A.B. gosta de ver a mãe, mas entende que seus pais verdadeiros são os requerentes.

Em relação à conduta de L.C.B.F., irmão de R.F.S., os requerentes contam que nunca colocaram obstáculos para que ele estivesse com o filho. Decorre dele mesmo o afastamento. Não compreendem o motivo dele se opor à adoção, visto que G.A.B. está inserido na família desde 11 meses, faz parte do núcleo familiar, é um adolescente afetuoso com os requerentes, necessita de tratamento especializado, e todas as demandas de G.A.B. estão supridas pelos autores da ação.

Quanto a G.A.B., na entrevista ele expressa ter entendimento dos motivos da entrevista e do processo em tela. Verbaliza que ficou esperando seu pai biológico fazer as visitas, mas ele não foi. Perguntado ao adolescente como se sentiu mediante a ausência do mesmo, G.A.B. falou que ficou tranquilo, não se lembra do pai dar importância para ele, visitá-lo e acha normal o que aconteceu.

Em relação a C.D.S. e R.F.S., disse que eles são os seus pais, aqueles que cuidam dele, com os quais possui bom relacionamento. Questionado sobre o processo de adoção, G.A.B. demonstra alegria e expressa seu desejo de ser adotado por seus pais. Demonstrou estar estabilizado emocionalmente no âmbito familiar, possui bons vínculos com seus irmãos e demais membros da família.

Reconhece D.F.A. como sua genitora, com a qual também tem boa relação, mas considera R.F.S. sua mãe de fato. Apesar de ter contato regular com D.F.A. disse não se sentir constrangido em romper o laço parental com ela, no caso de ser adotado pelos autores".

No doc. 123, lê-se que ***"o adolescente se sente filho, tal como seus irmãos e demanda o desejo de ser adotado para tornar esta ligação definitiva"***, e ainda que os requerentes desempenham a paternidade e maternidade de G.A.B. com afeto e dedicação. Menciona ainda que seria uma mera consolidação de vínculos de paternidade, maternidade e filiação, elementos que já são observados na relação entre G.A.B., C.D.S. e R.F.S.

Assentada da audiência de instrução e julgamento referente à ação de adoção no doc. 126/129, onde se lê que o réu não visita o filho; que G.A.B. se sente inserido numa família e considera os filhos dos autores como seus irmãos; que ele chama a autora de mãe; que a esposa do réu agendou uma visita, mas ele não compareceu; que quando solicitou ajuda do depoente para custear as despesas do filho G.A.B., este lhe deu apenas R\$ 20,00 para as despesas com o transporte de volta; que o réu visitava o filho L.C.J., mas não visitava G.A.B., o que ocasionou o distanciamento do filho; que G.A.B. não quer saber do pai biológico; que o réu nunca procurou a autora para auxiliar materialmente G.A.B.

Em depoimento pessoal do autor, este afirmou que G.A.B. está com o casal há treze anos; que o réu nunca demonstrou interesse em ter o filho em sua companhia,

mas sim desprezo por G.A.B., já que visitava o outro filho na casa ao lado e nem ia ver G.A.B.; que o réu nunca ajudou no sustento de G.A.B.; que G.A.B. sofreu com o desprezo do pai biológico e não o considera como pai.

Ouvida a ré D.F.A., esta ratificou a sua concordância com a adoção. Acrescentou ainda que, desde que G.A.B. foi deixado por ela com os requerentes, L.C.B.F. nunca compareceu para visitá-lo ou ajudar no sustento do filho; que no ato de entrega de G.A.B. à autora, estavam presentes a mãe biológica, o pai biológico e a Sra. R.; que, pelo que sabe, o réu não visita os filhos.

Ouvido o réu L.C.B.F., este afirmou que não visitou o filho por dificuldades financeiras para custear o transporte; que deixou os filhos com sua mãe enquanto organizava sua vida; que R.F.S. não deixou mais ele ver G.A.B.; que a última vez que tentou visitar G.A.B., havia 3 anos, R.F.S. não permitiu; que os autores cuidam bem de G.A.B.; que não compareceu à outra audiência por falta de dinheiro para a passagem.

Ouvido G.A.B., este afirmou que está bem na companhia dos requerentes; que convive com seu irmão L.C.J., que vive na casa ao lado; que convive com outros irmãos e *“são os melhores irmãos”*; que não deseja sair da companhia dos requerentes; que a genitora o visita e que ele gosta disso; que L.C.B.F. não o visita em nenhum dia, ***“que detesta L.C.B.F. (réu) e não gostaria que o mesmo o visitasse; que L.C.B.F. (réu) não olha na cara do depoente e também não fala com o depoente; que L.C.B.F. (réu) não telefona para o depoente” (...)*** ***“que para o depoente os requerentes são seus pais”***.

Em oitiva como informante, L.A.S.D. afirmou que os réus não visitam G.A.B., embora L.C.B.F. visitasse seu outro filho L.C.J., e que o adolescente está bem na companhia dos autores. Também negou qualquer resistência dos réus quanto à visitação de L.C.B.F. (docs. 130/131).

O Ministério Público opinou pela procedência do pedido (doc. 156). A ré D.F.A. mais uma vez se manifestou favoravelmente à procedência da adoção (doc. 165).

Ao final, o magistrado proferiu sentença julgando o pedido **PROCEDENTE** para decretar a perda do poder familiar de L.C.B.F. e D.F.A. em relação a G.A.B., deferindo sua adoção a R.F.S. e C.D.S., passando o adolescente a chamar-se G.F.S. (doc. 167).

O réu L.C.B.F. apelou (doc. 173) afirmando o seguinte: (i) depois da separação dos genitores, o réu deixou os filhos com a avó paterna, que entregou G.A.B. sem autorização para a tia paterna; (ii) R.F.S. impediu a visitação e o contato do réu com o filho; (iii) atualmente o réu tem condições de cuidar dos filhos porque está esperando o deferimento de sua aposentadoria e se casou. Depois, põe-se a dissertar sobre a manutenção da criança em sua família natural e a necessidade de assegurar a convivência de G.A.B. com o irmão.

Não foram oferecidas contrarrazões (doc. 183). O Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (doc. 184). O magistrado manteve a sentença (doc. 186).

II Admissibilidade

Conforme certidão no doc. 181, a apelação é tempestiva. Presentes ainda os demais requisitos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido.

III Mérito do recurso

Há processos que sobrevivem como fantasmas. Estão mortos em seu mérito porque a solução jurídica que se veio buscar ao Judiciário é tão cristalina, tão necessária, que já se sabe, aos olhos de qualquer analista, qual o resultado justo que afinal será consagrado. Todavia, os fantasmagoricamente vagam pelos tribunais, onerando a conta pública, ocupando servidores e, pior, mantendo pessoas de bem em situação de insegurança ou de longa – e nefasta – provisoriedade.

No caso em tela, o fantasma assola um adolescente especial que passou a vida com os tios, desde pequeno, sendo desejado como filho. O que mantém este espectro retardando a única solução plausível para este rapaz é a resistência incoerente e fútil, embebida em requintes de maldade, que se lhe opõe seu omissor genitor biológico. Criminosamente omissor, como se verá a seguir.

Com efeito, o art. 227 da Constituição Federal – talvez o dispositivo mais desrespeitado da recente história democrática brasileira – disciplina expressamente os direitos das crianças e adolescentes, conferindo-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Mais que isso, porém, assegura-lhes uma **PRIORIDADE ABSOLUTA**, colocando os seus direitos em posição de superioridade em relação aos demais indivíduos. Trata-se de uma escolha política do constituinte que deve orientar todos os processos em que se discuta o direito infantojuvenil.

Dentre todos os louros deste artigo, o principal deles é modificar a visão até então existente quanto à posição da criança no seio familiar. De um objeto de direito dos pais, a criança passa a ser um **sujeito prioritário de direitos**. Ela não só tem direitos, como também os têm seus pais, como também os têm de forma privilegiada quem determina sua preponderância sobre os demais sujeitos das relações jurídicas que ela vivencia.

Este artigo demanda toda uma releitura do sistema jurídico no nível infralegal, de modo que a criança não pode mais ser tratada como um objeto de direitos, seja dos genitores ou de terceiros. Todos os institutos que regulam a sua vida devem ser relidos com base nesta mudança de perspectiva. Se antes a adoção, por exemplo, era entendida como um instituto que dava filho a quem não o tinha, passou a partir da Carta de 1988 a ser mecanismo para garantir o direito fundamental da criança e do adolescente a uma família.

Esta mudança de perspectiva é fundamental porque se deixa de apreciar a adoção com base no interesse dos adultos envolvidos, tratando a criança como um objeto de satisfação dos anseios alheios. A adoção é principalmente uma forma de

inserir a criança e o adolescente em família substituta, de forma definitiva e segura, o que não apenas lhe garante a convivência familiar como muitas vezes representa o único meio de estabelecimento dos demais direitos fundamentais. Mormente o imprescindível direito ao afeto, para que possa crescer e se desenvolver como um ser humano física e emocionalmente sadio.

Igualmente, o pátrio poder, que era visto como uma ferramenta de comando do pai em relação à sua prole, fortalecendo a família como unidade básica da sociedade, agora passa a ser considerado um poder familiar exercido em prol da criança e adolescente. Este poder, mais do que prerrogativas, confere ao genitor uma série de deveres para com o infante, garantindo os direitos fundamentais deste. É um dever-poder familiar. Não é uma certidão de propriedade.

Neste sentido, a redação do art. 229 da Constituição Federal, segundo o qual *“os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”*. Já o art. 1.634 do Código Civil de 2002 estabelece que compete aos pais dirigir a criação e educação dos filhos, tê-los em sua companhia e guarda, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir que lhe prestem obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição, dentre outros.

Completando a base infraconstitucional de proteção da criança em relação aos deveres inerentes ao poder familiar, o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que *“aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”*.

Assim, estes deveres dos pais, fixados constitucionalmente e infraconstitucionalmente, harmonizam-se com a lógica de que assegurar os direitos da criança e do adolescente é um dever *“da família, da sociedade e do Estado”* (art. 227, *caput*, CF³), isto é, a família é colocada como a maior garantidora destes seres em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Infelizmente, a despeito da clareza da Constituição Federal, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, trazerem estas regras com a clareza do sol meridiano, ainda vige nas mentalidades menos oxigenadas a ideia de que a criança é um objeto de direito dos adultos. São então tratadas como *coisas*, muito diferentemente de um **sujeito prioritário de direitos**. É a reificação da criança, sempre acompanhada de um discurso flagrantemente demagógico, fundado em premissas generalizadas, como a pobreza, os males do capitalismo e outros pressupostos sempre afastados do caso concreto.

É nesta perspectiva desumana e retrógrada que se pleiteia, até a última instância, a manutenção da criança em sua família natural, custe o que custar. Sacrificam-se os direitos fundamentais da criança, o seu afeto, a sua dignidade, tudo em prol de um (**inexistente**) direito absoluto dos genitores aos seus descendentes. Esta é uma prevalência da noção arcaica de sociedade, da patrimonialidade já banida pelo Direito Civil moderno, da ideia de que a criança *pertence* aos seus genitores.

³ Praticamente em sentido idêntico, o art. 4º, *caput*, ECA.

Esta visão, além de antiética, imoral, ultrapassada, também é **flagrantemente inconstitucional**, porque ignora a PRIORIDADE ABSOLUTA fixada no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, tentando manter a criança como um objeto de direito alheio, além de contrariar o art. 1º, inc. III, da Constituição Federal, que consagra o **supraprincípio da dignidade da pessoa humana**, ao submeter a criança a uma coisificação, negando-lhe o direito de ser feliz, de ter uma família salutar e de ficar legitimamente e de forma juridicamente segura no núcleo familiar onde está inserida de fato.

É neste contexto que se insere o presente apelo, representação cruel o abuso do direito de defesa, **interposto por um genitor que negligencia o filho G.A.B., adolescente e portador de necessidades especiais, desde os seus 11 meses de idade. Em cada página do presente processo, nota-se que o genitor trata o adolescente como se fosse um objeto que pertencesse a ele. Embora tenha se omitido do exercício de qualquer dever ligado ao poder familiar, nega-se a concordar com a adoção, porque entende que a criança lhe pertence. Isso fica flagrante na própria contestação (doc. 69), quando expressa que “e por ser pai tem o direito de ter seus filhos consigo, não tendo nada que o impeça de ter consigo seus filhos”.**

Poderíamos traduzir este singelo, mas significativo trecho, no sentido de que *“não podem me tirar o meu filho porque ele é meu, ele me pertence. Sou pai e posso tê-lo quando eu quiser”*. O que é isso senão uma **flagrante coisificação do adolescente, em contrariedade à sua dignidade humana e sua posição de sujeito prioritário de direitos?**

Analisando detidamente os presentes autos, nota-se que o apelante, depois de extinguir sua união estável com a genitora da criança, simplesmente resolveu entregar a sua guarda fática a terceiros. Ele mesmo admite, na contestação, no depoimento em audiência e no apelo, que voluntariamente entregou os dois filhos aos cuidados da família paterna porque não reunia condições de exercer pessoalmente a guarda.

Embora ele tenha argumentado que a criança foi entregue à tia paterna sem o seu consentimento, a própria genitora afirmou, na audiência de docs. 126/129, que G.A.B. foi dado aos requerentes na presença dos dois genitores.

Mesmo que assim não fosse, tudo evidencia que a avó paterna, incapacitada de atender simultaneamente às necessidades de duas crianças, solicitou que a tia paterna ficasse com G.A.B. em virtude dos diversos problemas de saúde que este apresentava. Demandando maior atenção, G.A.B. foi direcionado para o seio de uma família extensa que reunia melhores condições de lhe dispensar todos os cuidados.

Embora o genitor afirme que exercia regularmente a visitação, até que foi impedido por R.F.S., que passou a lhe desferir ameaças, percebe-se pelo restante dos autos que nunca existiu qualquer empecilho à visitação. Foi o genitor que voluntariamente abriu mão da convivência com o próprio filho, **abandonando-o material e afetivamente desde a mais tenra idade.**

Não apenas o genitor deixou voluntariamente de exercer a visitação, como **submeteu G.A.B. à humilhação de ver L.C.J. visitar o outro filho biológico na casa ao lado, sem se dignar a ir ver o próprio G.A.B.** Este abandono e humilhação foram narrados não apenas pelos autores, como é sentido nas próprias oitivas do adolescente.

Além disso, L.C.B.F., ora apelante, **abandonou materialmente G.A.B., já que não o ajudou financeiramente.** Conforme declarado pelos adotantes em audiência, o genitor não custeava nada de G.A.B. e, quando R.F.S. foi procurá-lo, limitou-se a lhe dar R\$ 20,00 para a passagem de volta.

Portanto, vislumbra-se claramente que o apelante se furtou a cumprir com os mais basilares deveres ligados ao poder familiar. Ele não criou nem educou (art. 1.634, I, CC), não manteve o filho em sua companhia e guarda (art. 1.634, II), muito menos sustentou G.A.B. (art. 22, ECA). **Todos esses deveres foram cumpridos única e exclusivamente pelos ora adotantes, desde que G.A.B. tinha 11 meses de idade.**

Assim, encontram-se configuradas as causas para destituição do poder familiar, já que houve descumprimento injustificado dos deveres inerentes ao poder familiar (art. 24, ECA) e a criança foi deixada em abandono, seja afetivo ou material (art. 1.638, inc. II, CC).

No que toca aos argumentos apresentados por L.C.B.F. em contestação e apelo, ressalta-se primeiramente que, caso realmente não pudesse exercer a guarda dos próprios filhos, **incumbia-lhe no mínimo supervisionar o interesse destes (art. 1.583, §3º, CC), visitá-los e tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação (art. 1.589, CC),** deveres estes que também foram descumpridos pelo genitor.

A verdade é que o apelante não supervisionou o interesse de G.A.B., porque o abandonou completamente e passou anos sem sequer contactá-lo, não o visitou e nem buscou meios judiciais para isso, muito menos fiscalizou a forma como a guarda era exercida pelos tios paternos.

Nesta linha, a afirmação de que a ausência de contato com seu filho é imputável apenas à R.F.S. mostra-se flagrantemente inverossímil, destoando de todas as outras provas dos autos. Não apenas a versão contada pelos autores é coerente, mas é compatível com a própria entrevista a G.A.B., que em todo tempo destaca o abandono afetivo pelo genitor.

Mais que isso, evidencia-se que L.C.B.F. **voluntariamente deixou de visitar G.A.B. e acomodou-se com a guarda fática exercida pelos tios paternos, que lhe dava a “vantagem” de repassar o encargo financeiro e dificuldades práticas na criação de um menino com necessidades especiais.**

Agora, não se pode admitir que ele se beneficie da própria omissão e torpeza, responsabilizando a tia paterna. Além de **não haver qualquer prova nos autos quanto ao embaraço exercido pela tia à visitação** (prova esta que incumbia ao autor, nos termos do art. 333, CPC, por ser fato por ele alegado em contraposição aos fatos constitutivos), a ausência de resistência desta é evidenciada pelo fato de que: (1) a

genitora visita normalmente o filho e mantém relação saudável com este; (2) na ação de guarda, a adotante aceitou uma visitação provisória do genitor, demonstrando ânimo de cooperação.

Ademais, se há um direito de visitação do genitor que não exerce a guarda do filho (art. 1.589, CC c/c art. 33, §4º, ECA), **o apelante poderia ter proposto a ação judicial exigindo a visitação a qualquer momento, mas se manteve inerte**, demonstrando conformismo e comodidade com a ausência de visitação.

O mais contundente veredicto desta falácia que constrange o Judiciário a apreciar o presente processo em grau de recurso é que, apesar de acusar a guardiã de não permitir ver seu filho, o apelante só ajuizou ação de guarda em 2010, quando o filho já tinha 10 anos de idade. Seu amor e interesse pelo filho foram despertados, digamos, tardiamente. Alguém teve que criá-lo, com o cuidado de pais de verdade, enquanto o apelante se omitia de seus deveres, por longos dez anos.

Desta forma, conforme o art. 1.634, inc. VI, CC, o poder familiar permite que os genitores reclamem os filhos menores de quem ilegalmente os detenha, de modo que, se o filho havia sido concedido sem a sua anuência para a tia paterna, **o genitor desde o princípio poderia ter reclamado judicialmente a devolução de sua guarda, mas somente propôs a ação de guarda em 2010, 10 anos depois**. Esse interesse é evidentemente ilegítimo e parece estar fulcrado em sentimentos muito pouco nobres.

Não bastasse esta constatação, apesar de ser uma pretensão insolente, foi firmado acordo de visitação no âmbito daquela ação de guarda, **mas o genitor apelante não compareceu para a visitação nenhuma vez**. Tendo obtido a grande oportunidade, depois de dez anos de abandono, para tentar se redimir e se aproximar de seu filho, ele reiterou seu desdém pelo menino.

O argumento para não visitação é a falta de dinheiro. Teve dinheiro para buscar o Judiciário, comparecer à Defensoria. Mas não o tem para ir ver o filho. Esta ausência de recursos, porém, leva-nos indagar *como alguém que não se dispõe sequer a pagar a passagem para visitar o filho, ou para comparecer à audiência que pode lhe devolver sua guarda, quer assumir todos os encargos financeiros inerentes a um adolescente que sofre de necessidades especiais*.

Esta é uma óbvia contradição na conduta do réu. Ele abandonou materialmente o filho, nunca o ajudou com os alimentos, **que são direito do adolescente**, faltou todas as visitas e a uma audiência alegando falta de verba, e ainda assim acha-se financeiramente apto a assumir um adolescente com as demandas de saúde de G.A.B.

Não bastasse o **evidente abandono afetivo e material** e o fato de que o réu **voluntariamente se omitiu no cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, beneficiando-se da omissão**, agora incorre em *venire contra factum proprium*, violando a **boa-fé objetiva** que deve reger também as relações de família, para impedir o reconhecimento da filiação socioafetiva de G.A.B., afirmando, só agora, que deseja exercer a paternidade:

4. Nas relações familiares, o princípio da **boa-fé** objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de **Família**.⁴

*"A boa-fé objetiva nasceu e se desenvolveu no âmbito do direito das obrigações, em um contexto negocial, mas acabou se alastrando a todas as relações jurídicas, inclusive nas relações de família, como critério de controle de legitimidade no exercício da autonomia privada. As relações de família exigem dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no outro. Trata-se de verdadeiro dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também as relações de conteúdo pessoal, existencial. Caracteriza-se como regra de conduta externa, um dever das partes de se pautarem pela honestidade, lealdade e de cooperação em suas relações jurídicas. A boa-fé é multifuncional. Quando se trata de relações existenciais, Cristiano Chaves diz que a confiança se materializa no afeto".*⁵

Segundo o art. 28, §§ 1º e 2º, do ECA, a criança e o adolescente devem ser previamente ouvidos por equipe interprofissional e **terão sua opinião devidamente considerada** quanto à inserção em família substituta. Tratando-se de adolescente, é necessário o seu consentimento, colhido em audiência.

Ora, G.A.B., já adolescente com 14 anos, manifestou expressamente o seu desejo de ser adotado tanto na avaliação pela equipe técnica do juízo como também na audiência, vontade que não pode ser desconsiderada, sobretudo diante do grau de compreensão e convicção do adolescente quanto ao que seja a família para ele. Aliás, é preciso ressaltar que o ECA expressamente eleva a vontade do adolescente ao patamar decisivo de importância, ao estipular ser necessário o seu consentimento para que ele seja adotado, no parágrafo 2º do artigo 45.

Neste diapasão, se esta vontade é essencial para a adoção seja deferida, se ela existe e foi pessoalmente manifestada, se os quatorze anos de convivência com os apelados corroboram e autorizam este querer, não há outra conjectura que se possa fazer.

Assim, a **filiação socioafetiva** ressalta patente não apenas nos estudos sociais e psicológicos, como também na audiência. G.A.B. se reconhece como filho, vê os

⁴ REsp 1087163/RJ.

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 60 (grifos nossos).

filhos dos adotantes como seus irmãos e demonstra grande felicidade pela adoção. Ele ostenta a posse do estado de filho, sendo tratado como filho, considerado como filho e conhecido como filho. Falta-lhe tão somente o reconhecimento jurídico deste laço socioafetivo, como aliás se verifica no doc. 123. Se a sentença de adoção é efetivamente constitutiva, do ponto de vista técnico, no coração do rapaz ela é meramente declaratória: o que constituiu os apelantes em seus pais foi o afeto posto em exercício na sua proteção. O cuidado é o corpo de delito do afeto.

A jurisprudência e a doutrina reconhecem a filiação socioafetiva, que atualmente confere aos filhos socioafetivos os mesmos direitos de filhos biológicos. Trata-se de um fato, deriva do afeto formado dentro do núcleo familiar, e, em virtude da dignidade da pessoa humana, não pode o Direito lhe negar o devido reconhecimento.

Portanto, o que se busca nesta ação é tão somente o reconhecimento de uma **filiação socioafetiva já existente**, o que apresenta inúmeras vantagens para o adolescente, atendendo sobremaneira ao seu interesse prioritário e protegendo-o integralmente.

Afinal, embora afetivamente G.A.B. já seja filho, falta-lhe o reconhecimento oficial desta relação, o que o deixa vulnerável frente a futuras eventualidades. A precariedade da situação de fato gera notável prejuízo. Sem o reconhecimento oficial da família socioafetiva, G.A.B. teoricamente não tem direito à sucessão, não tem direito a alimentos, não tem direito ao nome, não tem proteção previdenciária, não tem direito a inscrever esta paternidade nos assentos de sua escola, não tem nos seus pais de fato os responsáveis legais. Enfim, a instabilidade da situação é flagrante, **sendo a adoção o único meio de conferir segurança jurídica ao adolescente.**

A importância da filiação socioafetiva vem sendo reconhecida pelos Tribunais:

4. A maternidade/paternidade **socioafetiva** tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho.

5. A prevalência da paternidade/maternidade **socioafetiva** frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos.⁶

⁶ REsp 1401719/MG e REsp 1274240/SC.

4. Não se pode olvidar que o STJ sedimentou o entendimento de que “em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de **filiação**, fortemente marcado pelas relações **socioafetivas** e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade **socioafetiva**. (REsp 1059214/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2012, Dje 12/03/2012).⁷

3. Em processos que lidam com o direito de **filiação**, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração autoproduzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico.

4. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a **filiação socioafetiva** – relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE **SOCIOAFETIVA**. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de **filiação**, fortemente marcado pelas relações **socioafetivas** e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade **socioafetiva**.

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade **socioafetiva** (ou a posse do estado de **filiação**), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma in verdade no

⁷ REsp 1115428/SP.

que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

3. Recurso especial não provido.⁸

ADOÇÃO. RECURSO ESPECIAL. MENOR QUE MORA, DESDE O CASAMENTO DE SUA GENITORA COM SEU PADRASTO, EM DEZEMBRO DE 2000, COM ESTE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. MOLDURA FÁTICA APURADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DEMONSTRANDO QUE O MENOR FOI ABANDONADO POR SEU PAI BIOLÓGICO, CUJO PARADEIRO É DESCONHECIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. As instâncias ordinárias apuraram que a genitora casou-se com o adotante e anuiu com a adoção, sendo “patente a situação de abandono do adotando, em relação ao seu genitor”, que foi citado por edital e cujo paradeiro é desconhecido.

2. No caso, diante dessa moldura fática, afigura-se desnecessária a prévia ação objetivando destituição do poder familiar paterno, pois a adoção do menor, que desde a tenra idade tem salutar relação paternal de afeto com o adotante – situação que perdura há mais de dez anos –, privilegiará o seu interesse. Precedentes do STJ.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1207185/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 22/11/2011)

Ressalte-se o reconhecimento da preponderância da família socioafetiva sobre o que consta no registro de nascimento, a brilhante obra de Maria Berenice Dias:

*Infelizmente, o sistema jurídico não contempla, de modo expresso, a noção de posse de estado de filho, expressão forte e real do nascimento psicológico, a caracterizar a **filiação afetiva**. A noção de posse de estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação. A **filiação socioafetiva** assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença na condição de filho fundada em laços de*

⁸ REsp 1059214/RS.

afeto. A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A maternidade e a paternidade biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquela que trata e cuida dela, lhe dá amor e participa de sua vida. A afeição tem valor jurídico. Na medida em que se reconhece que a paternidade se constitui pelo fato, a posse do estado de filho pode entrar em conflito com a presunção pater est. E, no embate entre o fato e a lei, a presunção precisa ceder espaço ao afeto. (...)

*A necessidade de manter a estabilidade da família faz com que se atribua papel secundário à verdade biológica. A constância social da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva. Constituído o vínculo de parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (a função). É uma espécie de **adoção de fato**. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor... ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam...*

*(...) A filiação socioafetiva funda-se na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade. O princípio da **boa-fé objetiva** e a proibição de **comportamento contraditório** referendam o prestígio de que desfruta a filiação socioafetiva, que dispõe de um **viés ético**.⁹*

Neste caso, é evidente a formação da **paternidade e maternidade socioafetiva**, já que G.A.B. considera R.F.S. e C.D.S. como seus pais. A presente ação de adoção busca apenas a oficializar uma família que já existe de fato, o que traz inúmeras vantagens para o adolescente, assegurando-lhe os direitos decorrentes desta filiação e trazendo-lhe segurança jurídica.

Em síntese, a filiação socioafetiva se desenvolveu diante da **omissão do genitor**, que deixou a criança em **abandono material e afetivo**, aproveitando-se desta omissão durante 10 anos, sem ter movido qualquer ação judicial para se contrapor à guarda fática exercida pelos tios, e ainda submetendo a criança à omissão e **evidente dor moral** de ver o genitor visitar o irmão na casa ao lado, sem se dignar a visitá-lo também.

⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 405/406 (grifos no original).

O apelo ora analisado **viola a boa-fé objetiva, em venire contra factum proprium**, porque o genitor, a despeito de nunca ter efetivamente exercido a paternidade, agora intenta obstar o reconhecimento da paternidade socioafetiva que surgiu com o seu conhecimento e diante da sua inação por mais de uma década.

Por fim, é de se notar que o art. 244 do Código Penal prevê que é crime deixar de promover à subsistência do filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho sem justa causa, de modo que, ao que parece, a conduta do apelante configura injusto penal praticado em detrimento do seu filho. É esse o homem que quer botar abaixo a sentença de primeiro grau.

Não tem o apelo, portanto, quaisquer condições de ser provido, ante sua manifesta improcedência.

Por fim, registramos a enorme estranheza que nos causa a avaliação psicológica nos docs. 99/102, realizada pelo Setor de Psicologia da Comarca de Engenheiro de Paulo de Frontin, que na conclusão de seus estudos registra que *“não parece restar argumentos atuais que o sustentem, por outro lado, segundo o discurso do requerente e sua esposa, parece haver movimentos de má-fé impetrados pelas partes requerentes quanto à obtenção do presente pleito, o que podem ser confrontados apenas na Comarca onde a criança reside, restando parcial o posicionamento deste Setor quanto às informações prestadas. Por ora, este Setor entende como possibilidade uma reaproximação entre a criança e o genitor a fim de amparar um investimento em resgatar os laços rompidos e permitir à criança contato com aquele que julga tê-lo rejeitado, discurso incoerente com a realidade apresentada pela figura paterna”* (fl. 91).

Ao tempo de elaboração deste estudo, já havia nos autos não apenas as assertivas da inicial contando a dinâmica familiar envolvida, como também estudo social realizado com o próprio G.A.B., no qual o adolescente afirmou peremptoriamente que o pai não fala com ele na rua e que os tios seriam seus pai e mãe. Aquele estudo concluiu pelo grande afeto de G.A.B. para com os tios. Mas, ao tempo do estudo social havia a contestação do réu, em que este afirmava que tinha o *“direito de ter seus filhos consigo, não tendo nada que o impeça de ter consigo seus filhos”*.

Portanto, quando o referido estudo psicológico foi elaborado, havia menções expressas nos autos quanto à formação de uma filiação socioafetiva de G.A.B. para com os adotantes, além de ser nítida ausência de cuidado por parte do apelante. Já se comportava e manifestava como se o filho fosse uma coisa de sua propriedade. Ademais, o próprio estudo psicológico anotou que L.C.B.F. não via o filho havia sete anos, sendo que nos autos há menção da ação de guarda movida apenas em 2010, dez anos depois que a criança estava com a outra família.

Apesar desses dados EVIDENTES de abandono pelo pai e de um sentimento apenas de POSSE em relação à criança, aquele parecer psicológico tomou as afirmações do réu como verdades absolutas para ao final dar um parecer favorável à reaproximação **de um adolescente negligenciado pelo genitor e que o detesta** e um pai que, por seu turno, foi relapso por uma década antes de mover uma ação de guarda. Uma

reaproximação com quem nunca foi próximo e em desfavor do vínculo afetivo já construído com os apelantes. Esta é a manifestação dos técnicos para proteger a criança. Deve ser duro para os jurisdicionados, em ocasiões como esta, ter sua vida sentimental tratada em Juízo.

O estudo social, *que toma como verdades as colocações da parte ré, ignorando todos os outros elementos dos autos e sem uma avaliação crítica das próprias incoerências de discurso do réu*, coloca em xeque a capacidade desta equipe para realmente apoiar o Juiz em sua missão de julgar. A inverossimilhança do seu parecer causa espécie a esta Procuradoria. Seria ele fruto do indisfarçável biologismo? Ou seria um flerte com a demagogia?

Em virtude destas dúvidas evidenciadas pelo estudo nos docs. 99/102, o Ministério Público requer a remessa desta avaliação psicológica, juntamente com as principais peças dos autos, à Corregedoria-Geral de Justiça, a fim de que avalie a conveniência e oportunidade de averiguar o ocorrido e a equipe técnica responsável.

Ademais, considerando as **evidências de responsabilidade civil por abandono afetivo e de caracterização de abandono material por parte do ora apelante**, esta Procuradoria informa a esta Câmara que serão remetidas cópias das principais peças dos autos para as Promotorias de Justiça com atribuição para que, no exercício de sua independência funcional, cogitem o deflagrar tanto de ação indenizatória por dano moral, como da ação penal correspondente.

IV

Conclusão

Pelo exposto, o Ministério Público opina pelo **conhecimento e desprovemento** da apelação, reiterando ainda o requerimento de extração de cópias dos autos, com remessa à Corregedoria-Geral de Justiça.

IUSTITIA QUE SERA TAMEN!

Rio de Janeiro, 15 de julho de 2015.

SÁVIO BITTENCOURT

Procurador de Justiça

Parecer Ministerial. Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais. Mandado de Segurança. Impetrante que busca a obtenção de informações e documentos relativos à estrutura de cargos e política remuneratória no âmbito do Tribunal de Contas do Estado.

Veronica C. R. Antunes Zylberman

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mandado de Segurança

Relator: Desembargador Luiz Zveiter

Impte.: Guilherme Osório Pimentel

Impdo: Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro

Proc. n: 0000432-29.2014.8.19.0000

Parecer do Ministério Público

Mandado de Segurança. Impetrante que busca a obtenção de informações e documentos relativos à estrutura de cargos e política remuneratória no âmbito do Tribunal de Contas do Estado.

O art. 5º, XXXIII da Carta Política assegura ao cidadão o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou interesse coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Hipótese em que a página eletrônica do Tribunal de Contas do Estado, no ícone denominado “Transparência”, já disponibiliza ao público informações sobre cargos, índices remuneratórios e gratificações de seus servidores, inclusive com indicação da simbologia e valores relativos aos cargos em comissão. A ausência de indicação nominal dos servidores não traz qualquer prejuízo à transparência, nem ao acesso à informação, que, repita-se, já se concretiza na divulgação da política remuneratória e da estruturação dos cargos no âmbito da Corte de Contas.

O direito à informação não é absoluto, rendendo ensejo à ponderação com outras garantias igualmente asseguradas em sede constitucional, como, por exemplo, o direito à intimidade e à vida privada.

Concessão da segurança apenas no tocante à informação sobre o número de cargos ainda vagos de “Analista de Controle Externo – Área Controle e Área Organizacional” e de “Técnico de Notificações”, que, s.m.j., não ostenta qualquer indicativo na página eletrônica do Tribunal.

Concessão parcial da segurança vindicada no *writ*.

I
Do Relatório

Trata-se de ação mandamental em que busca o impetrante a concessão de segurança que determine a apresentação de todas as informações e documentos requeridos através de pedido encaminhado ao Tribunal de Contas do Estado e autuado sob o número 26.315-8/13.

Alega o impetrante, em síntese, ter protocolado pedido de informações junto ao Tribunal de Contas do Estado buscando o recebimento de diversas informações sobre seus servidores e a respectiva política remuneratória. Alega que no pedido de informações requereu o fornecimento de relação nominal de todos os servidores com sua respectiva remuneração, de relação nominal de todos os servidores cedidos a outros órgãos, de relação dos servidores ocupantes de cargo em comissão, bem como informação sobre o número de cargos vagos de “Analista de Controle Externo – Área Controle e Área Organizacional” e de “Técnico de Notificações”. No entanto, aduz que a autoridade impetrada indeferiu seu pedido e não forneceu as informações solicitadas. Defende que os incisos XIV e XXXIII do art. 5º da CF/88 garantem o direito de acesso à informação, sendo dever do órgão público fornecer os dados e documentos solicitados. Ainda, também salienta que o art. 37, *caput* da Constituição Federal consagra o princípio da publicidade, sendo manifestamente ilegal a recusa do impetrado em fornecer as informações solicitadas. Por fim, protesta pela concessão da segurança salientando que é direito do cidadão o acesso à informação pública, independentemente de motivação.

Decisão às fls. 26 indeferindo o provimento liminar.

Notificada, a autoridade impetrada manifestou-se às fls. 32/42 alegando que o impetrante pretende fazer verdadeira devassa nos dados pessoais dos servidores do Tribunal de Contas, tendo apresentado pedido de informações demasiadamente amplo. Também salienta que as informações solicitadas pelo impetrante estão disponíveis na página eletrônica da própria Corte de Contas. Salienta que a Constituição Federal garante o acesso à informação, mas também ressalva a inviolabilidade da intimidade e da vida privada no inciso X de seu art. 5º. Argumenta que as despesas relativas à estrutura remuneratória do Tribunal devem ser conhecidas e são disponibilizadas na própria página eletrônica da Corte, no entanto, alega que não se pode fornecer dado de cada servidor de forma individualizada. Ainda, aduz que o art. 31 da Lei 12527/2011 disciplina que o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada e à honra dos envolvidos.

O Estado do Rio de Janeiro apresentou Impugnação às fls. 52/54 salientando que o direito à informação tem sede constitucional, mas não é absoluto, devendo ser sopesado com o direito à intimidade e à vida privada. Também salienta que a Lei nº 12.527/11, em seu art. 31, ressalva expressamente a necessária preservação das informações pessoais. Ainda, alega que o impetrante não comprovou de que forma as informações já divulgadas no sítio eletrônico do TCE-RJ deixam de atender à sua solicitação.

Autos remetidos ao Ministério Público para manifestação.

II

Da Fundamentação

Como de conhecimento, o art. 5º, XXXIII da Carta Política assegura ao cidadão o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou interesse coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Por sua vez, o inciso XXXIV, alíneas *a* e *b*, do dispositivo constitucional em relevo, garante o direito de petição ao Poder Público e, também, o direito de obtenção de certidões em repartições públicas.

Note-se que o comando constitucional em tela denota a essência do novo modelo político instaurado em 1988, que busca a publicidade e transparência dos atos da Administração, permitindo o controle do cidadão sobre a gestão da coisa pública.

Assim, percebe-se que as garantias elencadas nos incisos XXXIII e XXXIV do art. 5º da Constituição Federal representam poderoso mecanismo de participação do cidadão, consubstanciando instrumental indispensável na fórmula do Estado Democrático de Direito.

Registre-se que o constituinte de 1988 assegurou o direito à informação não só para assuntos de interesse particular, mas também para assuntos de interesse coletivo ou geral, ampliando a possibilidade de controle popular da Administração.

Ademais, importante observar que as informações e certidões fornecidas pelo Poder Público viabilizam a propositura de ação popular, de ação civil pública e de mandado de segurança coletivo, propiciando a efetividade de outras garantias asseguradas em sede constitucional.

Ainda, não se pode olvidar que o princípio da publicidade é inerente ao Estado Democrático de Direito, subordinando e vinculando todos os entes administrativos, que não podem se omitir em relação ao cumprimento das garantias constitucionais.

Na hipótese vertente, o impetrante encaminhou pedido à autoridade impetrada com indicação de várias informações e documentos, todos relativos a cargos e servidores do Tribunal de Contas e seus respectivos aspectos remuneratórios.

Neste ponto, importante registrar que a página eletrônica do Tribunal de Contas do Estado, no ícone denominado “Transparência”, já disponibiliza ao público informações sobre cargos, índices remuneratórios e gratificações de seus servidores, inclusive com indicação da simbologia e valores relativos aos cargos em comissão.

Assim, as informações solicitadas pelo interessado no tocante a cargos e remunerações já estão contempladas na página eletrônica da Corte de Contas, em observância ao princípio da transparência que deve reger os atos da administração.

Ademais, neste particular, no tocante à indicação de cargos, remunerações e gratificações, o interessado não indicou no que as informações já disponibilizadas na página eletrônica seriam insuficientes aos seus interesses.

Note-se que a ausência de indicação nominal dos servidores não traz qualquer prejuízo à transparência, nem ao acesso à informação, visto que todos os cargos, inclusive os de comissão, índices, simbologias e remunerações estão expressamente discriminados no sítio eletrônico.

Com efeito, a publicidade dos atos é a regra na nova ordem constitucional, mas a própria Carta Constitucional estipula algumas exceções, tendo em vista determinadas situações e o risco que eventual divulgação poderia acarretar. Nesta linha, o art. 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal resguarda o sigilo das informações quando o mesmo se mostra indispensável à segurança da sociedade e do Estado.

Assim, é certo que o direito à informação não é absoluto, rendendo ensejo à ponderação com outras garantias igualmente asseguradas em sede constitucional, como, por exemplo, o direito à intimidade e à vida privada.

Tal aspecto, inerente à ponderação entre interesses, foi observado pelo legislador, visto que o art. 31 da Lei nº 12.527/11, que regula o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º da CF/88, expressamente dispõe que o *“tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”*

A indicação nominal dos servidores, e não apenas dos cargos, símbolos e remunerações, expõe a intimidade e aspectos personalíssimos do envolvido, além de não trazer qualquer incremento à publicidade, que, repita-se, já se concretiza na divulgação da política remuneratória dos servidores.

Desta forma, no pertinente à indicação de cargos, cargos em comissão e aspectos remuneratórios dos servidores o que se conclui é que a transparência já se materializa na própria página eletrônica da Corte de Contas, que viabiliza o direito estampado no inciso XXXIII do art. 5º da CF/88, segundo as diretrizes da Lei nº 12.527/11.

Finalmente, no tocante ao número de cargos ainda vagos de “Analista de Controle Externo – Área Controle e Área Organizacional” e de “Técnico de Notificações”, que também foi objeto do pedido de informações apresentado pelo impetrante, s.m.j., não se tem na página eletrônica do Tribunal qualquer indicativo.

Logo, neste particular, a segurança deve ser concedida de forma a garantir ao interessado o acesso a tal informação.

III
Conclusão

Isto posto, o parecer do MINISTÉRIO PÚBLICO é no sentido da concessão parcial da segurança vindicada pelo impetrante, na forma acima indicada, garantindo-se o acesso à informação sobre o número de cargos ainda vagos de “Analista de Controle Externo – Área Controle e Área Organizacional” e de “Técnico de Notificações” no quadro do Tribunal de Contas do Estado.

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2014.

VERONICA C. R. ANTUNES ZYLBERMAN

Assistente da Assessoria de
Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Assessor-Chefe da Assessoria de
Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL

Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Institucionais e Judiciais



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 Cível

• • •

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 524 ESPÍRITO SANTO

RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

REDATOR DO ACÓRDÃO RISTF: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S): JOSÉ MARIA RODRIGUES PINHEIRO E OUTRO

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO VI DO ART. 32 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. SERVIDOR PÚBLICO. NEPOTISMO. VEDAÇÃO AO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES SOB A DIREÇÃO IMEDIATA DE CÔNJUGE OU PARENTE ATÉ O SEGUNDO GRAU CIVIL. VIOLAÇÃO AO INCISO II DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INEXISTÊNCIA. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO *CAPUT* DO ART. 37 DA CF. PROCEDÊNCIA PARCIAL PARA EMPRESTAR INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. INCIDÊNCIA EXCLUSIVA SOBRE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO, FUNÇÃO GRATIFICADA E CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), julgar procedente, em parte, a ação direta para emprestar interpretação conforme a Constituição para declarar constitucional o inciso VI, do art. 32, da Constituição do Estado do Espírito Santo, somente quando incida sobre os cargos de provimento em comissão, função gratificada, cargos de direção e assessoramento, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente o pedido formulado. Redigirá o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente).

Brasília, 20 de maio de 2015.

RICARDO LEWANDOWSKI – PRESIDENTE E REDATOR DO ACÓRDÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Eis o suscinto – mas esclarecedor – relatório do em. Min. Celso de Mello, quando do julgamento da medida cautelar:

“A mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo ajuíza ação direta de inconstitucionalidade, impugnando o inciso VI do art. 32 da Constituição estadual, assim redigido:

‘VI – é vedado ao servidor público servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até segundo grau civil.’

A Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, após diversas considerações sobre os princípios regedores da Administração Pública, consagrados pelo art. 37 da Constituição Federal, sustenta a incompatibilidade da norma local com o postulado da isonomia e com a regra, inscrita na Lei Fundamental, que confere liberdade decisória à autoridade nomeante para o provimento de cargos em comissão.

(...)”

O Tribunal indeferiu a cautelar mediante acórdão assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 32, VI) – SERVIDOR PÚBLICO – VEDAÇÃO AO EXERCÍCIO DE CARGO SOB A DIREÇÃO IMEDIATA DE CÔNJUGE OU PARENTE ATÉ O SEGUNDO GRAU CIVIL – ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – INOCORRÊNCIA DO “*PERICULUM IN MORA*” – SUSPENSÃO CAUTELAR INDEFERIDA.

A norma, inscrita em Constituição Estadual, que veda a subordinação jurídico-funcional imediata entre agentes públicos, nas hipóteses de existência de vínculo conjugal ou de parentesco, inobstante pareça revelar-se incompatível com o postulado da isonomia, na medida em que se apresente, eventualmente, como regra inibitória do próprio provimento, mediante concurso público, de cargos efetivos ou vitalícios, não opera, por si só, efeitos irreversíveis, de forma a justificar a sua suspensão cautelar.”

Manifestou-se o Advogado-Geral da União (fls. 135/141). Opinou o Procurador-Geral da República, à época, Geraldo Brindeiro, pela procedência da ação direta.

É o relatório. Distribuam-se cópias aos Senhores Ministros.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (Relator): Homenageio o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que, há tempos, impede o nepotismo, conforme o disposto no parágrafo único, do art. 357:

“Parágrafo único. Não pode ser designado Assessor, Assistente Judiciário ou Auxiliar, na forma deste artigo, cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade.”

II

Ao opinar pela constitucionalidade do dispositivo impugnado, aduziu o Procurador-Geral:

“O dispositivo impugnado veda ao servidor público, inclusive ao concursado, servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até o segundo grau civil.

Ainda que aparentemente estabeleça critérios rígidos de defesa da moralidade administrativa, a norma impugnada é incompatível com o princípio da isonomia e o da livre acessibilidade aos cargos e funções públicas, inscritos nos arts. 5º, *caput*, e 37, incisos I e II, da Constituição, respectivamente.

Apresenta a legislação infraconstitucional vários exemplos de vedações tendentes a combater o nepotismo, com a diferença de que sempre tem como destinatários ocupantes de cargos em comissão, declarados de livre nomeação e exoneração. No tocante aos cargos em comissão, as regras proibitivas de nomeação de parentes ou cônjuges reveste-se de razoabilidade, como medida que tende a resguardar a moralidade do serviço público, já que esses cargos são de livre nomeação e exoneração, não exigindo prévia aprovação em concurso público.

A vedação, no entanto, não se justifica no que se refere aos cargos que exigem aprovação prévia em concurso público para seu provimento. O concurso público, conforme assinala Márcio Cammarosano, ‘nada mais é do que corolário do princípio da igual acessibilidade, que, por sua vez, constitui uma das mais importantes manifestações do princípio da isonomia, ínsito no princípio democrático’ (*Direito Administrativo na Constituição de 1988*, pg. 172). É a forma, portanto, de propiciar igual oportunidade a todos aqueles que preencham os requisitos legais, selecionando

os candidatos mais capazes e que, atenderão às necessidades do órgão.

A nomeação de servidores aprovados em concurso público, portanto, exclui, em princípio, a hipótese de favorecimento pessoal, prescindindo de outra forma de controle, senão a da lisura do próprio processo seletivo.

A proibição contida no inciso VI do art. 32 da Constituição do Estado do Espírito Santo, em certos casos, pode inibir a própria nomeação do candidato aprovado em concurso público, como limitação ao exercício em determinados segmentos mais restritos do serviço público estadual. Por outro lado, pode também implicar restrição à livre escolha do servidor para o exercício de cargo de chefia, sendo inconciliável com o disposto no art. 37, incisos I e II, da Lei Maior, que garante o livre acesso aos cargos, funções e empregos públicos aos aprovados em concurso público.”

Também ponderou o em. Ministro **Celso de Mello**:

“O preceito da Constituição Estadual em análise não define, para o efeito referido, a forma de provimento dos cargos públicos, de tal modo que a latitude da regra questionada parece abranger, em consequência, todos os cargos públicos, qualquer que seja a modalidade de investidura, afetando, assim, os cargos vitalícios, os cargos efetivos e os cargos em comissão.”

E continuou:

“É importante ressaltar que as vedações estabelecidas pela legislação referida, e ora colacionada, têm por destinatários, apenas, os exercentes de cargos em comissão ou de funções de confiança. Tais proibições poder-se-iam justificar em face de um postulado superior, de caráter ético-jurídico, que consagra, dentro da constelação axiológica que deve reger as atividades do Estado, o princípio constitucional da moralidade administrativa, inscrito no art. 31, “*caput*”, da Lei Fundamental.

Registro, contudo, que há opiniões doutrinárias no sentido de que, em se tratando de ingresso no serviço público independentemente de concurso, a escolha para o exercício de cargos em comissão, por pressupor uma necessária relação de fidúcia (HELY LOPES MEIRELLES, “*Direito Administrativo Brasileiro*”, p. 373, 15ª ed., 1990, RT;

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*”, vol. 1/247, 1990, Saraiva), poderá recair, consoante assevera DIÓGENES GASPARINI (“*Direito Administrativo*”, p. 117, 1989, Saraiva), sobre qualquer pessoa, mesmo sobre os parentes da própria autoridade nomeante. (...)

A partir disso, parece resultar plausível, juridicamente, a pretensão deduzida pela autora, principalmente em face de possível conflito normativo entre o alcance do preceito ora questionado e o princípio constitucional da isonomia, que proclama, na esfera do serviço público, a acessibilidade de brasileiros quaisquer brasileiros – aos cargos, funções e empregos públicos (art. 37, I) observadas, por evidente, as restrições fixadas pelo Estatuto Fundamental (art. 12, § 3º).

Isso, porque, consoante o magistério de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (“*op. cit.*”, p. 245), o acesso aos cargos públicos constitui ‘... uma das mais importantes aplicações do princípio da igualdade perante a lei. Igualmente uma das mais sensíveis conquistas da democracia...’.

(...)

É bem verdade que a norma ora impugnada – que aparentemente não ofenderia nenhum postulado constitucional – não impede o ingresso no serviço público de cônjuges ou parentes de agentes políticos ou administrativos, pois limita-se a vedar, tão somente, que sirvam sob sua direção imediata. Ocorre, porém que o amplo conteúdo material do ato normativo ora impugnado poderia afetar, ao menos no que concerne aos cargos de provimento em caráter efetivo ou vitalício, a incidência da regra constitucional inscrita no art. 37, I e II, que traduz, no plano do serviço público, projeção específica e concretizadora do princípio da isonomia. Isto porque, ao vedar a subordinação jurídico-funcional imediata entre os agentes públicos, nas hipóteses de existência de vínculo conjugal ou de parentesco, a norma em questão pode atuar como causa inibitória do próprio provimento desses cargos, ferindo, desse modo – e como já referido – o postulado da universalidade, que é inerente à existência constitucional do concurso público.”

Apesar de entender presente o *fumus boni juris*, o em. relator descartou o *periculum in mora*: daí o indeferimento da cautelar.

O Tribunal, após esse julgamento cautelar, já retomou o tema de “nepotismo”. Recordo, por exemplo, o MS 23780 (Joaquim Barbosa, DJ 3.3.06), que teve esta ementa:

"MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOSTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade.

A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder. Mandado de segurança denegado."

Mais significativo – pela eficácia *erga omnes* – foi a discussão na ADC 12. Na ocasião, o Supremo declarou a constitucionalidade da RSL 7, do Conselho Nacional de Justiça¹.

¹ "RESOLUÇÃO Nº 07, DE 18 DE OUTUBRO DE 2005.

Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições, CONSIDERANDO que, nos termos do disposto no art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, compete ao Conselho zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

CONSIDERANDO que a Administração Pública encontra-se submetida aos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição;

RESOLVE:

Art. 1º É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.

Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

I – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;

II – o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV – a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V – a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexistência de licitação, de pessoa jurídica da qual seja sócio cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento. § 1º ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, vedada, em qualquer caso

Assim se decidiu à luz do art. 37 da Constituição. Em especial, conferiu-se efetividade aos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade.

A solução do presente caso capixaba deve ser análoga.

Evidente que se devem retirar da incidência da norma os servidores admitidos mediante concurso público, ocupantes de cargo de provimento efetivo. A norma antinepotismo deve incidir sobre cargos de provimento em comissão, as funções gratificadas e os cargos de direção e assessoramento.

Esse o quadro, julgo procedente, em parte, a ação direta para emprestar interpretação conforme à Constituição para declarar constitucional o inciso VI, do art. 32, da Constituição do Estado do Espírito Santo, somente quando incida sobre os cargos de provimento em comissão, função gratificada, cargos de direção e assessoramento: é o meu voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhora Presidente, o preceito tem a seguinte redação:

Art. 32 [...]

[...]

VI – é vedado ao servidor público servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até segundo grau civil.

O mesmo móvel que levou a Corte a glosar situações concretas alusivas a cargos de confiança e a funções comissionadas leva-me a concluir que deve ser mantido o preceito tal como ele se contém. Explico melhor: não é razoável ter-se, servindo sob a direção, parente consanguíneo ou afim até o segundo grau.

a nomeação ou designação para servidor subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade.

§ 2º A vedação constante do inciso IV deste artigo não se aplica quando a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal.

Art. 3º É vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação.

Art. 4º O nomeado ou designado, antes da posse, declarará por escrito não ter relação familiar ou de parentesco que importe prática vedada na forma do artigo 2º.

Art. 5º Os Presidentes dos Tribunais, dentro do prazo de noventa dias, contado da publicação deste ato, promoverão a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, nas situações previstas no art. 2º, comunicando a este Conselho. Parágrafo único – Os atos de exoneração produzirão efeitos a contar de suas respectivas publicações.

Art. 6º O Conselho Nacional de Justiça, em cento e oitenta dias, com base nas informações colhidas pela Comissão de Estatística, analisará a relação entre cargos de provimento efetivo e cargos de provimento em comissão, em todos os Tribunais, visando à elaboração de políticas que privilegiem mecanismos de acesso ao serviço público baseados em processos objetivos de aferição de mérito.

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.”

E por que não é razoável e não estou aqui a presumir o excepcional, o extravagante, mas o que ocorre no dia a dia? É que, dificilmente, nessa situação concreta, haverá, por parte daquele que dirige a seção, o departamento, o serviço, equidistância que se coadune com o princípio relativo à Administração Pública – o princípio da moralidade.

No caso de designação para cargo de confiada função comissionada, parte-se, num verdadeiro protecionismo, para a escolha de parentes.

O que teremos, a rigor, se entendermos que é possível a prestação de serviço sob direção imediata de cônjuge ou parente até o segundo grau? Teremos o envolvimento de solidariedade exorbitante em detrimento do serviço público. Refiro-me aos afazeres desse parente tão próximo do dirigente do setor e até mesmo às balizas relativas à jornada.

Abre-se, a meu ver, uma brecha, quando se empresta – peço vênia para assim assentar – ao texto interpretação conforme para admitir-se essa situação jurídica que, ante a cultura nacional, é nefasta.

Simplesmente julgo, por essas razões, totalmente improcedente o pedido formulado.

VISTA

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) – Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, a colocação agora feita pelo Ministro Marco Aurélio, além de interpretações que são dadas de forma bastante restritiva ao princípio da impessoalidade no serviço público pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja condução me incumbe, implica que eu peça vênia aos colegas para melhor meditar sobre a questão.

Peço vista dos autos.

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 524-3

PROCED.: ESPÍRITO SANTO

RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

REQTE.: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.: JOSÉ MARIA RODRIGUES PINHEIRO E OUTRO

REQDO.: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que julgava procedente, em parte, a ação para dar interpretação conforme ao dispositivo, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Cezar Peluso, e do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, julgando-a improcedente, pediu vista dos autos à Presidente, Ministra Ellen

Gracie. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Cármen Lúcia e, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 05.10.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luiz Tomimatsu p/Secretário.

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Senhor Presidente, para rememorar, um breve relato do trâmite processual se impõe.

Em 29.5.1991 a Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo propôs a presente ação direta de inconstitucionalidade, impugnando o art. 32, VI, da Constituição do Estado, ainda em sua redação original, à tese de que incompatível com o postulado da isonomia e afronta o art. 37, II, da Constituição da República no que este atribui liberdade decisória à autoridade nomeante para o provimento dos cargos em comissão.

Eis o teor do dispositivo acoimado de inconstitucional:

“Art. 32. (...)

VI – é vedado ao servidor público servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até segundo grau civil.”

2. Na sessão de 08.08.1991, este Plenário indeferiu a medida cautelar requerida, à ausência de *periculum in mora*, em acórdão da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 32, VI) – SERVIDOR PÚBLICO – VEDAÇÃO AO EXERCÍCIO DE CARGO SOB A DIREÇÃO IMEDIATA DE CÔNJUGE OU PARENTE ATÉ O SEGUNDO GRAU CIVIL – ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – INOCORRÊNCIA DO *PERICULUM IN MORA* – SUSPENSÃO CAUTELAR INDEFERIDA. A norma, inscrita em Constituição estadual, que veda a subordinação jurídico-funcional imediata entre agentes públicos, nas hipóteses de existência de vínculo conjugal ou de parentesco, inobstante pareça revelar-se incompatível com o postulado da isonomia, na medida em que se apresente,

eventualmente, como regra inibitória do próprio provimento, mediante concurso público, de cargos efetivos ou vitalícios, não opera, por si só, efeitos irreversíveis, de forma a justificar a sua suspensão cautelar.” (ADI 524-MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 10.04.1992).

3. Manifestação do **Advogado-Geral da União** pela **improcedência** da ação direta.

4. Parecer do **Procurador-Geral da República**, à época Geraldo Brindeiro, pela **procedência** do pedido deduzido.

5. Substituição do Relator em 27.05.1997, na forma do **art. 38 do RISTF**, com redistribuição dos autos ao **Ministro Sepúlveda Pertence** que, em sessão realizada em **05.10.2006** acolheu a ADI apenas para dar interpretação conforme o dispositivo impugnado, nos seguintes termos: *“julgo procedente, em parte, a ação direta para emprestar interpretação conforme a Constituição para declarar constitucional o inciso VI, do art. 32, da Constituição do Estado do Espírito Santo, somente quando incida sobre os cargos de provimento em comissão, função gratificada, cargos de direção e assessoramento”*.

Foi acompanhado pelos **Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Cezar Peluso**. Na mesma sessão, o **Ministro Marco Aurélio** votou pela **improcedência da ação direta e, na sequência**, a eminente Ministra Ellen Gracie, a quem sucedi na cadeira, pediu vista dos autos.

6. Um registro se faz necessário: o dispositivo impugnado – **art. 32, VI, da Constituição do Estado do Espírito Santo** – teve a sua redação alterada, após o início do julgamento da presente ADI, pela **Emenda Constitucional nº 59/2008**, passando a ostentar o seguinte teor:

“Art. 32. (...)

VI – é vedado ao servidor público servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até terceiro grau civil, não admitindo ainda nomeações que configurem reciprocidade por nomeações;”

7. A modificação operada no preceito constitucional estadual, objeto da presente ação direta, não o subtrai, a meu juízo, do controle jurisdicional já instaurado, a falta de alteração substancial do seu conteúdo na fração de interesse (primeira parte do dispositivo na atual redação). Como visto, apenas ampliada a vedação, quanto ao parentesco, do segundo para o terceiro grau civil, este, de resto, o contemplado na Súmula Vinculante nº 13 desta Suprema Corte. Não se encontra prejudicada, pois, a presente ADI.

Nesse sentido a jurisprudência desta Casa. Confira-se:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. (...). ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. (...). 2. **A modificação do artigo 82 do ADCT da Constituição mineira pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005 não gerou alteração substancial da norma. Ausência de prejudicialidade da presente ação direta.** (...)” (ADI 2501/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 19.12.2008).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) ADITAMENTO E CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA NA LEI Nº 10.522/2002. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO CONTEÚDO DA NORMA IMPUGNADA. INOCORRÊNCIA. (...) **Rejeitada a preliminar que sustentava a prejudicialidade da ação direta** em razão de, na lei de conversão, haver o depósito prévio sido substituído pelo arrolamento de bens e direitos como condição de admissibilidade do recurso administrativo. Decidiu-se que **não houve, no caso, alteração substancial do conteúdo da norma**, pois a nova exigência contida na lei de conversão, a exemplo do depósito, resulta em imobilização de bens. (...). Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 – posteriormente convertida na Lei nº 10.522/2002 –, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72.” (ADI 1976/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ 28.3.2007).

8. Em debate a compatibilidade do dispositivo constitucional estadual impugnado com o princípio da isonomia e o disposto no art. 37, II, da Constituição da República, *in verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

Há que decidir, em última análise, se a norma inibitória da prática do nepotismo veiculada no art. 32, VI, da Constituição do Estado do Espírito Santo criou – considerada a sua abrangência –, obstáculo ao acesso a cargos públicos incompatível com a ordem constitucional da República.

A tese da inconstitucionalidade pela restrição imposta às nomeações para os cargos em comissão de livre nomeação e exoneração esbarra na jurisprudência pacífica desta Suprema Corte, objeto inclusive da **Súmula Vinculante nº 13**:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.” (destaquei)

Destaco, ainda, os seguintes precedentes:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 12/1995 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CARACTERIZAÇÃO DOS CARGOS EM COMISSÃO. PROIBIÇÃO DA PRÁTICA DE NEPOTISMO. ADI JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I – A vedação a que cônjuges ou companheiros e parentes consanguíneos, afins ou por adoção, até o segundo grau, de titulares de cargo público ocupem cargos em comissão visa a assegurar, sobretudo, cumprimento ao princípio constitucional da isonomia, bem assim fazer valer os princípios da impessoalidade e moralidade na Administração Pública. (...)” (ADI 1521/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 13.8.2013)

“Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.145/1997 do Estado de Goiás. Criação de exceções ao óbice da prática de atos de nepotismo. Vício material. Ofensa aos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. Procedência da ação. 1. A matéria tratada nesta ação direta de inconstitucionalidade foi objeto de deliberação por este Supremo Tribunal em diversos casos, disso resultando a edição da Súmula Vinculante nº 13. 2. A teor do assentado no julgamento da ADC nº 12/DF, em decorrência direta da aplicação dos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, a cláusula vedadora da prática de nepotismo no seio da Administração Pública, ou de qualquer dos Poderes da República,

tem incidência verticalizada e imediata, independentemente de previsão expressa em diploma legislativo. Precedentes. 3. A previsão impugnada, ao permitir (excepcionar), relativamente a cargos em comissão ou funções gratificadas, a nomeação, a admissão ou a permanência de até dois parentes das autoridades mencionadas no *caput* do art. 1º da Lei estadual nº 13.145/1997 e do cônjuge do chefe do Poder Executivo, além de subverter o intuito moralizador inicial da norma, ofende irremediavelmente a Constituição Federal. 4. Ação julgada procedente.” (ADI 3745/GO, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 01.8.2013)

“ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, *CAPUT*, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I – Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II – A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III – **Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. IV – Precedentes. V – RE conhecido e parcialmente provido para **anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão.**” (RE 579951/RN, Repercussão Geral – Mérito, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 24.10.2008)**

As normas inibitórias do nepotismo, enquanto visam a imprimir particular concretude aos princípios da **impressoalidade** e da **moralidade** consagrados no **art. 37, *caput*, da Carta Política**, têm como campo próprio de incidência justamente o provimento dos cargos em comissão e as nomeações para o exercício de funções gratificadas, cargos de direção e de assessoramento. Ao reputarem antijurídicas situações objetivas eivadas de pessoalidade, asseguram que o coeficiente de discricionariedade presente nos atos de livre nomeação seja norteadado pelo **interesse público**.

Nessa linha, e como pontuado já pelo Ministro Celso de Mello ao exame da cautelar, o preceito da Constituição Estadual em exame, ao não distinguir, para o efeito referido, a forma de provimento dos cargos públicos, parece abranger todos os cargos públicos, qualquer que seja a modalidade de investidura. Daí o juízo de procedência parcial da ação do eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, com vista a limitar a área de incidência respectiva.

Pelos fundamentos expostos, com a vênica dos que entendem de forma contrária, acompanho o voto do Relator, julgando procedente, em parte, o pedido para emprestar interpretação conforme a Constituição ao inciso VI do art. 32 da Constituição do Estado do Espírito Santo, de modo a restringir seu campo de aplicação aos cargos de provimento em comissão e às funções gratificadas e cargos de direção e assessoramento.

É como voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, acompanho o Ministro Sepúlveda Pertence no sentido de julgar procedente parcialmente a ação e dar interpretação conforme, nos termos do que votado.

• • •

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 524

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

REDATOR DO ACÓRDÃO RISTF: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADV.(A/S): JOSÉ MARIA RODRIGUES PINHEIRO E OUTRO

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), que julgava procedente, em parte, a ação para dar interpretação conforme o dispositivo, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Cezar Peluso, e do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, julgando-a improcedente, pediu vista dos autos à Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Cármen Lúcia e, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 05.10.2006.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), julgou procedente, em parte, a ação direta para emprestar interpretação conforme a Constituição para declarar constitucional o inciso VI, do art. 32, da Constituição do Estado do Espírito Santo, somente quando incida sobre os cargos de provimento em comissão, função gratificada, cargos de direção e assessoramento, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente o pedido formulado. Redigirá o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Plenário, 20.05.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte – Assessora-Chefe do Plenário

Jurisprudência Criminal

• • •

HABEAS CORPUS 116.931 RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE.(S): GUILHERMINO PAZ DE LIZARDO LIMA

IMPTE.(S): NILSON PIRES VIDAL DE PAIVA E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXTINÇÃO PREMATURA DA AÇÃO PENAL. ACUSAÇÃO BASEADA EM PROVAS RECONHECIDAS COMO ILÍCITAS PELO STJ. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVAS IDÔNEOS PARA EMBASAR A DENÚNCIA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS NA VIA DO *HABEAS CORPUS*. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que a extinção da ação penal, de forma prematura, pela via do *habeas corpus*, somente se dá em hipóteses excepcionais, nas quais seja patente (a) a atipicidade da conduta; (b) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou (c) a presença de alguma causa extintiva da punibilidade, o que não ocorreu no caso.

2. Evidenciada, pela instância ordinária, a ausência de nexo de causalidade, não há falar que a prova declarada ilícita contaminou o suporte probatório embasador da sentença condenatória (CPP, art. 157, § 1º). Ademais, não sendo perceptível *prima facie* a derivação da prova, torna-se inviável, ao menos na via do *habeas corpus*, cotejar os inúmeros elementos de convicção trazidos aos autos e modificar a conclusão exarada pelo juízo sentenciante.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro TEORI ZAVASCKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em denegar a ordem, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. André Hespanhol.

Brasília, 3 de março de 2015.

Ministro TEORI ZAVASCKI – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC 237.057/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

Consta dos autos, em síntese, que: (a) o paciente foi denunciado, com outras três pessoas, pela suposta prática do crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código Penal) e dos delitos tributários previstos no art. 1º, I, II e parágrafo único, da Lei 8.137/1990; (b) alegando ilicitude das provas encaminhadas pelas instituições bancárias diretamente à Receita Federal, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que denegou a ordem, e, na sequência, outro HC no Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu da impetração, mas concedeu a ordem de ofício, em acórdão assim ementado:

(...) 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Hipótese em que há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. Não cabe à Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo e sem competência constitucional específica, requisitar diretamente às instituições bancárias a quebra do sigilo bancário. Pleito nesse sentido deve ser necessariamente submetido à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu *decisum*, em observância ao art. 93, IX, da Carta Magna.

3. Por mais que reconhecida a nulidade da prova colhida de modo ilícito, não é de se trancar a ação penal, tendo em vista que, na espécie, remanescem elementos outros de prova, como o depoimento de testemunha arrolada na denúncia.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, acolhido o parecer ministerial, declarar nula a prova decorrente da quebra de sigilo bancário.

Neste *habeas corpus*, os impetrantes alegam, em suma, que (a) não há justa causa para a propositura da ação penal, pois a denúncia foi lastreada unicamente nas provas consideradas ilícitas pelo STJ; (b) a prova testemunhal a que se refere o acórdão atacado, “trata-se justamente do auditor fiscal que realizou a ação fiscal na pessoa jurídica Santa Cruz Scan Ltda. com base nos extratos bancários ilicitamente obtidos”. Requerem, ao final, o trancamento da Ação Penal 2010.51.02.002341-0 (0002341-75.2010.4.02.5102), em trâmite na 1ª Vara Federal Criminal de Niterói/RJ,

apenas em relação ao paciente. Alternativamente, pedem a concessão da ordem, “para determinar que o juízo de origem, após desentranhar as provas ilícitas e as ilícitas por derivação, com a anulação de todos os atos já praticados, tais como a decisão de recebimento da denúncia, audiências etc., risque as referências às provas ilícitas contidas na denúncia e verifique se persiste justa causa para o prosseguimento da ação penal”.

O pedido de liminar foi indeferido.

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a extinção da ação penal de forma prematura, via *habeas corpus*, somente se dá em hipóteses excepcionais, quando patentemente demonstrada (a) a atipicidade da conduta; (b) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou (c) a presença de causa extintiva da punibilidade. Ilustrativo a esse respeito, entre outros, os seguintes precedentes: HC 110315, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 04-09-2013; HC 110697, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 08-10-2012; HC 107412, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 23-05-2012; HC 110321, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13-08-2012; HC 114867, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 14-08-2013; HC 115432-AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 27-06-2013; RHC 114739, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 10-12-2012.

No caso, não se constata nenhuma daquelas hipóteses que justificariam a extinção da ação penal de forma prematura. Embora o STJ tenha reconhecido a ilegalidade das provas obtidas a partir da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, apontou outros elementos indiciários demonstrativos de autoria e materialidade delitivas, aptos a justificar a persecução penal (= depoimentos de testemunhas arroladas na inicial). A propósito, o registro do STJ:

“Por mais que reconhecida a nulidade da prova colhida de modo ilícito, não é de se trancar a ação penal/anular o recebimento da incoativa, tendo em vista que, na espécie, remanescem elementos outros de prova, como o depoimento da testemunha arrolada na denúncia, José de Arimatéia Viana Pinto, *cf.* fl. 370.

Merecem, também aqui, colação as ponderações da Procuradoria Geral da República:

‘13. Tal ilegalidade, todavia, não impede o curso da questionada apuração criminal, que subsiste com base em outros elementos de prova regularmente colhidos pelas ações fiscais da Receita Federal do Brasil, cujas referências revelam suficientemente a materialidade dos delitos em apuração, dando também bastantes indícios de autoria contra os sócios da Santa Cruz Scan S/C Ltda. (...). (fl. 401)’.

Aliás, com a concessão da ordem pelo STJ, em 15/01/2014, o juízo de primeiro grau proferiu decisão reanalisando a viabilidade da ação penal, a despeito das provas então considerada nulas, concluindo pela existência de justa causa amparada por outras provas. Veja-se:

“(…)

Para a defesa de Guilhermino Paz de Lima Lizardo (fls. 1801/1809):

‘(...) Logo, por tudo que foi exposto, requer sejam anulados e desentranhados dos autos os documentos juntados às seguintes folhas, os quais expressamente mencionam ou derivam do acesso aos extratos bancários: 16/90 (Termo Complementar à Descrição dos Fatos); 91/159 e 173/242 (autos de infração); 337/242 (denúncia); 834/839 (acórdão proferido pela Receita Federal quanto à defesa apresentada ao auto de infração); 1014/1242 (auto de infração IRPJ); 1245/1446 (auto de infração IRPJ); 1449/1643 (auto de infração IRPJ); e 1647/1748 (auto de infração).

Em seguida, e considerando que a própria denúncia faz referência aos extratos obtidos sem autorização judicial, requer a realização de novo juízo de admissibilidade da acusação, com a consequente rejeição da denúncia, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que uma nova denúncia possa ser eventualmente oferecida com os elementos remanescentes e outros porventura disponíveis sem relação com a prova declarada ilícita pelo Superior Tribunal de Justiça’.

A denúncia é oriunda do expediente administrativo nº 130005000849/2006-07, instaurado no âmbito da Procuradoria da República e decorrente do processo administrativo fiscal nº 10730.000843/2007-08, cuja cópia se encontra às fls. 1041/1749, e aponta os seguintes créditos tributários supostamente devidos pela contribuinte Santa Cruz Scan S/C Ltda., da qual, à época, seriam sócios-administradores os réus:

Imposto (omissão de receita e coeficiente incorreto – 8%)	Ano 2002
Contribuição para o PIS (omissão de receitas)	Ano 2002
Contribuição CSLL (omissão de receitas)	Ano
Imposto (coeficiente incorreto – 8%)	Anos 2020030,2 2004 e 2005
COFINS (não recolheu/pagou) 07/2000 a 12/2003 e 2004 Contribuição COFINS (omissão de receitas)	Ano 2002
Contribuição para o PIS (não recolheu/omitiu na DCTF e não entrega da DCTF)	Anos 2003, 2004 e 2005

Pela análise do processo administrativo fiscal nº 10730.000843/2007-08 (fls. 1041/1749), assiste razão ao MPF.

O STJ, quando do julgamento do HC nº 237.057/RJ, embora tenha reconhecido como nulas as provas decorrentes da quebra do sigilo bancário, pela Receita Federal, sem autorização judicial, entendeu, ainda assim, remanescer justa causa para a ação penal consubstanciada em outros elementos de prova.

Nesse contexto, somente deverão ser excluídas da imputação as condutas e, por consequência, as provas, consistentes na suposta redução de tributos relativos ao ano de 2002, porque decorrentes de autuação fiscal fundamentada em depósitos bancários não contabilizados, ou seja, na omissão de receitas verificada a partir da análise dos extratos bancários da sociedade Santa Cruz Scan S/C Ltda., obtidos com a quebra do sigilo bancário pela própria Receita Federal.

Todavia, as condutas (destacadas na tabela acima) e as provas não abrangidas pela nulidade reconhecida pelo STJ permanecem hígdas.

A aplicação irregular do coeficiente de lucro presumido (8% em vez de 32%) foi apurada mediante vistoria realizada nas dependências da contribuinte Santa Cruz Scan S/C Ltda. (fls. 1095/1100 e 1694/1696), e não mediante a quebra do sigilo bancário. Consta no referido processo administrativo fiscal: ‘Em 13/09/06, a Fiscalizada foi intimada mediante Termo (...) a apresentar, no prazo de cinco dias, os elementos comprobatórios, justificando que exerce, de fato, serviços hospitalares que garantem o direito de utilizar o percentual de 8% para a determinação da base de cálculo do lucro presumido. Tendo em vista o tempo decorrido sem resposta, a Fiscalização compareceu ao estabelecimento da Contribuinte, lavrando o Termo de Constatação Fiscal (...)’ (fl. 1095).

Os demais créditos destacados (COFINS e PIS) são decorrentes de não recolhimento por omissão em declaração e de pagamento sem o correspondente recolhimento, e não da quebra do sigilo bancário.

Assim, mantida a justa causa para a ação penal, ainda que com a exclusão das provas reputadas nulas pelo STJ, e antes da designação de audiência para a realização do interrogatório dos réus, concedo vista às partes, pelo prazo de 5 (cinco) dias, a começar pelo MPF, para que esclareçam se pretendem produzir provas adicionais”.

Após a manifestação das partes sobre diligências que pretendiam produzir, mais uma vez o juízo de primeiro grau esclareceu que:

“Na decisão proferida às fls. 1823/1830, este Juízo, a partir do julgamento, pelo STJ, do HC nº 237.057/RJ, reconheceu como nulas ‘as provas, consistentes na suposta redução de tributos relativos ao ano de 2002, porque decorrentes de autuação fiscal fundamentada em depósitos bancários não contabilizados, ou seja, na omissão de receitas verificada a partir da análise dos extratos bancários da sociedade Santa Cruz Scan S/C Ltda., obtidos com a quebra do sigilo bancário pela própria Receita Federal’.

Nesse contexto, a nulidade abrange as provas referentes ao imposto/ano 2002 (omissão de receita e coeficiente incorreto de 8%), contribuição para o PIS/ano 2002 (omissão de receitas), contribuição CSLL/ano 2002 (omissão de receitas); e contribuição para o COFINS/ano 2002 (omissão de receitas).

Tais provas, acostadas às fls. 19 a 59 e 91 a 110, 142 a 149, 173 a 181 e 223 a 242 (volume 1); fls. 834/839; fls. 1050 a 1094, 1124 a 1127 e 1128 a 1195 (volume 4); fls. 1260 a 1445 (volume 5); fls. 1451 a 1523 e 1566 a 1607 (volume 6), deverão ser desentranhadas dos autos, na forma do art. 157 do CPP.

No mais, o que as defesas pretendem é o reexame do mérito da decisão de fls. 1823/1830 a qual mantenho por seus próprios fundamentos. O STJ, quando do julgamento do HC, consignou remanescer justa causa para o exercício da ação penal, consubstanciada em outros elementos de prova. Não fosse isso, o próprio STJ, diante do reconhecimento da nulidade das provas, teria trancado a ação penal.

(...)

Mantenho a AIJ designada para o dia 27/08/2014 às 15:30h, para a realização do interrogatório dos réus.

Haja vista a adoção de um modelo de instrução probatória

concentrada e marcada pela participação mais ativa das partes, defesa e acusação deverão comparecer à audiência devidamente preparadas, fazendo-se acompanhar de documentos que repute necessários ou úteis, eventual listagem de perguntas a serem formuladas às testemunhas e esboço para o oferecimento de razões finais orais”.

Por último, houve sentença condenatória, na qual se é possível verificar que nenhuma prova produzida ilegalmente foi utilizada para a condenação. A propósito, o seguinte excerto da sentença:

“No tocante às alegações de inépcia da exordial e de falta de justa causa para a ação penal, entendo que estas questões já foram analisadas de maneira preclusa por este Juízo na decisão de fls. 1854/1856 e pelo próprio STJ nos autos do HC nº 237.057/RJ. Rechaço, portanto, o novo pedido formulado pelas defesas de reexame de uma matéria que já foi decidida.

(...)

No mérito, a materialidade do delito restou comprovada, conforme se depreende dos processos administrativos fiscais instaurados pela Receita Federal, de números 10730.000842/2007-55 e 10730.000843/2007-08, transitados em julgado, que apurou a aplicação irregular do percentual de 8% no cálculo do lucro presumido, quando ficou claro na vistoria realizada pelo fisco que não havia estrutura na sociedade para a internação de pacientes, evidenciando falsidade nas informações prestadas e redução ilícita do IRPJ devido.

Do mesmo modo, ficou comprovado que a sociedade fiscalizada deixou de recolher as importâncias declaradas como COFINS relativas às competências de 07/2000 a 12/2003, além da não entrega da declaração relativa ao ano-calendário de 2004, ainda que intimada para fazê-lo por duas vezes.

Tampouco foi fornecida a documentação exigida pelo fisco referente ao PIS relativo aos meses de julho, agosto e setembro de 2003, apesar de também a sociedade ter sido intimada duas vezes para tanto. Por fim, a testemunha José de Arimatéia confirmou em Juízo a veracidade de todas as informações constantes nos documentos da fiscalização empreendida em face da sociedade Santa Cruz Scan Ltda.

Com efeito, tais provas comprovam, sem sombra de dúvida, que a sociedade Santa Cruz Scan Ltda. omitiu informações às autoridades fazendárias, inseriu elementos inexatos de contabilidade, deixou de recolher contribuições sociais e não apresentou documentação exigida pelo fisco quando solicitado, com o intuito de não efetuar ou reduzir o pagamento de tributos, causando prejuízo ao erário.

Por sua vez, em relação à autoria, como o próprio MPF afirmou em suas alegações finais, a exordial foi baseada exclusivamente no contrato social da empresa e suas posteriores alterações, que davam poder a todos os sócios para administrar e gerir. Porém, nas provas colhidas em Juízo, conforme já esposado anteriormente, verificou-se que o réu Victor Luiz Bom nunca participou das decisões administrativas e tributárias da empresa, fato que resultou em sua absolvição.

Em relação aos outros réus, porém, as provas testemunhais colhidas em Juízo possibilitaram comprovar que de fato os réus exerceram poder de gerência e administração na sociedade Santa Cruz Scan Ltda., como se demonstrará a seguir.

Segundo a testemunha Cleber da Silva, o poder de decisão da sociedade ficava nas mãos de Guilhermino José Paz de Lizardo Lima e Sebastião Paz de Lizardo Lima. Já a testemunha José Antônio afirmou que quem administrava a sociedade eram os sócios Guilhermino José Paz de Lizardo Lima, Sebastião Paz de Lizardo Lima e Carlos Eduardo Mocelin, enquanto que a testemunha Leonor Cristine afirmou que se reportava a Guilhermino José Paz de Lizardo Lima e a Carlos Eduardo Mocelin.

Cruzando-se todos estes depoimentos testemunhais com o afirmado em Juízo pelo réu Guilhermino José Paz de Lizardo, entendo que todos estes três sócios sabiam o que se passava dentro da empresa, e deliberavam sobre as decisões mais importantes da empresa, incluindo sobre a decisão de aplicar indevidamente o coeficiente de determinação do lucro em 8%, de omitir os fatos geradores de contribuições PIS e COFINS e de não fornecer documentação exigida pelo fisco.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, é importante mencionar que o dolo é marcante, os acusados agiram com plena consciência e tinha capacidade de entender e compreender o caráter ilícito da sua conduta, mas optaram por livre e espontânea vontade lesar o fisco e não fornecer documentação exigida quando solicitado.

Desse modo, não existindo nos autos provas que possam excluir ou mesmo diminuir a culpabilidade, a condenação dos réus é medida que se impõe”.

Conforme se percebe, o juízo natural da ação penal, com observância ao princípio do contraditório, procedeu ao exame do suporte probatório colhido até então, afastando dele o que lhe poderia contaminar pela ilicitude declarada pelo Superior Tribunal de Justiça, e concluiu pela existência de elementos probatórios idôneos para justificar a sentença condenatória. Com efeito, apenas parte da apuração foi comprometida pelas provas obtidas a partir dos dados bancários encaminhados ilegalmente à Receita Federal, mais precisamente as **omissões de receita do ano**

de 2002. As demais supressões tributárias investigadas foram apuradas a partir de atividades fiscalizatórias regulares dos agentes da Receita Federal, e não por intermédio da quebra de sigilo bancário considerada ilegal pelo STJ. Evidenciada, pela instância ordinária, a ausência de nexo de causalidade entre os elementos de prova, não há falar que o suporte probatório ilegal contaminou todas as demais diligências (CPP, art. 157, § 1º).

Ademais, não sendo perceptível *prima facie* a derivação da prova, torna-se inviável, ao menos na via do *habeas corpus*, cotejar os inúmeros elementos de convicção trazidos aos autos e modificar a conclusão exarada pelo juízo sentenciante. Nesse sentido, os seguintes julgados: HC 107948 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma DJe de 14-05-2012; HC 117635, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 05-11-2013; RHC 117964, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 11-10-2013, esse último assim ementado:

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal Militar. Peculato-furto (CPM, art. 303, § 2º). Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa em face da existência, no embasamento da denúncia, de provas reconhecidas como ilícitas. Não ocorrência. Presença de outras provas autônomas suficientes ao embasamento da acusação. Inviabilidade de reexame fático-probatório na via estreita do *habeas corpus*. Recurso não provido.

1. Conforme destacado no julgado em questão ‘a ação penal está instruída por outras provas e não somente pelos depoimentos dos pacientes, supostamente considerados ilícitos’.

2. A pretensão ao reconhecimento da inexistência de provas autônomas suficientes para o embasamento da denúncia pelo *Parquet* militar esbarra no entendimento assente na Corte de que descabe, na via estreita do *habeas corpus*, revolver o acervo fático-probatório para reanalisar essa questão.

Precedentes.

3. Recurso não provido”.

3. Diante do exposto, denego a ordem. É o voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, apenas para a clareza do meu voto: neste caso, Vossa Excelência está acompanhando o entendimento de que, tendo sido decotado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça aquilo que seria considerado a prova ilícita ou dela decorrente, o que sobejou era suficiente para lastrear a ação, sem qualquer ilicitude na prova, ou seja, não havia apenas um depoimento, mas havia inclusive documentos que faziam com que houvesse indícios

suficientes para o recebimento da denúncia. E essa é a razão pela qual seria prematura aqui a aceitação do pedido no sentido do trancamento.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Aqui, o dado mais importante, no meu entender, é justamente isso que Vossa Excelência está falando, mas o dado mais importante é que os extratos bancários que foram considerados ilícitos embasaram os fatos no exercício de 2002.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – E esses foram retirados.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Eles foram retirados.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Acompanho Vossa Excelência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Segundo entendi, Senhor Presidente, Vossa Excelência **informa** a existência, *no caso*, de *fontes autônomas* de prova, **o que tornaria possível** a aplicação do § 2º do art. 157 do CPP.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Vossa Excelência me permite? É até um esclarecimento.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Neste caso, não apenas a prova ilícita foi retirada, como o próprio fato, que é referente ao exercício de 2002, foi retirado. Ao reanalisar o recebimento da denúncia em função do *habeas corpus*, o juiz de primeira instância não apenas determinou que se extraísse – é o que está noticiado aqui –, que se retirasse do processo a prova ilícita, como desconsiderou o próprio fato de 2002.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Para fins de denúncia.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Portanto, o que restou foram fatos referentes a outros exercícios.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Ou seja, o que se diz aqui é que os extratos bancários ilícitos se referiam ao ano de 2002. Por isso essa prova foi retirada e desconsiderou-se o próprio ilícito de 2002. Não se trata de provar o 2002 com outra prova. Desconsiderou-se o próprio fato.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vale dizer, há uma absoluta *desvinculação causal* do juízo condenatório **em relação a qualquer** elemento probatório *imregnado de ilicitude*.

Acompanho Vossa Excelência, Senhor Presidente.

É o meu voto.

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 116.931

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE.(S): GUILHERMINO PAZ DE LIZARDO LIMA

IMPTE.(S): NILSON PIRES VIDAL DE PAIVA E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. André Hespanhol. **2ª Turma**, 03.03.2015.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira – Secretária

HABEAS CORPUS 103.310

SÃO PAULO

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): KRONNIKA KHONGPLUEM

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

Habeas corpus. 2. *Emendatio libelli* (art. 383, CPP) em segunda instância mediante recurso exclusivo da defesa. Possibilidade, contanto que não gere *reformatio in pejus*, nos termos do art. 617, CPP. A pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação, devendo ser consideradas outras circunstâncias para verificação de existência de *reformatio in pejus*. 3. O redimensionamento da pena-base pelo Tribunal de Apelação em patamar para além daquele fixado no Juízo originário, embora reduza a reprimenda total em apelação exclusiva da defesa, reconhecendo vetoriais desfavoráveis não veiculadas na sentença (art. 59, CP), gera *reformatio in pejus*. 4. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Ministro Teori Zavascki, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por empate, vencido o Relator e a Ministra Cármen Lúcia, conceder a ordem, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes que redigirá o acórdão.

Brasília, 3 de março de 2015.

Ministro **GILMAR MENDES** – Redator do Acórdão

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do HC 150.279, Rel. Min. LAURITA VAZ.

Consta dos autos, em síntese, que (a) a paciente foi condenada à pena de 7 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico transnacional de drogas (art. 33 c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006); (b) inconformada,

apelou para o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deu parcial provimento ao recurso e reduziu a reprimenda para 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão, mantendo, no mais, a sentença de primeira instância; (c) alegando *reformatio in pejus* ocorrida no TRF, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem, em acórdão assim ementado:

“(…) 1. Não há ofensa ao princípio da *ne reformatio in pejus* quando, em que pese o Tribunal de origem fixar a pena-base em quantidade superior à determinada pela sentença condenatória, a reprimenda final resta estabelecida em patamar inferior, inexistindo qualquer agravamento na condenação da ora Paciente, em recurso exclusivo da Defesa.

2. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ordem denegada”.

Neste *habeas corpus*, a impetrante alega, em suma, que “o Tribunal *a quo*, analisando o mérito do apelo exclusivo da defesa, fixou a pena-base acima daquela perpetrada pelo Juiz singular, extrapolando – 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias multas – o limite estabelecido pelo precedente monocrático – 5 anos e 8 meses de reclusão e 650 dias-multa” (fl. 6), o que estaria em desacordo com o art. 617 do CPP, que proíbe a *reformatio in pejus*. Requer a concessão da ordem, para restabelecer a pena-base fixada na sentença condenatória, incidindo sobre ela os benefícios concedidos em grau de apelação.

O pedido de liminar foi indeferido pelo então Relator, Min. Ayres Britto.

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Como Vossas Excelências percebem, essa é uma questão de direito, uma intrigante e instigante questão de direito que traz, aqui, mais uma vez, um problema de natureza tipicamente processual e com reflexos de direito material, que é estabelecer os limites de devolutividade da apelação criminal.

Realmente, como agora sustentou o Doutor Gustavo, não há precedentes específicos em situações semelhantes do Tribunal, porém há vários precedentes – cito no meu voto – a respeito da amplitude da devolutividade.

O meu voto é pela denegação da ordem. Parece-me que essa é a conclusão que se pode tirar a partir da visão que o Supremo tem, no meu entender, do efeito devolutivo.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. O efeito devolutivo inerente ao recurso de apelação – ainda que exclusivo da defesa – permite que, observados os limites horizontais da matéria questionada, o Tribunal a aprecie em exaustivo nível de profundidade, a significar que, mantida a essência da causa de pedir e sem piorar a situação do recorrente, é legítima a revisão do *quantum* estabelecido em cada fase do modelo trifásico da dosimetria. Daí esta Corte já ter afirmado que o recurso contra a individualização da pena não limita o Tribunal de apelação ao reexame dos motivos da sentença; “a restrição a observar no ponto é que as novas circunstâncias do fato hão de estar explícitas ou implicitamente contidas na acusação” (HC 76156, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 08-05-1998). É também o que se colhe da doutrina especializada: ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES, recurso no processo penal, p. 46, 2011, RT.

No exame do apelo defensivo, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, à luz do substrato fático contido na acusação e citado na própria sentença condenatória, fixou a pena-base em 6 anos e 8 meses de reclusão, ou seja, em patamar superior ao que fora aplicado pelo magistrado sentenciante (5 anos e 8 meses). Ocorre que, ao examinar as demais fases da dosimetria, aquele órgão judicante estabeleceu a reprimenda final em 6 anos, 5 meses e 23 dias; portanto, menor do que a imposta em primeiro grau de jurisdição (7 anos e 9 meses de reclusão). Nessas circunstâncias, e considerando a linha jurisprudencial desta Corte, não há falar em *reformatio in pejus*:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. *REFORMATIO IN PEJUS*. (...) I – No caso, a majoração da pena-base fixada pela sentença não causará nenhum prejuízo ao paciente, dado que o acórdão acolheu a tese da defesa de inexistência de concurso material e reduziu a pena final em 12 (doze) anos e 4 (quatro) meses. (...) IV – HC indeferido” (HC 85.963, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ 24-02-2006).

“(...) 2. Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão somente pelo teor da acusação e pela prova produzida. 3. Inexistência de *reformatio in pejus*. (...) 6. Ordem denegada” (HC 106113, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 01-02-2012).

“(...) 3. O efeito devolutivo da apelação devolve ao tribunal o conhecimento amplo da matéria suscitada, permitindo ainda o exame das matérias de ofício que ainda não tenham sido resolvidas, o que fragiliza sobremaneira o argumento da deficiência da defesa

técnica no caso *sub judice*. (HC 105897, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 03-10-2011).

"(...) 5. Não há óbice para que o Tribunal de Justiça reconheça como desfavorável ao réu a circunstância de execução do crime, que não foi reconhecida da mesma forma pelo magistrado sentenciante. Profundidade do efeito devolutivo do recurso de apelação. 6. *Habeas corpus* denegado" (HC 100165, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 01-07-2010).

Esse entendimento foi recentemente reafirmado no RHC 123115, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 10-12-2014, assim ementado:

"Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Tráfico de drogas. Condenação. Pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado. 3. Fixação na sentença do regime inicial fechado obrigatório, § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação pela Lei 11.464/07. 4. Afastamento, no julgamento de apelação exclusiva da defesa, do regime inicial obrigatório. Fixação do regime inicial na forma do art. 33, § 3º, do CP. Invocação de circunstância judicial já reconhecida na sentença. Ausência de constrangimento ilegal. 5. Recurso a que se nega provimento".

2. Ante o exposto, denego a ordem. É o voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, tal como Vossa Excelência acentua, essa é uma matéria sobre a qual o Supremo não tinha tratado de maneira específica, e sempre se tem a menção ao precedente do Ministro Sepúlveda Pertence quanto à devolutividade, o que tem conduzido a algumas conclusões como esta.

Neste *habeas corpus* de que fui Relatora, o 101.917 – não sei se é esse que Vossa Excelência citou –, eu exatamente examinei essa questão. E se tinha no voto que:

"2. Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever toda a matéria e, portanto, os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitando-se, portanto, pelo teor da acusação e pela prova produzida."

E, em qualquer caso, o impedimento há...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR) – CANCELADO.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Este também é meu. Neste também eu fui Relatora.

Vossa Excelência citou o 106.113. Este outro é o 101.917. E a conclusão foi exatamente de que, ao final, a pena não sendo maior do que aquela que tinha sido inicialmente fixada, não haveria de se aplicar o princípio da *reformatio in pejus*. E o que o Doutor Gustavo acentua sobre eventuais questionamentos, sobre consequências outras, inclusive quanto a regime de cumprimento, por exemplo, nos levaria a ter de repensar a própria jurisprudência quanto à devolutividade. Aí, sim, geraria essa consequência pleiteada.

Como afirma Vossa Excelência, efetivamente se tem uma questão de enorme gravidade, mas eu – não abandonando, de jeito nenhum, o contínuo exame da matéria e até me pautando agora para me dedicar a isso, especificamente sobre a devolutividade e suas consequências – eu, em princípio, mantenho o que vem sendo decidido e, portanto, acompanho Vossa Excelência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Presidente, eu estou numa dúvida enorme em relação a isso. Recentemente, eu trouxe um voto e me parece que esse reenquadramento que leva à elevação da pena-base, apesar de não alterar a pena definitiva, que tem consequências no regime, parece caracterizar a *reformatio in pejus*.

Imaginemos uma situação tal em que alguém, por conta desse rearranjo levado a efeito quando do exame de um recurso exclusivo da defesa, saia da possibilidade de um regime semiaberto para um regime fechado. Como podemos dizer inexistir a vedada *reformatio in pejus*?

Não se pode olvidar que a pena fixada não é o único efeito ou única circunstância que permeia uma condenação. No precedente que citei, a ré havia sido condenada inicialmente pelo delito de furto. Quando do julgamento de apelação exclusiva da defesa, o Tribunal de segunda instância reexaminou os fatos e entendeu por adequado enquadrá-los como peculato, motivo pelo qual procedeu à *emendatio libelli*, mantendo exatamente a mesma pena anteriormente fixada.

Acrescento que, nos termos da jurisprudência desta Corte, é possível a realização da *emendatio libelli* em segundo grau de jurisdição, mesmo em casos de recurso exclusivo da defesa, desde que respeitados os limites estabelecidos pelo art. 617 do CPP, ou seja, desde que não sobrevenha *reformatio in pejus*.

À primeira vista, ainda trazendo o precedente citado para ilustrar, sob um olhar mais desavisado, nenhum prejuízo sobreveio para a então apelante, que permaneceu condenada à mesma pena. Todavia, verificando mais de perto, nos damos conta de uma sutileza. Há uma regra específica para os condenados pela prática de crime contra a Administração Pública, como é o caso do peculato: a progressão de regime do cumprimento da pena respectiva é condicionada à reparação do dano causado, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais, como definido pelo artigo 33, § 4º, do Código Penal.

Dessa forma, não se pode descartar que, durante a execução da reprimenda, a ré sofra regressão de regime e seja prejudicada pela *emendatio libelli* aparentemente inofensiva.

E veja que essa é a orientação, por exemplo, que se perfilha quando se discute também – isso nas lições dos clássicos, repetidas pelo Tribunal – a respeito da lei mais benévola. Quer dizer, nós temos de aferir a situação concreta para sabermos se estamos diante de uma situação que agrava. E aqui me parece que isso é claro.

Depreende-se dos presentes autos que a ora paciente foi condenada em primeira instância à pena privativa de liberdade de 7 anos e 9 meses de reclusão, pela prática dos delitos tipificados nos artigos 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06 (eDOC 3, p. 26-30). Quando da primeira fase da fixação da reprimenda, valorou-se negativamente a culpabilidade, motivo e consequências do crime.

Irresignada, apelou a ré, inclusive insurgindo-se quanto à valoração negativa das três vetoriais que afastaram a pena-base do mínimo legal (eDOC 3, p. 50-51). O recurso foi parcialmente provido, restando a pena final reduzida de 7 anos e 9 meses de reclusão para 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão. Todavia, para chegar a tal resultado, a pena-base foi aumentada de 5 anos e 8 meses para 6 anos e 8 meses de reclusão. Para tanto, a natureza da droga e o fato de a então apelante ser, na época, secretária de agência de viagens foram os fundamentos manejados.

Entendo que aqui está a vedada *reformatio in pejus*. Apesar de, ao final, o cálculo ter redundado em uma pena menor, o Tribunal não poderia ter reconhecido em desfavor da apelante circunstâncias não firmadas na sentença. Não sem recurso da acusação, evidentemente.

Com efeito, aparentemente sem gerar qualquer prejuízo prático para o ora paciente, a decisão de segunda instância reconheceu vetoriais negativas outrora inexistentes, o que indubitavelmente configura prejuízo e gera constrangimento ilegal.

Vou pedir vênias a Vossa Excelência e à Ministra Cármen e abrir a divergência com base no precedente recente aqui trazido, invocando, portanto, esses fundamentos.

Ante o exposto, voto no sentido de **conceder a ordem**, a fim de que seja refeita a dosimetria da pena em relação à paciente, sendo mantidos, quanto à pena-base, os termos definidos em primeira instância.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênias para, **acompanhando o dissenso, deferir** o pedido nos termos do voto proferido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, **notadamente** em face **do que dispõe a parte final** do art. 617 do CPP, **que veda a “reformatio in pejus”** quando **somente** o réu houver apelado da sentença.

É o meu voto.

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 103.310

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): KRONNIKA KHONGPLUEM

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação de empate, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do art. 664, parágrafo único, do Código de Processo Penal, a fim de que seja refeita a dosimetria da pena em relação à paciente, sendo mantidos, quanto à pena-base, os termos definidos em primeira instância, vencidos os Senhores Ministros Teori Zavascki (Relator) e Cármen Lúcia que denegavam a ordem. Falou, pela paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público Federal. Redigirá o acórdão, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 03.03.2015.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira – Secretária

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Cível

• • •

RECURSO ESPECIAL Nº 1.444.747 – DF (2014/0067421-5)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

RECORRENTE: M.M.C.

ADVOGADA: CLARICE PEREIRA PINTO

RECORRIDO: E.T.M.N.

RECORRIDO: V.T.S.C.

ADVOGADO: MARIA ESPEDITA MOREIRA MILANI

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA COM O ADOTANTE. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO. DESNECESSIDADE DO CONSENTIMENTO DO PAI BIOLÓGICO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já firmada a paternidade socioafetiva.

2. O ECA deve ser interpretado sob o prisma do melhor interesse do adotando, destinatário e maior interessado da proteção legal.

3. A realidade dos autos, insindicação nesta instância especial, explicita que o pai biológico está afastado do filho por mais de 12 (doze) anos, o que permitiu o estreitamento de laços com o pai socioafetivo, que o criou desde tenra idade.

4. O direito discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz, que não depende do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade.

5. O ordenamento jurídico pátrio autoriza a adoção de maiores pela via judicial quando constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625 do Código Civil).

6. Estabelecida uma relação jurídica paterno-filial (vínculo afetivo), a adoção de pessoa maior não pode ser refutada sem justa causa pelo pai biológico, em especial quando existente manifestação livre de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado.

7. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2015 (Data do Julgamento)

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de recurso especial, interposto por M. M. C., com fulcro na alíneas *a* e *c* do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios assim ementado:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO DE PESSOA MAIOR. AUSÊNCIA DE CONTATO PESSOAL ENTRE PAI BIOLÓGICO E FILHO POR APROXIMADAMENTE DOZE ANOS. COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO ENTRE ADOTANTE E ADOTADO. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DO GENITOR. PRESCINDIBILIDADE. PRECEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. 1. TENDO SIDO O PEDIDO DE ADOÇÃO FORMULADO CONJUNTAMENTE PELO ADOTANTE E ADOTADO E COM O CONSENTIMENTO DA GENITORA DESTA E O DISSENSO DO PAI BIOLÓGICO, HÁ QUE SE PRIVILEGIAR A REALIDADE QUE SE ENCONTRA EVIDENCIADA NO VÍNCULO SOCIOAFETIVO ESTABELECIDO ENTRE O ADOTANTE E O ADOTADO, E QUE NÃO PODE SER NEGLIGENCIADA PELO PODER JUDICIÁRIO EM NOME DE UMA RELAÇÃO DE PARENTESCO CONSUBSTANCIADA NA SIMPLES PATERNIDADE REGISTRAL. 2. ESTA CORTE DE JUSTIÇA JÁ SE POSICIONOU NO SENTIDO DE QUE, PARA O DEFERIMENTO DO PEDIDO

DE ADOÇÃO DE PESSOA QUE JÁ ATINGIU A MAIORIDADE CIVIL É DESNECESSÁRIO O CONSENTIMENTO DO GENITOR. 3. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA” (e-STJ fl. 318 – grifou-se).

Cuida-se, na origem, de ação de adoção de maior de idade combinada com pedido de destituição do vínculo paterno, proposta por E. T. M. N. (adotante) em favor de V. T. S. C. (adotando) e em desfavor de M. M. C. (pai biológico de V. T. S. C.), que se encontra em lugar incerto e não sabido há mais de 14 anos. O autor E. T. M. N., nascido em 1º/4/1958, pede o deferimento de adoção de pessoa maior e capaz, nascida em 28/3/1991, com a sua concordância e de sua genitora, M. C. T. S., com quem convive em união estável desde 1993 e é casado desde 17/12/1999.

O pedido foi fundamentado nos seguintes termos:

“(…) 2 – O adotante passou a viver em união estável com a genitora do adotando no ano de 1993 e, desde então, começou a cuidar do filho de sua companheira, que ainda pequeno, com apenas 2 (dois) anos de idade, foi viver no novo lar conjugal, sob sua guarda e proteção, como se filho biológico fosse, oportunidade em que lhe permitiu acompanhar, de perto, todo o desenvolvimento de sua infância e adolescência, além de poder desempenhar o verdadeiro papel de pai, oferecendo-lhe todos os cuidados e proteção inerentes à paternidade .

Posteriormente, o adotante casou-se com a mãe do adotando, com a qual tem ainda outra filha, irmã do adotando, (conforme certidões anexas, fls. 13 e 33). Com o passar dos anos, a relação entre pai e filho, construída dia a dia, aprimorou-se num verdadeiro vínculo de afetividade e afinidade, com estreitos laços de amor, carinho, confiança e respeito, dispensando qualquer estágio de convivência .

3 – Desde que passou a exercer o papel de pai de fato, o adotante é quem mantém o sustento, educação, assistência médica e outras despesas com a criação do adotando (...).

4 – Embora conste no registro civil do adotando, como genitor biológico, o Sr. M. M. C., vale mencionar que sua participação na vida do filho resumiu-se apenas e tão-somente ao ato formal de registrá-lo, pois, desde que se separou de sua mãe, nunca mais prestou qualquer tipo de assistência material, emocional ou de vínculo afetivo, restando o completo distanciamento entre pai e filho consanguíneos, a ponto de não se saber até mesmo onde ele possa ser localizado . Por outro lado, acontecia uma relação sincera e verdadeira entre adotante e adotando, desenvolvendo-se naturalmente, ao que se conclui que a única forma de garantir o

seu futuro, livre de qualquer constrangimento que possa advir, seria buscar a tutela jurisdicional, com o intuito de formalizar a filiação civil a quem realmente o criou, com direito a usar o sobrenome 'Muller', e, consequentemente, com a extinção da filiação em relação ao seu pai biológico" (e-STJ fls. 4-6 – grifou-se).

O genitor foi citado e apresentou contestação.

O Juízo da 3ª Vara de Família de Brasília/DF julgou procedente o pedido, considerando desnecessário o consentimento do pai biológico na hipótese de adoção de pessoa maior de idade (e-STJ fl. 268), e determinou a alteração do nome do adotado para V. T. M e o cancelamento do registro civil original.

Constatou que, *"em que pese as alegações do pai biológico no sentido de que diversas foram as razões de seu afastamento do adotando, a realidade é que o adotando foi criado pelo adotante, desde seus dois anos de idade, gerando forte vínculo de paternidade sócio afetiva, o que foi demonstrado no processo e na ocasião da audiência de instrução",* concluindo que *"a presente demanda apenas irá constituir na esfera jurídica das vidas das partes a realidade que já está consolidada há aproximadamente 19 anos, no sentido de que os autores são uma família criada pelos laços do afeto e do amor, juntamente com a genitora do adotando"* (e-STJ fl. 271 – grifou-se).

O pai biológico M. M. C. apresentou apelação (e-STJ fls. 276-281), alegando, em síntese, que deveria ter sido aplicado, por analogia, o disposto no artigo 45, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por determinação expressa contida no artigo 1.619 da Lei nº 12.010/2009, a fim de condicionar a adoção ao consentimento do pai biológico, requisito que reputa essencial.

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo nos termos da ementa antes mencionada.

Os embargos de declaração opostos ao acórdão recorrido foram rejeitados (e-STJ fls. 343-351).

Nas razões do apelo nobre (e-STJ fls. 355-378), o recorrente aduz, em resumo, violação do art. 535 do Código de Processo Civil, porque o acórdão proferido nos embargos declaratórios teria sido omissivo ao não se manifestar acerca da seguinte premissa:

"(...) o Embargante, pai biológico do Embargado V., não é desconhecido, como também, não houve sua destituição do poder familiar, por isso, NÃO pode o Poder Judiciário consolidar situação – dispensar, na adoção, o consentimento de pai biológico, eis que se trata de afronta ao artigo 1.621 do Código Civil, pois é requisito indispensável para a adoção o consentimento de ambos os pais biológicos, mesmo se um desses exerce sozinho o poder familiar" (e-STJ fl. 356 – grifou-se).

Afirma que, ao não se pronunciar quanto ao tema, houve violação dos arts. 1.621 do Código Civil e 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, porquanto descumpridos, pelo Tribunal de origem, os requisitos postos na legislação no que se refere à adoção de pessoa maior, que afastou a necessidade de consentimento do genitor, mesmo que não destituído do seu poder familiar.

Após as contrarrazões (e-STJ fls. 424-443), o recurso especial foi admitido na origem (e-STJ fls. 445-446), ascendendo os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, por meio do seu representante, o Subprocurador da República Maurício de Paula Cardoso, opinou pelo não provimento do recurso especial (e-STJ fls. 461-462).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): O recurso não merece provimento.

Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já firmada a paternidade socioafetiva.

No tocante à alegada negativa de prestação jurisdicional (artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil), agiu corretamente o Tribunal de origem ao rejeitar os embargos declaratórios por inexistir omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, ficando patente, em verdade, o intuito infringente da irresignação, que objetivava a reforma do julgado por via inadequada.

Como bem consignado no parecer ministerial,

“O Tribunal a quo prestou, de forma completa, a jurisdição reclamada, apenas não proferindo decisão que favorecesse ao recorrente, que não caracteriza as apontadas violações aos dispositivos de lei federal. Mera insurgência com a razão de decidir assimilada no decisório não constitui causa hábil a amparar a alegada violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil” (e-STJ fl. 467).

No mérito melhor sorte não socorre o recorrente.

O artigo 1.621 do Código Civil, que foi revogado pela Lei nº 12.010/2009, ostentava a seguinte redação:

“Art. 1.621. A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos. (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009)”

A partir da nova legislação, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) passou a reger a relação em análise, como se verifica do art. 1.619, cuja redação passou a ser a que ora se transcreve:

“A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)”.

No que se refere às regras gerais presentes no mencionado Estatuto, destaca-se que o art. 45 prevê condições idênticas às que constavam no revogado art. 1.621 do Código Civil, quais sejam:

“A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando .

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento”.

Nesse contexto, tendo sido apontado como violado também o art. 45 do ECA, é necessário reconhecer o preenchimento do requisito formal do prequestionamento da matéria federal tida como violada.

O ECA deve ser interpretado sob o prisma do melhor interesse do adotando e, no caso concreto, a despeito de o pai não ser um desconhecido completo, a realidade dos autos explicita que nunca desempenhou a função paternal, estando afastado do filho por mais de 12 (doze) anos, tempo suficiente para estremecer qualquer relação, permitindo o estreitamento de laços com o pai socioafetivo.

Válido, mencionar, por oportuno, a fundamentação do acórdão recorrido quanto à prescindibilidade do consentimento do pai biológico para a adoção do filho maior:

“(...) as provas colhidas durante a instrução, em especial, o depoimento pessoal do apelante (fls. 247), demonstram que, embora o ordenamento jurídico lhe proporcionasse os meios necessários para que pudesse manter o convívio familiar com seu filho, o apelante preferiu permanecer afastado, tendo em vista que expressamente declarou que ‘não tinha condições financeiras nem psicológicas de buscar regulamentação

ou execução da regulamentação de visitas’, bem como que ‘sequer passava pela cabeça do depoente entrar com ação para resguardar seus direitos de visita’.

Acrescente-se que, mesmo tendo localizado seu filho nas redes sociais, o apelante não demonstrou qualquer interesse em promover um encontro pessoal com seu filho, tendo afirmado que ‘nos contatos via internet, disponibilizou seu telefone, mas não chegou a marcar encontro com o V.’.

O fato é que o último contato pessoal que o apelante manteve com seu filho ocorreu quando V. contava com idade entre seis (06) e sete (07) anos, sendo certo que, quando do ajuizamento da presente demanda, o adotando contava com quase dezenove (19) anos de idade, isto é, transcorreram-se mais de doze (12) anos sem que o apelante tenha exercido qualquer dos deveres inerentes à paternidade, papel este que foi exercido, conforme demonstrado nos autos, pelo adotante, a quem o adotando reconhece como sendo seu pai (...).

A toda evidência, a verdade biológica impõe a paternidade, mas a verdade sociológica constrói, paulatinamente, a paternidade. A relação entre pais e filhos não se esclarece apenas na descendência genética, mas, sim, e preponderantemente, na relação socioafetiva, que supre o indivíduo em suas necessidades elementares de alimentação, lazer, educação, sem desconsiderar o afeto e o amor. E esta realidade que se encontra evidenciada no vínculo socioafetivo, estabelecido entre o adotante e o adotado, e que não pode ser negligenciada pelo Poder Judiciário em nome de uma relação de parentesco consubstanciada apenas na paternidade registral (...)” (e-STJ fls. 316-324 – grifou-se).

Por sua vez, o art. 48 do ECA prevê:

“Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica” (NR).

Assim, a partir de uma interpretação teleológica do art. 48 do ECA, sendo possível ao filho maior buscar suas origens biológicas, também impõe-se reconhecer o direito de afastá-las por definitivo, por meio de adoção, quando atingida a maioridade (atualmente o adotando tem 22 anos de idade), a fim de consagrar a socioafetividade, realidade fática devidamente atestada pelas instâncias ordinárias.

Extrai-se das contrarrazões que:

“(...) O adotando foi criado e integralmente assistido pelo padrasto (o adotante) desde os 2 anos de idade e, ao mesmo tempo em que o pai biológico, que nunca pagou um centavo de pensão alimentícia, foi e continua ausente e distante, sem contato com o filho por décadas; por outro lado, a vida seguiu dando oportunidades para que se estabelecesse a filiação socioafetiva, construída ao longo dos anos; trata-se de uma situação real consolidada, e não há como retroagir e mudar” (e-STJ fl. 433).

Não se olvida, aliás, que o direito discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz. De fato, é cediço que o poder familiar se extingue pela maioria (art. 1.635 do Código Civil), pois “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores” (artigo 1.630 do Código Civil).

O maior de 18 anos não depende mais do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade, logo, a toda evidência, não se aplica o art. 45, § 1º, do ECA na espécie.

No que tange à adoção de pessoa adulta, entendendo-se desnecessário o consentimento dos pais, é absolutamente necessária a citação deles, com o fito de precaver eventual interesse jurídico (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Ronsenvald, *Curso de Direito Civil*, Volume 6, Editora Jus Podvum, pág. 1.061). A doutrina é firme quanto à prescindibilidade do consentimento do pai registral devidamente citado:

*“(...) A adoção de maiores nunca foi proibida (...). No que concerne à adoção de adultos, limita-se o Código Civil a exigir a assistência efetiva do poder público, o que torna necessária a via judicial, aplicando-se, no que couber, as regras do ECA (CC 1.619). Ainda assim, mister reconhecer que é desnecessário **estágio de convivência**. Como se trata de **direito personalíssimo, que diz com o estado da pessoa, indispensável a inequívoca manifestação de vontade de adotante e de adotado** (...).*

*Dúvidas há sobre a necessidade de **consentimento dos pais**. As posições são contraditórias. No entanto, é imperativo, senão o consentimento, ao menos a **citação dos pais registrais**. Mesmo que não precisem consentir, os pais biológicos devem ser citados, pois a sentença terá profunda ingerência nas suas vidas. Perdem eles a relação paterno-filial, que, às claras, não se esgota com a extinção desarrazoada a ‘perda’ de um filho sem sequer tomar conhecimento de tal fato. De outro lado, como se trata de ação relativa ao estado de uma pessoa, para a sentença produzir coisa julgada com relação a terceiros é indispensável a citação de todos os interessados como litisconsortes necessários (CPC 472)” (Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 9ª Edição, Revista dos Tribunais, págs. 504-505 – grifou-se).*

Válido mencionar que o recorrente é contrário ao pedido de adoção com base na imprescindibilidade do consentimento do pai biológico para a sua concessão. Porém, não refuta a relação socioafetiva estabelecida entre adotante e adotado ao longo de expressivo lapso temporal (quase uma década), reconhecida tanto na sentença, como pelo acórdão, cingindo-se a invocar a seu favor o comando dos arts. 1.619 e 1.621 do Código Civil combinado com o art. 45 do ECA, calçados exclusivamente na paternidade registral.

A irresignação não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, que já decidiu em hipóteses análogas pela possibilidade de dispensa do consentimento sem prévia destituição do poder familiar quando constatada uma situação de fato consolidada no tempo que seja favorável ao adotando, consoante se verifica dos seguintes precedentes:

“DIREITO CIVIL. ADOÇÃO. 1. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO OCORRÊNCIA. AQUIESCÊNCIA DEMONSTRADA POR TERMO ASSINADO PELA MÃE BIOLÓGICA CORROBORADO PELAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. 2. LONGO CONVÍVIO DA ADOTANDA COM A FAMÍLIA SUBSTITUTA. MELHOR INTERESSE DA MENOR. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. São nobres os propósitos do art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente diante dos noticiados casos de venda e tráfico de crianças. De fato, o consentimento dos pais biológicos do adotando encerra segurança jurídica ao procedimento legal de adoção.

Sucedee, entretanto, que o desate de controvérsias como a presente reclama a definição, diante do quadro fático apresentado, de qual solução atenderá o melhor interesse da criança, real destinatária das leis e da atuação do Poder Judiciário.

2. Na espécie, o conteúdo da declaração prestada pela mãe biológica da adotanda, apesar de não autenticada ou ratificada em audiência, elucida o consentimento e a intenção de entregar a infante aos cuidados dos recorridos. Os depoimentos das testemunhas, igualmente, esclarecem que a genitora da menor não possuía condições para criá-la. O relatório social atesta a regularidade da situação de fato, bem como o carinho e amor dispensados pelos adotantes à criança. Além disso, a mãe biológica da infante foi pessoalmente citada e deixou de comparecer em juízo ou de questionar o termo de anuência por ela assinado. Assim, sobejamente demonstrado o vínculo afetivo criado entre a criança e os recorridos, sendo todas as circunstâncias favoráveis à manutenção da menor na companhia da família que a acolheu, a interpretação literal da norma violaria, acima de tudo, a doutrina da proteção integral e, como tal, encontrar-se-ia na contramão da melhor dogmática processual. Precedentes.

3. Com efeito, no confronto das formalidades legais com os vínculos de afeto criados entre os adotantes e a infante, os últimos devem sempre prevalecer. Diante dessas considerações, declarar a nulidade do processo de adoção, notadamente diante dos elementos de prova coletados durante a instrução do feito – termo de anuência apresentado pela mãe biológica, depoimentos das testemunhas, relatório social e situação de fato estabelecida há aproximadamente 13 (treze) anos –, postergando sem justificativa a regularização da situação da infante, não condiz com os objetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. Recurso especial a que se nega provimento” (REsp 1.423.640/CE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 13/11/2014 – grifou-se).

“HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA PROFERIDA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ADOÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO NO PROCESSO ALIENÍGENA E QUE, ATUALMENTE, SE ENCONTRA EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. SITUAÇÃO DE FATO QUE JÁ PERDURA HÁ MAIS DE DEZ ANOS.

(...) 3. Na mesma linha, não obsta à homologação da sentença estrangeira a falta de citação do pai biológico para responder ao processo de adoção de pessoa que **atingiu a maioridade**, mormente quando a filha, a própria requerente da homologação, pretende a regularização de sua situação de fato. Ademais, **não há necessidade de consentimento do pai para a adoção, sendo que a filha já adquiriu a nacionalidade americana e, principalmente, vem sendo criada em ótimas condições pelo seu pai adotivo (brasileiro residente nos Estados Unidos) há mais de dez anos.** Além disso, no processo de homologação, constatou-se ser desconhecido o paradeiro do pai, que, não obstante os ofícios encaminhados à Receita Federal e à Justiça Eleitoral, não foi localizado.

4. Foi promovida a citação de terceiros possíveis interessados neste processo.

5. Homologação da sentença estrangeira deferida” (SEC 6.396/EX, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/10/2014, DJe 06/11/2014 – grifou-se).

“CIVIL. ADOÇÃO. VÍCIO NO CONSENTIMENTO DA GENITORA. BOA-FÉ DOS ADOTANTES. LONGO CONVÍVIO DA ADOTANDA COM OS ADOTANTES. PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. A criança adotanda é o objeto de proteção legal primário em um processo de adoção, devendo a ela ser assegurada condições básicas para o seu bem-estar e desenvolvimento sociopsicológico.

2. A constatação de vício no consentimento da genitora, com relação à entrega de sua filha para a adoção, não nulifica, por si só, a adoção já realizada, na qual é possível se constatar a boa-fé dos adotantes.

3. O alçar do direito materno, em relação à sua prole, à condição de prevalência sobre tudo e todos, dando-se a coacta manifestação da mãe-adolescente a capacidade de apagar anos de convivência familiar, estabelecida sobre os auspícios do Estado, entre o casal adotante, seus filhos naturais e a adotanda, no único lar que essa sempre teve, importa em ignorar o direito primário da infante, vista mais como objeto litigioso e menos, ou quase nada, como indivíduo, detentora, ela própria, de direitos, que, no particular, se sobrepõem aos brandidos pelas partes.

4. Apontando as circunstâncias fáticas para uma melhor qualidade de vida no lar adotivo e associando-se essas circunstâncias à convivência da adotanda, por lapso temporal significativo – 09 anos –, junto à família adotante, deve-se manter íntegro esse núcleo familiar.

5. Recurso especial provido” (REsp 1.199.465/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 21/06/2011 – grifou-se).

Sob esse prisma, resta patente a situação de abandono do adotando maior de idade em relação ao seu genitor. Portanto, não merece acolhida a oposição do pai biológico à adoção de seu filho biológico em virtude da extinção fática do poder familiar, à luz do devido processo legal e do melhor interesse do adotando. Com efeito, a adoção de maiores, admitida sempre pela via judicial, deve ser permitida quando constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625 do Código Civil), como no caso dos autos.

A propósito:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO DE MAIOR DE DEZOITO ANOS. MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA. CÓDIGO CIVIL DE 2002. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PROCESSO JUDICIAL E SENTENÇA CONSTITUTIVA.

1. Na vigência do Código Civil de 2002, é indispensável o processo judicial, mesmo para a adoção de maiores de dezoito (18) anos, não sendo possível realizar o ato por intermédio de escritura pública.

2. Recurso especial provido” (REsp 703.362/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 08/06/2010 – grifou-se).

Estabelecida uma relação jurídica paterno-filial (vínculo afetivo), a adoção de pessoa maior não pode ser refutada sem justa causa pelo pai biológico, em especial quando existente livre manifestação de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0067421-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.444.747 / DF

Números Origem: 162664420108070001 20100110162665 20100110162665REE
201400674215

PAUTA: 17/03/2015 JULGADO: 17/03/2015

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO VIEIRA BRACKS**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: M.M.C.

ADVOGADA: CLARICE PEREIRA PINTO

RECORRIDO: E.T.M.N.

RECORRIDO: V.T.S.C.

ADVOGADO: MARIA ESPEDITA MOREIRA MILANI

ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Família – Relações de Parentesco – Adoção de Maior

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.302.467 – SP (2012/0002671-4)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE: P.D.A.

ADVOGADO: PAULO ANDRÉ AGUADO

RECORRIDO: C.E.C.

ADVOGADO: HYGINO SEBASTIÃO AMANAJÁS DE OLIVEIRA

EMENTA

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVA) ROMPIDA. DIREITO A ALIMENTOS. POSSIBILIDADE. ART. 1.694 DO CC/2002. PROTEÇÃO DO COMPANHEIRO EM SITUAÇÃO PRECÁRIA E DE VULNERABILIDADE. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF Nº 132/RJ E DA ADI Nº 4.277/DF. ALIMENTOS PROVISIONAIS. ART. 852 CPC. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ANÁLISE PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM.

1. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, são reiterados os julgados dando conta da viabilidade jurídica de uniões estáveis formadas por companheiros do mesmo sexo, sob a égide do sistema constitucional inaugurado em 1988, que tem como caros os princípios da dignidade da pessoa humana, a igualdade e repúdio à discriminação de qualquer natureza.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar*, entendida esta como sinônimo perfeito de *família*; por conseguinte, “este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.

3. A legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heterossexuais, trazendo efetividade e concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, busca da felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual.

4. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para a estruturação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa humana. Em suma: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença.

5. Como entidade familiar que é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (ADI n. 4277/DF e ADPF 132/RJ), pelos mesmos motivos, não há como afastar da relação de pessoas do mesmo sexo a obrigação de sustento e assistência técnica, protegendo-se, em última análise, a própria sobrevivência do mais vulnerável dos parceiros.

6. O direito a alimentos do companheiro que se encontra em situação precária e de vulnerabilidade assegura a máxima efetividade do interesse prevalente, a saber, o mínimo existencial, com a preservação da dignidade do indivíduo, conferindo a satisfação de necessidade humana básica. O projeto de vida advindo do afeto, nutrido pelo amor, solidariedade, companheirismo, sobeja obviamente no amparo material dos componentes da união, até porque os alimentos não podem ser negados a pretexto de uma preferência sexual diversa.

7. No caso ora em julgamento, a cautelar de alimentos provisionais, com apoio em ação principal de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, foi extinta ao entendimento da impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que “não há obrigação legal de um sócio prestar alimentos ao outro”.

8. Ocorre que uma relação homoafetiva rompida pode dar azo ao pensionamento alimentar e, por conseguinte, cabível, em processo autônomo, que o necessitado requeira sua concessão cautelar com a finalidade de prover os meios necessários ao seu sustento durante a pendência da lide.

9. As condições do direito de ação jamais podem ser apreciadas sob a ótica do preconceito, da discriminação, para negar o pão àquele que tem fome em razão de sua opção sexual. Ao revés, o exame deve-se dar a partir do ângulo constitucional da tutela da dignidade humana e dos deveres de solidariedade e fraternidade que permeiam as relações interpessoais, com

o preenchimento do binômio necessidade do alimentário e possibilidade econômica do alimentante.

10. A conclusão que se extrai no cotejo de todo ordenamento é a de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (ADI nº 4277/DF e ADPF nº 132/RJ), incluindo-se aí o reconhecimento do direito à sobrevivência com dignidade por meio do pensionamento alimentar.

11. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de março de 2015 – (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. P. D. A. (Pedro) ajuizou ação cautelar objetivando alimentos provisionais em face de C. E. C (Carlos), ao fundamento de que conviveram em união estável por 15 anos e está passando por dificuldades financeiras (desempregado, é portador de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida e recupera-se de Hepatite C crônica, recebendo ajuda da mãe aposentada – com proventos diminutos – e tem o pai falecido). Aduz que, desde a separação, não vem conseguido meios para sua subsistência de forma digna. Em contrapartida, afirma que o réu possui boas condições financeiras, além de ter ficado na posse dos imóveis e móveis pertencentes ao casal.

Anteriormente, houve ação principal buscando reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, ainda em tramitação.

O magistrado de piso indeferiu a antecipação de tutela em razão da inexistência de prova pré-constituída da união de fato (fl. 38).

Interposto agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso e, de plano, avançou para julgar extinta a própria ação cautelar de alimentos, com base no art. 267, VI, do CPC, ao fundamento de impossibilidade jurídica do pedido.

O acórdão foi assim ementado:

ACÇÃO CAUTELAR. Alimentos provisionais. Pedido de liminar indeferido. Alimentos provisionais que o autor pretendia receber, enquanto pendesse de julgamento a apelação por ele interposta contra sentença que julgou extinta ação de reconhecimento e dissolução de união homoafetiva. Apelação provida, para permitir a prova da sociedade de fato, sem admitir a possibilidade de reconhecimento da situação jurídica de união homoafetiva. Impossibilidade jurídica, portanto, para se pleitear alimentos provisionais. Ausência de obrigação legal de um sócio alimentar o outro, na hipótese de desfazimento da sociedade. Recurso desprovido. Carência de ação. Extinção do processo. Art. 267 VI CPC.

Opostos aclaratórios, o recurso foi rejeitado (fls. 208-211).

Irresignado, interpõe recurso especial com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional por vulneração às Lei nº 8.971/1994 e 9.278/1996; aos arts. 6º, 7º, 8º, 16 e 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas; arts. 17, 23 e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; arts. 11, 17 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica; art. 4º da LINDB; arts. 126 e 267, VI, do CPC.

Aduz que é possível juridicamente o reconhecimento da união homoafetiva e também o pedido de fixação de alimentos, inclusive provisórios e provisionais, nas relações daí decorrentes.

Assevera que todo ser humano tem o direito de constituir família, sendo que “a união homoafetiva nada mais é do que a união amorosa entre duas pessoas do mesmo sexo, que traz consigo todas as características de um relacionamento amoroso, ou seja, um convívio público e duradouro, conceito este idêntico ao da união estável”, e o não reconhecimento incorre em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Sustenta ser aplicável analogicamente às relações homoafetivas as disposições atinentes à união estável.

Contrarrazões às fls. 332-338.

Interpôs, concomitantemente, recurso extraordinário (fls. 217-233).

O recurso especial recebeu crivo de admissibilidade positivo na origem (fl. 350).

Instado a se manifestar, o *Parquet* opinou pelo não conhecimento do especial, nos seguintes termos:

Recurso especial que aponta violação e interpretação divergente aos arts. 6º, 7º, 8º, 16 e 28, todos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aos arts. 17, 23 e 26, todos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aos arts. 11, 17 e 24, todos da Convenção

Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, ao art. 4º, da LINDB, ao art. 126, do CPC, e às Leis nºs 8.971/1994 e 9.278/1996.

Nos termos do enunciado da súmula 211, do STJ, a ausência de prequestionamento dos dispositivos apontados como violados, a despeito da oposição de embargos de declaração, constitui óbice ao conhecimento do recurso especial, seja pela alínea *a* ou pela alínea *c* do permissivo constitucional. Precedentes do STJ.

– Quanto ao alegado malferimento às Leis nºs 8.971/1994 e 9.278/1996, basta dizer que não é possível a análise de violação genérica a diploma legal, visto que o recurso especial exige fundamentação clara e precisa que viabilize a exata compreensão da controvérsia, incidindo, no particular, o enunciado da súmula 284, do STF. Precedentes do STJ.

– Em relação ao suposto dissídio jurisprudencial, não foram cumpridas as exigências processuais e regimentais. Precedentes do STJ.

– Parecer pelo não conhecimento do presente recurso especial. (fls. 380-387).

É o relatório.

EMENTA

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVA) ROMPIDA. DIREITO A ALIMENTOS. POSSIBILIDADE. ART. 1.694 DO CC/2002. PROTEÇÃO DO COMPANHEIRO EM SITUAÇÃO PRECÁRIA E DE VULNERABILIDADE. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF Nº 132/RJ E DA ADI Nº 4.277/DF. ALIMENTOS PROVISIONAIS. ART. 852 CPC. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ANÁLISE PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM.

1. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, são reiterados os julgados dando conta da viabilidade jurídica de uniões estáveis formadas por companheiros do mesmo sexo, sob a égide do sistema constitucional inaugurado em 1988, que tem como caros os princípios da dignidade da pessoa humana, a igualdade e repúdio à discriminação de qualquer natureza.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união

contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar*, entendida esta como sinônimo perfeito de *família*; por conseguinte, “este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.

3. A legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heterossexuais, trazendo efetividade e concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, busca da felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual.

4. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para a estruturação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa humana. Em suma: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença.

5. Como entidade familiar que é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (ADI nº 4277/DF e ADPF nº 132/RJ), pelos mesmos motivos, não há como afastar da relação de pessoas do mesmo sexo a obrigação de sustento e assistência técnica, protegendo-se, em última análise, a própria sobrevivência do mais vulnerável dos parceiros.

6. O direito a alimentos do companheiro que se encontra em situação precária e de vulnerabilidade assegura a máxima efetividade do interesse prevalente, a saber, o mínimo existencial, com a preservação da dignidade do indivíduo, conferindo a satisfação de necessidade humana básica. O projeto de vida advindo do afeto, nutrido pelo amor, solidariedade, companheirismo, sobeja obviamente no amparo material dos componentes da união, até porque os alimentos não podem ser negados a pretexto de uma preferência sexual diversa.

7. No caso ora em julgamento, a cautelar de alimentos provisionais, com apoio em ação principal de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, foi extinta ao entendimento da impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que “não há obrigação legal de um sócio prestar alimentos ao outro”.

8. Ocorre que uma relação homoafetiva rompida pode dar azo ao pensionamento alimentar e, por conseguinte, cabível, em processo autônomo, que o necessitado requeira sua concessão cautelar com a finalidade de prover os meios necessários ao seu sustento durante a pendência da lide.

9. As condições do direito de ação jamais podem ser apreciadas sob a ótica do preconceito, da discriminação, para negar o pão àquele que tem fome em razão de sua opção sexual. Ao revés, o exame deve-se dar a partir do ângulo constitucional da tutela da dignidade humana e dos deveres de solidariedade e fraternidade que permeiam as relações interpessoais, com o preenchimento do binômio necessidade do alimentário e possibilidade econômica do alimentante.

10. A conclusão que se extrai no cotejo de todo ordenamento é a de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (ADI nº 4277/DF e ADPF nº 132/RJ), incluindo-se aí o reconhecimento do direito à sobrevivência com dignidade por meio do pensionamento alimentar.

11. Recurso especial provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. É bem verdade que o especial é recurso de fundamentação vinculada, no qual o efeito translativo se opera tão somente nos termos em que foi impugnado. Há de ter em mira que a ausência de indicação expressa de dispositivos legais tidos por vulnerados não permite verificar se a legislação federal infraconstitucional foi, ou não, malferida.

Nesse diapasão, imprescindível que no recurso especial fundado na alínea *a* do permissivo constitucional sejam particularizados, de forma inequívoca, os normativos federais supostamente contrariados pelo Tribunal de origem, cuidando o recorrente de demonstrar, mediante argumentação lógico-jurídica competente à questão controversa apresentada e de que maneira o acórdão impugnado teria ofendido a legislação mencionada, o que não ocorreu na espécie.

De fato, na hipótese, em parcela de seu especial, o recorrente apenas apontou a violação às Leis federais nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996, sem indicação do dispositivo porventura violado, incidindo o enunciado sumular nº 284 do STF em razão da deficiência em sua fundamentação.

3. Ademais, no tocante aos arts. 6º, 7º, 8º, 16 e 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas; arts. 17, 23 e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; arts. 11, 17 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, verifica-se que a matéria não foi prequestionada, atraindo a incidência das Súmulas 211/STJ e 284/STF.

4. Remanesce, assim, o cabimento do especial no tocante à vulneração aos arts. 126 e 267, VI, do CPC, além do art. 4º da LINDB, debatidos pelas instâncias ordinárias e questionados no recurso extremo.

A controvérsia instalada nos autos consiste em saber se é admissível o pleito de alimentos decorrente de união homoafetiva rompida, mais precisamente se o pedido de alimentos provisórios, em sede de ação cautelar, é juridicamente possível nesta situação.

Segundo o recorrente, autor e réu conheceram-se durante o feriado de carnaval de 1991 e naquele mesmo ano passaram a morar juntos, união que perdurou por aproximadamente 15 anos ininterruptos (de 1991 até 2006), só vindo a terminar quando Carlos iniciou relacionamento com outra pessoa. Em razão disso, fora ajuizada ação de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva (pelo que consta do sítio eletrônico do Tribunal, ainda pendente de julgamento após recursos que acarretaram diversas idas e vindas no processo).

Tempos depois (início de 2010), ajuizou também a presente ação cautelar de alimentos provisionais, diante de sua atual condição de penúria e dificuldade para sustento e sobrevivência, principalmente após a separação do casal, sendo que hoje vive na casa de sua mãe (que recebe aposentadoria por invalidez no valor de R\$ 510,00), seu pai é recém-falecido (o que acarretou em maior redução orçamentária da família), é portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida desde 1999, estando também acometido de Hepatite C crônica, tendo passado por cirurgias, somada a grande dificuldade em encontrar emprego; estando impossibilitado, inclusive, de pagar a mensalidade da assistência médica no valor de R\$ 290,68. Em contrapartida, afirma que o réu possui boas condições financeiras, é professor e cenógrafo, com rendimento líquido mensal aproximado de R\$ 10.000,00.

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça, ao apreciar agravo de instrumento que desafiava decisão indeferitória de alimentos provisionais, entendeu por negar provimento ao recurso e, ao mesmo tempo, julgar extinta a própria cautelar por carência de ação, em razão da impossibilidade jurídica do pedido, nos seguintes termos:

À apelação interposta pelo agravante foi dado provimento, não para admitir a possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas para permitir a produção de prova acerca da sociedade de fato eventualmente existente entre ele e o agravado e o esforço comum na aquisição de bens, para fins de partilha.

Assim, não há que se falar em alimentos provisionais, tal como pretende o agravante, porque não há obrigação legal de um sócio prestar alimentos ao outro, acaso dissolvida a sociedade. Ainda que verossímil e lamentável a penúria vivida pelo agravante, o ordenamento jurídico pátrio não permite o reconhecimento da situação jurídica por ele defendida.

Nesse compasso, imperioso reconhecer que a tutela jurisdicional pleiteada na ação de origem não tem previsão legal, o que se traduz em impossibilidade jurídica do pedido. A lei impõe a obrigação de prestar alimentos quando demonstrado vínculo de parentesco ou de casamento, ou por ato ilícito.

A carência de ação é evidente, circunstância que leva à extinção do processo, sem resolução do mérito, o que pode ser reconhecido e julgado mesmo em sede de agravo de instrumento. Nesse sentido, é a jurisprudência:

[...]

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso, e julgar extinta a ação: cautelar de alimentos provisionais ajuizada por P.D.A. contra C.E.C., com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Ao que se percebe, o julgado acabou trilhando entendimento de que a união homoafetiva deve ser tida como mera sociedade de fato – vale dizer, apenas relação negocial entre sócios que, no exercício da atividade econômica, partilham lucros e resultados –, e não como uma entidade familiar, a família do afeto, em confronto com a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e também desta Corte de Superposição.

5. De fato, ressalto que, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, são reiterados os julgados dando conta da viabilidade jurídica de uniões estáveis formadas por companheiros do mesmo sexo, sob a égide do sistema constitucional inaugurado em 1988, que tem como caros os princípios da dignidade da pessoa humana, a igualdade e repúdio à discriminação de qualquer natureza (ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011; RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011; REsp 827.962/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011; REsp 1199667/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2011).

Aliás, no âmbito desta Corte, é interessante realçar a linha evolutiva da jurisprudência, reconhecendo diversos direitos em prol da união homoafetiva, em cumprimento ao mandamento constitucional. A seguir, alguns exemplos:

i) **pensão por morte ao parceiro sobrevivente** (REsp 102.6981/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 23/02/2010) e (REsp 395.904/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 06/02/2006);

ii) **inscrição em plano de assistência de saúde** (REsp 238.715/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 02/10/2006);

iii) **partilha de bens e presunção do esforço comum decorrente da união homoafetiva** (REsp 1085646/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/05/2011, DJe 26/09/2011);

iv) **a juridicidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo** (REsp 1.183.378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011), tendo sido essa orientação incorporada pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução nº 175/2013, que dispõe sobre “habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”;

v) **adoção de menores por casal homossexual** (REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010);

vi) **adoção unilateral pela companheira da mãe biológica** (REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013);

vii) **direito real de habitação sobre o imóvel residencial** (REsp 1204425/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 05/05/2014);

viii) **definição da competência jurisdicional da vara de família** para dirimir conflitos atinentes ao reconhecimento e dissolução de união homoafetiva (REsp 1.291.924/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 07/06/2013) e (REsp 964.489/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 20/03/2013).

Ainda no concernente aos tribunais superiores, em importante precedente, o TSE confirmou sentença de impugnação de candidatura de mulher, haja vista sua convivência em união estável com a prefeita de município, justamente em razão do forte vínculo afetivo nas relações estáveis homossexuais, ensejando a sua inelegibilidade reflexa (Tribunal Pleno, ED no RESPE 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2.10.2004).

Com efeito, o sexo, entendido como gênero – e, por consequência, a sexualidade, o gênero em uma de suas múltiplas manifestações –, não pode ser fator determinante para a concessão ou cassação de direitos civis, porquanto o ordenamento jurídico explicitamente rechaça esse fator de discriminação, mercê do fato de ser um dos **objetivos fundamentais da República** – vale dizer, motivo da própria existência do Estado –, que é promover o **bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, **sexo**, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**” (art. 3º, inciso IV, da CF/1988).

De mais a mais, a sexualidade da pessoa encontra-se abrigada naqueles recônditos espaços morais, desde logo gravados pela Constituição com a cláusula da inviolabilidade, quais sejam a intimidade e a vida privada, ambas, no mais das vezes, exercitadas também em um espaço tido constitucionalmente como “asilo inviolável”.

Nesse particular, trago fundamento exarado no voto proferido pelo eminente Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADPF nº 132:

[...] a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou superávit de vida. Não enquanto um *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano.

[...]

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem a mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.

[...]

[...] nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.

[...]

a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. (grifado no original)

No mesmo sentido, sob a égide do paradigma formado no precedente acima citado, o STF explicitou que o julgamento proferido pelo Pleno, na ADPF nº 132/RJ, “proclamou que **ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual**” (RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe).

No mesmo passo, asseverou o eminente relator:

Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual.

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integrem a comunhão nacional.

De fato, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo a “base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana” (FACHIN, Edson. *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. In: BARRETO, Vicente. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 114).

Em outras palavras, resumidamente: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença.

Conclusão diversa também não se mostra consentânea com o ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226), tendo como alicerce a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) somada a solidariedade social (art. 3º) e a igualdade substancial (arts. 3º e 5º).

É importante ressaltar, ainda, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unirem, com escopo de constituírem família; nesse momento a Constituição lhes franqueia ampla proteção funcionalizada na dignidade de seus membros.

Trilhando esse raciocínio é que o STF, no julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, conferiu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 – “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” – para afastar qualquer exegese que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de família; por conseguinte, “este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.

Portanto, a legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heterossexuais, trazendo efetividade e concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, busca da felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual.

6. Nessa perspectiva, a Segunda Seção, no julgamento do REsp 1.085.646/RS, estendeu os efeitos marcadamente patrimoniais do regime de partilha de bens a uma relação homossexual rompida.

Naquela oportunidade, os contornos da união homoafetiva já estavam delineados pela instância de origem (vida em comum, laços afetivos, coabitação duradoura e com solução de continuidade, divisão de despesas e aquisição de patrimônio), limitando-se a Corte em reconhecer “o direito do companheiro à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome de um dos parceiros, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida”.

O julgado foi assim ementado:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO AFETIVA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS E PEDIDO DE ALIMENTOS. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM.

1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela. Essa circunstância não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, os quais devem estar preparados para regular as relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

2. Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar.

3. O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, é de rigor a demonstração inequívoca da

presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal – a de união estável – com a evidente exceção da diversidade de sexos.

4. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos.

5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome de um dos parceiros, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos é presumida.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1085646/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/05/2011, DJe 26/09/2011).

No voto, a relatora, em. Ministra Nancy Andrigli, destacou que:

É certo que o direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a segregação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório.

O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

[...]

Contudo, enquanto a norma não se amolda à realidade, considerando os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional a respeito do tema (Projetos de Lei nºs 1.151/95, 52/99, 580/07, 674/07 e 2.285/07. Disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/sileg/default.asp>. Acesso em janeiro de 2011), é dever do Juiz emprestar efeitos jurídicos adequados às relações já existentes e que estão a reclamar a manifestação do Poder Judiciário, a fim de evitar a velada permissão conferida pelo silêncio da lei para práticas discriminatórias, em face do exercício do direito personalíssimo à orientação sexual.

[...]

O Brasil aderiu à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, e à Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que serviram de inspiração para o **Decreto** que instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH, o qual se encontra em sua terceira versão, editado sob o nº **7.037, de 2009**.

Um dos eixos orientadores desse Decreto consiste em “**universalizar direitos em um contexto de desigualdades**” (Eixo Orientador III), figurando como diretriz de nº 10, a “**garantia da igualdade na diversidade**”, pontuada por 5 (cinco) objetivos estratégicos. O objetivo estratégico I trata da “**afirmação da diversidade para construção de uma sociedade igualitária**” e tem como uma de suas ações programáticas, “realizar campanhas e ações educativas **para desconstrução de estereótipos relacionados com diferenças étnico-raciais, etárias, de identidade e orientação sexual**, de pessoas com deficiência, ou segmentos profissionais socialmente discriminados”. O objetivo estratégico V, explicitado no Anexo do referido Decreto, prima pela “**garantia do respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero**” (frisa-se que os destaques não constam dos originais), por meio das seguintes ações programáticas:

- a) Desenvolver políticas afirmativas e de promoção de cultura de respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero, favorecendo a visibilidade e o reconhecimento social.
- b) Apoiar projeto de lei que disponha sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo.
- c) Promover ações voltadas à garantia do direito de adoção por casais homoafetivos.
- d) **Reconhecer** e incluir nos sistemas de informação do serviço público **todas as configurações familiares constituídas por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, com base na desconstrução da heteronormatividade**.
- e) Desenvolver meios para garantir o uso do nome social de travestis e transexuais.
- f) Acrescentar campo para informações sobre a identidade de gênero dos pacientes nos prontuários do sistema de saúde.
- g) Fomentar a criação de redes de proteção dos Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT), principalmente a partir do apoio à implementação de Centros de Referência em Direitos Humanos de Prevenção e Combate à Homofobia e de núcleos de pesquisa e promoção da cidadania daquele segmento em universidades públicas.

h) Realizar relatório periódico de acompanhamento das políticas contra discriminação à população LGBT, que contenha, entre outras, informações sobre inclusão no mercado de trabalho, assistência à saúde integral, número de violações registradas e apuradas, recorrências de violações, dados populacionais, de renda e conjugais (Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm#art7. Acesso em janeiro de 2011 – sem destaques no original).

[...]

Sob esse panorama, a construção da ideia de uma **heterossexualidade compulsória**, por meio da qual os homossexuais têm sido historicamente colocados à margem do sistema de direitos, serviu, ao longo dos tempos, como pano de fundo para manter esse grupo social estigmatizado. Em outras palavras, a **heteronormatividade** que impera na nossa cultura tem imposto severas limitações aos direitos de homens e mulheres homossexuais, com igualmente severas sequelas sociais. Desse modo, a restrição ao exercício de diversas formas de capacidades humanas tem provocado uma consequente limitação de emprego das mais variadas potencialidades dos homossexuais em áreas específicas de sua vida pessoal, comprometendo, em igual medida, o direito a uma existência digna e plena.

[...]

Por tudo isso e considerada a constitucionalização do direito de família, a legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva, para que o sistema jurídico possa oferecer a devida proteção às uniões homossexuais, o que consistirá em um resultado natural da evolução concebida no imaginário social, como necessária, útil e desejada pelas pessoas e comunidades.

A limitação da incidência das regras atinentes à união estável ao âmbito dos casais heterossexuais viola inúmeros princípios constitucionais, que representam fundamental significância para a promoção das capacidades humanas, comprometendo tanto a liberdade do homossexual de alcançar o seu bem-estar, como também a sua liberdade de atuação como agente.

Se ao contemplar o afeto e invocá-lo como elemento identificador da natureza familiar das uniões estáveis, por qual razão haveria de se apartar da tutela jurídica os parceiros de uniões homossexuais?

[...]

De qualquer forma, enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis

vigentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional brasileiro, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, a busca de uma solução jurídica deve primar pelo extermínio da histórica supressão de direitos fundamentais – sob a batuta cacofônica do preconceito – a que submetidas as pessoas envolvidas em lides desse jaez.

O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal – a de união estável – com a evidente exceção da diversidade de sexos.

[...]

Desse modo, comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome de um dos parceiros, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida.

Na mesma toada, a Sexta Turma do STJ, ao reconhecer a possibilidade da pensão por morte do companheiro em relação homoafetiva, acentuou o fato de que o próprio INSS, na qualidade de gestor do Regime Geral de Previdência Social, há mais de dez anos, reconhece o direito de beneficiário da Previdência aos parceiros homossexuais, além de que a Receita Federal (Parecer nº 1.503/2010) também garante o direito dos contribuintes do Imposto de Renda de incluí-los como seus dependentes na declaração anual. O acórdão foi assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR PÚBLICO. COMPANHEIRO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. ART. 217, I, C, DA LEI Nº 8.112/90.

– A regulamentação das famílias homoafetivas é medida que se impõe no atual cenário social, não podendo o Poder Judiciário, nesse momento, furtar-se a oferecer as proteções legais que tais relações demandam, porquanto são geradoras de importantes efeitos afetivos e patrimoniais na vida de muitos cidadãos.

– No presente caso, ficou devidamente comprovada a união estável entre o autor, ora recorrido, e seu falecido companheiro, servidor público, regido pela Lei 8.112/90, motivo pelo qual, agiram bem as instâncias ordinárias ao conceder a pretendida pensão por morte, nos termos do art. 217, I, “c” do referido Estatuto.

– Além do mais, o próprio INSS, gestor do Regime Geral de Previdência Social, há mais de dez anos, vem reconhecendo os parceiros homossexuais como beneficiários da Previdência, pelo que não há como negar o mesmo direito aos companheiros homossexuais de servidor público, equiparando-os à tradicional União Estável formada por homem e mulher.

– Acrescento, ainda, que a mais recente norma editada pela Receita Federal (agosto de 2010) garantiu o direito de Contribuintes do Imposto de Renda de Pessoa Física incluírem parceiros homossexuais como seus dependentes na Declaração, o que revela não haver mais espaço para renegar os direitos provenientes das relações homoafetivas, e que só contribuirá para tornar a nossa Sociedade mais justa, humana e democrática, ideal tão presente na Constituição Federal.

– Quanto à redução do percentual dos juros de mora, esta Corte assentou compreensão de que a Medida Provisória nº 2.180/2001, que modificou o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, determinando que os juros de mora sejam calculados em 6% (seis por cento) ao ano nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores públicos, tem incidência nos processos iniciados após a sua edição.

– No que pertine à correção monetária, o entendimento perfilhado pelo Tribunal a quo está em total sintonia com o deste Tribunal Superior já pacificado no sentido de que a dívida de valor da Fazenda Pública para com o servidor público deve ser corrigida desde o vencimento de cada prestação.

– Recurso especial a que se dá parcial provimento, apenas para redução do percentual dos juros de mora para 6% ao ano.

(REsp 932.653/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 03/11/2011).

7. A convivência pública, duradoura e contínua entre homem e mulher com o objetivo de constituir família – união estável – veio a ganhar voz com a Carta da República de 1988 em seu art. 226, § 3º.

No tocante aos alimentos, a Lei nº 8.971/1994 foi a primeira a assentar, valendo-se da remissão à Lei nº 5.478/1968, tal direito expressamente à companheira. Não se pode olvidar que, apesar desse marco, a jurisprudência do STJ sempre se orientou no sentido de que os alimentos são devidos à companheira mesmo quando a união fora rompida em período anterior ao advento deste normativo.

No julgamento do REsp 36.040/RJ, já destacara o em. Min. Ruy Rosado de Aguiar que:

Tenho que a orientação exposta no citado precedente deve ser aceita, uma vez que a união estável é geradora de direitos e obrigações, como a jurisprudência já reconhecia antes da promulgação da Constituição de 1988, – que veio apenas referendar sentimento da nação, – e que depois se consolidou com o texto da Carta e com a edição das Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. A união duradoura estabelecida entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, consolidada pelo tempo e pelo nascimento de filhos, como acontece no caso dos autos, pode determinar a obrigação de alimentar o companheiro necessitado, pois esse dever de solidariedade decorre da realidade do laço familiar e não exclusivamente do casamento.

Nesse sentido, ainda:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – UNIÃO ESTÁVEL DISSOLVIDA ANTES DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E DA EDIÇÃO DA LEI Nº 8.971/94 – AÇÃO DE ALIMENTOS JULGADA EXTINTA

– DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.

– **Conforme torrencial jurisprudência desta Corte, a união estável pode ensejar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro que necessite, ainda que o vínculo tenha se desfeito em momento anterior à edição da lei que a estabelece.**

– Precedentes.

– Recurso conhecido e provido para determinar, afastada a carência da ação, que o pedido de alimentos seja examinado pelo magistrado de primeiro grau.

(REsp 279.250/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 05/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 314)

ALIMENTOS x UNIÃO ESTÁVEL ROMPIDA ANTERIORMENTE AO ADVENTO DA LEI Nº 8.971, DE 29.12.94.

A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, pode determinar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar. Precedente da Quarta turma.

Recurso especial conhecido e provido, a fim de que, afastada a extinção do processo sem conhecimento do mérito, a causa prossiga em seus ulteriores termos de direito.

(REsp 102.819/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/1998, DJ 12/04/1999, p. 154).

Civil e Processual Civil. Recurso especial. União estável.

Dissolução antes da edição da Lei nº 8.971/94. Ação de alimentos.

– A união estável pode ensejar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro que desses necessite, ainda que o vínculo tenha se desfeito em momento anterior à entrada em vigor da lei que a regulamentava.

Precedentes.

(REsp 309.781/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/06/2002, DJ 16/09/2002, p. 181).

Posteriormente, os alimentos aos companheiros foram objeto de reafirmação pelo art. 7º da Lei nº 9.278/1996, pelo qual “dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”.

O Código Civil de 2002, na linha de suas diretrizes da “socialidade”, cunho de humanização do Direito e de vivência social, da “eticidade”, na busca de solução mais justa e equitativa, e da “operabilidade”, alcançando o Direito em sua concretude, previu quanto à referida prestação que:

Art. 1.694 Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Cahali, em sua obra específica sobre o tema, pontua que:

Embora o art. 1.724 do CC faça referência, de maneira genérica, a deveres de assistência entre os conviventes, o art. 1.694 é específico ao referir-se à obrigação alimentar entre os companheiros.

Essa obrigação recíproca de alimentos encontra respaldo, portanto, no art. 1.724, onde o Código estabelece que ‘as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência’, entendida esta última em seu aspecto de assistência material, conforme foi visto anteriormente (Cap. 5.1); como, mais especificamente, no inovador art. 1.694, onde se dispõe que, tal como os parentes e os cônjuges, podem os” [...]

Em princípio, o critério a ser observado na concessão de pensão à companheira é idêntico àquele que se observa no caso de pedido de alimentos formulado pela esposa; e, do mesmo modo, a pensão sujeita-se a ser revista, para mais ou para menos, podendo ser liberada, se sobrevier mudança da situação financeira de que os supre, ou na de quem os recebe (art. 1.699).

(CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 160-161).

É também a doutrina de Rodrigo da Cunha Pereira:

O art. 1.694 desse novo código, semelhante ao de 1916 na parte relativa aos alimentos, incorporou a expressão conviventes ao seu texto, ficando portanto consolidado aquilo que já estava consagrado nas Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96 e na doutrina e jurisprudência: [...]

A obrigação alimentar entre companheiros se funda no dever de mútua assistência, ínsita às relações que abrangem vida em comum, pautadas pela afetividade. É desta espécie de relação que emerge o dever de solidariedade e assistência, atualmente positivados no art. 1.724 do Código Civil. Aliás, o direito à subsistência está implícito no direito de viver dignamente, direito fundamental de acordo com o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

(*Concubinato e união estável*. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 89).

Nessa perspectiva, com o reconhecimento dos alimentos, por consectário lógico, a sua concessão em forma cautelar foi decorrência natural, logo deferida pela jurisprudência desta Corte:

CIVIL. ALIMENTOS PROVISIONAIS. UNIÃO ESTÁVEL. Se a união estável está documentalmente reconhecida pelo varão, a mulher tem direito a alimentos provisionais. Recurso especial conhecido, mas não provido.

(REsp 487.895/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2003, DJ 15/03/2004, p. 265).

CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. AÇÃO CAUTELAR. ALIMENTOS PROVISIONAIS. RELAÇÃO CONCUBINÁRIA. DEMONSTRAÇÃO PRÉVIA E CABAL. DESNECESSIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. DESCABIMENTO.

1 – A união estável, reconhecida na Constituição Federal (art. 226, § 3º) e nas Leis 8.971/94 e 9278/96, pode ensejar, assim como no casamento, o dever de prestar alimentos ao ex-companheiro que se encontre em situação de necessidade, deitando raízes, afinal, na solidariedade mútua que se estabelece em uma vida comum.

2 – É, portanto, descabido condicionar o processo onde se buscam alimentos provisionais à prévia e cabal demonstração da relação concubinária, notadamente porque a Lei nº 5.478/68, pelo seu art. 2º, autoriza o pedido não só pela prova do parentesco, mas também pela obrigação de prestar alimentos. Mesmo porque, em última instância, o pedido, ainda rotulado de alimentos provisionais, é, antes de tudo, um pleito de natureza cautelar, cujo atendimento reclama o exercício do Poder Geral de Cautela (art. 798 do CPC).

3 – Recurso especial conhecido e provido para, reformando o acórdão, determinar a volta dos autos ao primeiro grau de jurisdição para a retomada do curso processual.

(REsp 186.013/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 08/03/2004, p. 257).

8. Nessa ordem de ideias, como entidade familiar que é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ), penso que, pelos mesmos motivos,

não há como afastar da relação de pessoas do mesmo sexo a obrigação de sustento e assistência técnica, protegendo-se, em última análise, a própria sobrevivência do mais vulnerável dos parceiros.

O só fato do desfazimento da relação de convívio não pode fazer desaparecer a obrigação de assistência, devendo persistir o dever de cuidado, de proteção material, até porque os alimentos “consubstanciam o princípio da solidariedade social que, antes mesmo de ser um vetor jurídico, é, sem dúvida, uma virtude e uma necessidade ético-teologal” (FARIAS, Cristiano Chaves. *Reconhecer a obrigação alimentar nas uniões homoafetivas*: uma questão de respeito à Constituição da República. In: *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.6, nº 28, fev./mar., 2005, p. 36).

Ora, se a união homoafetiva é reconhecidamente uma família, se o fundamento da existência das normas de direito de família consiste precisamente em gerar proteção jurídica ao núcleo familiar, parece despropositado concluir que o elevado instrumento jurídico dos alimentos não pudesse alcançar os casais homoafetivos, relação também edificada na solidariedade familiar, com esboço no dever de cooperação, reciprocidade e assistência mútuos (CC, art. 1.724).

Deveras, conforme enfatiza Maria Berenice Dias, “o alargamento do conceito de família e o redimensionamento da obrigação alimentar não permitem que se alegue a falta de previsão legislativa para o seu reconhecimento no âmbito das relações homoafetivas. Tanto no casamento como na união estável, a obrigação de sustento decorre do dever de assistência. Como as uniões de pessoas do mesmo sexo têm origem em um vínculo de afetividade, há o mesmo dever de solidariedade mútua”.

E arremata:

O encargo alimentar não decorre somente do casamento, do poder familiar ou das relações de parentesco. Vem adquirindo dimensão cada vez mais abrangente. As relações familiares impregnam-se de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade. Todos esses ingredientes constituem a solidariedade familiar, elemento constitutivo da obrigação alimentar. Ou seja, a fonte de obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem uma família, independentemente de seu tipo: casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, socioafetivas, entre outras.

[...]

A doutrina é amplamente favorável ao reconhecimento da obrigação alimentar nos relacionamentos homoafetivos, que têm por base o afeto e a solidariedade, tais quais os relacionamentos heterossexuais, não se podendo deixar de reconhecer o direito a alimentos em prol de quem realmente necessita. Por elementar princípio isonômico indispensável que às uniões

entre homossexuais sejam concebidos os mesmos direitos dos companheiros heterossexuais, entre os quais, por óbvio, o direito a alimentos. No dizer de Graciela Medina, o dever alimentar entre os parceiros homossexuais parte de uma perspectiva moral, desembocando em verdadeiro dever de solidariedade, decorrente da própria união. A convivência implica um dever de consciência e um dever moral e jurídico de atender ao sustento do convivente.

(DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 240).

De fato, o direito a alimentos do companheiro que se encontra em situação precária e de vulnerabilidade assegura a máxima efetividade do interesse prevalente, a saber, o mínimo existencial, com a preservação da dignidade do indivíduo, conferindo a satisfação de necessidade humana básica.

É por isso que a proteção das pessoas “em situação de vulnerabilidade e necessitadas de auxílio material encontra suas requisições alimentícias na solidariedade familiar, edificada na cooperação, ajuda, contribuição, reciprocidade e na assistência dos demais indivíduos que compõem o seu núcleo familiar, pois é dentro das diferentes relações de família, sejam elas de origem biológica ou advindas de vínculos afetivos hétero ou homossexuais, que seus componentes materializam seus direitos e suas expectativas pessoais”. (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 979).

Realmente, o projeto de vida advindo do afeto, nutrido pelo amor, solidariedade, companheirismo, sobeja obviamente no amparo material dos componentes da união, até porque, segundo penso, os alimentos não podem ser negados a pretexto de uma preferência sexual diversa.

O art. 1.694 do CC/2002, ao prever que os parentes, os cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros alimentos, na qualidade de sujeitos potencialmente ativos e passivos dessa obrigação recíproca, e assim não há porque excluir o casal homossexual dessa normatização.

Interessante notar a arguta observação do eminente Ministro Marco Buzzi, ao tratar do tema, *verbis* :

Constata-se que a tradição conservadora, oriunda do Código Civil brasileiro de 1916, não mais tem lugar, e resulta dessa constante evolução da sociedade a modificação dos costumes e do *ethos vivendi* dos povos. (BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios: uma obrigação por tempo certo*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 120).

Tal entendimento também é consagrado nas mais avançadas legislações, doutrinas e jurisprudência de direito comparado, todas acenando pelo tratamento paritário:

§ 4. DERECHOS DE LA PAREJA HOMOSEXUAL. – En la medida en que no se lesionen derechos de terceros, creemos que – a tenor de nuestra legislación – la pareja homosexual no debe estar excluida de los beneficios que tiene la heterosexual; [...]

d) Alimentos. No se establece una obligación legal de alimentos en la unión de hecho heterosexual, de manera que esta regla también se aplica a La pareja homosexual. Sin embargo, no se excluye aquí el deber moral de asistencia entre los convivientes, tal como sucede con la unión de personas de diferente sexo. De lo expuesto se deduce que los alimentos pagados serán irrepetibles, pues estaríamos ante una obligación natural, alcanzada por el art. 516 del Cód. Civil.

(MIZRAHI, Mauricio Luis. *Homosexualidad y transexualismo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006, p. 15-17).

Ao comentar o Código Civil alemão – BGB, na LPartG –, a doutrina assevera que:

A obrigação de alimentos faz parte das obrigações mais importantes resultantes da união estável homossexual. Assim como o BGB, a LPartG distingue nos alimentos dos parceiros, se a união estável homossexual ainda subsiste (§ 5 LPartG), se vivem separados (§ 12 LPartG) ou se a união estável homossexual foi revogada através de sentença (§ 16 LPartG).

a) A obrigação de alimentos durante a união estável homossexual Segundo o § 5 frase 1 LPartG, os parceiros são obrigados a pagar alimentos adequados entre si. Devido à extensão da obrigação de alimentos e aos efeitos de prestação excedente (Zuvielleistung), o § 5 frase 2 LPartG remete aos §§ 1360a e 1360b BGB, válidos para os alimentos entre os cônjuges. A prerrogativa de alimentos segundo o § 5 LPartG, ao contrário, daquela segundo o § 1360 BGB, não se direciona a sustentar adequadamente toda a família, mas somente outro parceiro. Como a lei parte do pressuposto que numa união estável homossexual a economia doméstica é realizada por ambos, também falta uma regra similar ao § 1360 frase 2 BGB, segundo a qual o parceiro responsável pela economia doméstica, com isto cumpre sua obrigação de alimentos. (SCHLÜTER, Wilfried. *Código civil alemão: direito de família*; tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002, p. 493).

Do mesmo modo, Suécia e Dinamarca. Em interessante precedente da Corte Suprema do Canadá, lembrado pela doutrina, julgando o pedido de alimentos de uma mulher em face de sua ex-companheira, decidiu que a Lei de Família de Ontário afrontou a Constituição daquele país, sendo discriminatória ao não contemplar o referido amparo aos homossexuais e, por isso, concedeu prazo ao governo local para que emendasse a legislação, agregando, dessa forma, uma nova categoria familiar, “companheiro do mesmo sexo” (FARIAS, Cristiano Chaves. *Op. cit.*, p. 41).

9. No caso ora em julgamento, a cautelar de alimentos provisionais, com apoio em ação principal de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, foi extinta ao entendimento da impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que “não há obrigação legal de um sócio prestar alimentos ao outro”.

Lembro-me que por muito tempo a “relação homossexual” foi tida como causa de ordem processual que impedia a apreciação de contendas relacionadas ao reconhecimento da união estável, ao fundamento de impossibilidade jurídica do pedido.

Há muito a tese foi superada pela jurisprudência desta Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. **UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRECEDENTES.**

1. Na linha da jurisprudência predominante no STJ, não é juridicamente impossível o pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Carência de ação corretamente afastada pela decisão agravada. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 805.582/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011).

CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA.

1. “A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração antidiscriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas”.

2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no

ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido.

3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo.

4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual.

6. Recurso especial desprovido.

(REsp 827.962/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI Nº 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse,

utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 820.475/RJ, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008).

De outra parte, como sabido, os alimentos podem vir a ser fixados nos termos do art. 852 do CPC:

Art. 852. É lícito pedir alimentos provisionais:

I – nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges;

II – nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial;

III – nos demais casos expressos em lei.

Parágrafo único. No caso previsto no nº I deste artigo, a prestação alimentícia devida ao requerente abrange, além do que necessitar para sustento, habitação e vestuário, as despesas para custear a demanda.

Em razão da urgência, o credor, de forma cautelar, pode pleitear alimentos, ainda que não tenha prova pré-constituída de seu direito, desde que haja juízo de verossimilhança (indícios da união estável) e necessidade imediata de sustento; exigem, portanto, a demonstração do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Alexandre Freitas Câmara leciona:

Não havendo a prova pré-constituída da obrigação de alimentar, não é cabível a utilização do procedimento especial, e o processo da “ação de alimentos” observará o procedimento ordinário. Neste caso, incabível a concessão de alimentos provisórios, surge

o campo da incidência dos alimentos provisionais. Caberá ao demandante, portanto, após o ajuizamento da “ação de alimentos pelo procedimento ordinário”, demandar a fixação de alimentos provisionais, através de processo autônomo. **Os alimentos provisionais dependem, para sua concessão, da demonstração do *fumus boni iuris* (ou seja, da probabilidade de existência do direito aos alimentos, lembrando-se sempre que aqui não existirá prova preconstituída da obrigação alimentar) e do *periculum in mora* (ou seja, da situação de perigo para o direito material). Presentes ambos, fixar-se-ão os alimentos provisionais.**

(*Lições de direito processual civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 200).

Esse também é o entendimento consagrado no âmbito do STJ, como antes já analisado.

Com efeito, “os alimentos provisionais liminarmente concedidos destinam-se a suprir as necessidades vitais do alimentando, enquanto estiver pendente a ação principal. Revestem-se de cunho marcadamente antecipatório, porque prescindem do trânsito em julgado na investigatória de paternidade e são devidos a partir da decisão que os arbitrou. Dessa forma, obsta-se a adoção, pelo julgador, de qualquer ato tendente a criar embaraço ao pronto atendimento das necessidades do credor de alimentos, sob pena de se impor grave restrição ao caráter emergencial conferido à obrigação alimentícia” (REsp 1170224/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 07/12/2010).

Portanto, como visto, uma relação homoafetiva rompida pode dar azo ao pensionamento alimentar e, por conseguinte, cabível, em processo autônomo, que o necessitado requeira sua concessão cautelar com a finalidade de prover os meios necessários ao seu sustento durante a pendência da lide.

É que as condições do direito de ação jamais podem ser apreciadas sob a ótica do preconceito, da discriminação, para negar o pão àquele que tem fome em razão de sua opção sexual.

Ao revés, como visto, o exame deve-se dar a partir do ângulo constitucional da tutela da dignidade humana e dos deveres de solidariedade e fraternidade que permeiam as relações interpessoais, com o preenchimento do binômio necessidade do alimentário e possibilidade econômica do alimentante.

Importante, mais uma vez, o escólio de Maria Berenice Dias:

A pretensão alimentar decorrente das uniões homoafetivas está ao abrigo da Lei de Alimentos – Lei nº 5.478/1968. Basta haver prova da união. **Inclusive, é possível a concessão de alimentos provisórios.** Possível aos companheiros homossexuais ajuizar ação de alimentos

contra seus parceiros e ainda se valerem das ações revisionais e do processo executório.

Inexistindo prova preconstituída, o pedido de alimentos pode ser cumulado à ação de reconhecimento e dissolução da união homoafetiva. Havendo indícios da existência da união e da necessidade do autor, cabe o deferimento de alimentos provisórios ou provisionais a título de antecipação de tutela.

A competência é do foro do domicílio ou residência do alimentando.

(DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 240).

De fato, a conclusão que se extrai no cotejo de todo ordenamento é a de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (ADI nº 4277/DF e ADPF nº 132/RJ), incluindo-se aí o reconhecimento do direito à sobrevivência com dignidade por meio do pensionamento alimentar.

10. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para, afastando a impossibilidade jurídica do pedido, determinar o prosseguimento do julgamento da apelação, de modo a que seja apreciado, no mérito, o recurso quanto ao indeferimento da tutela antecipada.

É o voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Sr. Presidente, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu como entidade familiar a união estável para casais do mesmo sexo. Cabe-nos, portanto, decidir o presente caso concreto de modo harmônico com a decisão do Supremo Tribunal Federal e de forma coerente com os precedentes jurisprudenciais desta Corte. A lei e a jurisprudência não restringem aos casais homoafetivos o exercício dos direitos e das obrigações próprios da relação jurídica heteroafetiva, em que se incluem, evidentemente, os alimentos.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator e cumprimento S. Ex^a pelo voto irretocável, que subscrevo integralmente.

DOU PROVIMENTO ao recurso especial.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Sr. Presidente, tendo em vista o precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

Dou provimento ao recurso especial.

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (PRESIDENTE): Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, cumprimento V. Exª pela qualidade do voto que apresenta.

Entendo que, nesses casos, a questão da extensão às uniões homoafetivas do mesmo regime jurídico da união estável entre pessoas de sexos diferentes é definida pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nos termos em que V. Exª apresenta em seu voto, de modo que o acompanho, dando provimento ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2012/0002671-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.302.467/SP

Números Origem: 03850541220108260000 100093358490 100100177386
177382010 3850541220108260000 990100944568 990103850548

PAUTA: 03/03/2015

JULGADO: 03/03/2015

SEGredo DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: PDA

ADVOGADO: PAULO ANDRÉ AGUADO

RECORRIDO: CEC

ADVOGADO: HYGINO SEBASTIÃO AMANAJÁS DE OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Família – Alimentos

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Jurisprudência Criminal

• • •

HABEAS CORPUS Nº 301.135 – SP (2014/0198464-6)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: GIANCARLO SILKUNAS VAY

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: J.C.P.C. (INTERNADO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DE DESEMBARGADOR QUE INDEFERIU LIMINAR EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO EM PROCEDIMENTO POR ATO INFRACIONAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI Nº 12.010/2009 E DO ECA.

1. A decisão de relator que indefere a liminar em agravo de instrumento interposto na origem não desafia a impetração de *habeas corpus*, exceto nos casos em que a evidência de ilegalidade é tamanha que não escapa à pronta percepção do julgador, o que, todavia, não ocorre na espécie.

2. Apesar de a Lei nº 12.010/2009 ter revogado o inciso VI do artigo 198 do ECA, que conferia apenas o efeito devolutivo ao recebimento dos recursos, **continua a vigor o disposto no artigo 215 do ECA**, segundo o qual “**o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte**”. Lógico inferir, portanto, que os recursos serão, em regra, recebidos apenas no efeito devolutivo, inclusive e principalmente os recursos interpostos contra sentença que acolheu a representação do Ministério Público e impôs medida socioeducativa ao adolescente infrator.

3. Condicionar a execução da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional.

4. Pela simples leitura dos dispositivos da Lei nº 12.010/2009, percebe-se que todos os seus dispositivos dizem respeito ao processo de adoção, o que permite inferir que, ao revogar o inciso VI do artigo 198 do ECA – que também tratava de recursos interpostos contra sentenças cíveis – não foi sequer cogitado pelo legislador que tal modificação se aplicaria a processos por ato infracional, que nada têm a ver com processos de adoção de crianças e adolescentes.

5. Inexistência de flagrante teratologia que autorize a superação do óbice da Súmula nº 691 do STF.

6. *Habeas corpus* não conhecido, sem prejuízo de que a matéria seja julgada pelo Tribunal de Justiça, que poderá conferir efeito suspensivo ao recurso, para evitar dano irreparável ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por maioria, não conhecer do pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que negava seguimento à impetração sem exame de mérito. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de outubro de 2014.

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ – Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

J.C.P.C., paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de **decisão monocrática** proferida por Desembargador do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que indeferiu a liminar no Agravo de Instrumento nº 2125906-78.2014.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que, em 5/6/2014, o paciente foi submetido à medida socioeducativa de internação, pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. A defesa, irressignada, interpôs recurso de apelação, recebido apenas no efeito devolutivo.

Nesta Corte, a impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que “a decisão combatida, ao não conceder o efeito suspensivo ao recurso de apelação, mantém o paciente no cumprimento de medida socioeducativa, apesar de não ter transitado em julgado a decisão que lhe condenou” (fl. 3).

Alega que:

não existe qualquer comando expresso que faça diferenciação entre uma sentença em processo socioeducativo e qualquer outra afeta à Justiça da infância e juventude. Assim sendo, em uma análise literal, não há qualquer razão para que o julgador confira tratamento diferenciado no momento de receber uma apelação de adolescente condenado em 1ª instância por ato infracional, ou referente à destituição do poder familiar. Cabe ao julgador observar o art. 198, *caput*, do ECA que remete ao art. 520 do CPC e, assim, receber a apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 6).

Pontua que “a utilização do argumento de que ‘(ii) o princípio da intervenção precoce na vida do adolescente’ (art. 100, p. ún., VI, ECA) justificaria o cumprimento imediato da medida também não procede, uma vez que diz mais respeito à aplicação de medidas protetivas do que socioeducativas” (fls. 9-10).

Aduz, por fim, que “(iv) a aplicação de medida socioeducativa em adolescente que no curso do processo foi internado provisoriamente seria uma confirmação dos efeitos da antecipação de tutela, ao que se justificaria excepcionar a regra do art. 520, *caput*, do CPC em razão do seu inciso VII também não se sustenta” (fl. 14) e que é “absolutamente descabida qualquer tentativa de associar o cumprimento da internação provisória com antecipação de pena” (fl. 17).

Requer a concessão da ordem, para que o paciente não seja compelido a cumprir medida socioeducativa enquanto não transitar em julgado a sentença que acolheu a representação.

Liminar por mim indeferida (fls. 92-95).

Informações prestadas.

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 121-124).

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DE DESEMBARGADOR QUE INDEFERIU LIMINAR EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO EM PROCEDIMENTO POR ATO INFRACIONAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI Nº 12.010/2009 E DO ECA.

1. A decisão de relator que indefere a liminar em agravo de instrumento interposto na origem não desafia a impetração de *habeas corpus*, exceto nos casos em que a evidência de ilegalidade

é tamanha que não escapa à pronta percepção do julgador, o que, todavia, não ocorre na espécie.

2. Apesar de a Lei nº 12.010/2009 ter revogado o inciso VI do artigo 198 do ECA, que conferia apenas o efeito devolutivo ao recebimento dos recursos, **continua a vigor o disposto no artigo 215 do ECA**, segundo o qual **“o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”**. Lógico inferir, portanto, que os recursos serão, em regra, recebidos apenas no efeito devolutivo, inclusive e principalmente os recursos interpostos contra sentença que acolheu a representação do Ministério Público e impôs medida socioeducativa ao adolescente infrator.

3. Condicionar a execução da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional.

4. Pela simples leitura dos dispositivos da Lei nº 12.010/2009, percebe-se que todos os seus dispositivos dizem respeito ao processo de adoção, o que permite inferir que, ao revogar o inciso VI do artigo 198 do ECA – que também tratava de recursos interpostos contra sentenças cíveis – não foi sequer cogitado pelo legislador que tal modificação se aplicaria a processos por ato infracional, que nada têm a ver com processos de adoção de crianças e adolescentes.

5. Inexistência de flagrante teratologia que autorize a superação do óbice da Súmula nº 691 do STF.

6. *Habeas corpus* não conhecido, sem prejuízo de que a matéria seja julgada pelo Tribunal de Justiça, que poderá conferir efeito suspensivo ao recurso, para evitar dano irreparável ao paciente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I

Inicialmente, destaco que as matérias aventadas na presente ordem de *habeas corpus* não foram apreciadas pelo Tribunal de origem, ficando, em princípio, impedida sua análise prematura pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Nesse sentido, mesmo que se trate de denegação de liminar em agravo de instrumento, aplica-se, por analogia, o enunciado da Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”.

Dessarte, consoante entendimento pacífico da jurisprudência, o referido impeditivo é ultrapassado em casos excepcionais, nos quais a ilegalidade é tão flagrante de modo a não escapar à pronta percepção do julgador, o que, todavia, **não ocorre na espécie dos autos**.

II

Dos documentos trazidos à colação, verifico que foi aplicada medida socioeducativa de **internação** ao paciente, pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Contra a sentença foi interposta apelação pela defesa, e o juiz de primeiro grau recebeu o recurso **apenas no efeito devolutivo**, “entendimento cabível, não obstante o advento da Lei nº 12.010/09, notadamente nas hipóteses relacionadas à prática de atos infracionais” (fl. 53).

Irresignada, a defesa interpôs agravo de instrumento, com pedido liminar, por meio do qual requereu que o recurso de apelação fosse recebido também em seu efeito suspensivo e assegurado ao paciente que pudesse aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença que acolheu a representação, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

A liminar, no entanto, foi indeferida, em decisão assim fundamentada (fls. 79-80):

[...]

No âmbito da principiologia da legislação estatutária, as medidas socioeducativas têm natureza eminentemente protetiva, objetivando a ressocialização do adolescente em risco, conferindo-lhe a oportunidade do acompanhamento psicológico, social e pedagógico necessários à sua adequada recuperação e desenvolvimento.

A paralisação do cumprimento da medida de internação pela concessão do efeito suspensivo almejado pela Defesa implicaria despojar o agravante do azo socioeducativo, mantendo-se inalterada a situação que o levou à prática da infração; o que contraria o princípio da proteção integral, que reclama ação imediata e célere, na medida em que a intervenção estatal necessária, nesse caso, se daria tardiamente; ineficaz, portanto, na reeducação do adolescente. Por tais razões, INDEFIRO o pedido de antecipação da tutela recursal.

III

Cuida-se de discussão acerca da **possibilidade de ser a apelação recebida também no efeito suspensivo, nos processos por atos infracionais**, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Primeiramente, em que pese haver a Lei nº 12.010/2009 revogado o inciso VI do artigo 198 do referido Estatuto, que conferia apenas o efeito devolutivo ao recebimento dos recursos, **continua a vigor o disposto no artigo 215 do ECA**, o qual dispõe que **“o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”**. Lógico inferir, portanto, que os recursos serão, em regra, recebidos apenas no efeito devolutivo, inclusive e principalmente os recursos contra sentença que acolheu a representação do Ministério Público e impôs medida socioeducativa ao adolescente infrator.

Releva enfatizar que, cuidando-se de medida socioeducativa, a intervenção do Poder Judiciário tem como missão precípua não a punição pura e simples do adolescente em conflito com a lei, mas sim a recuperação e a proteção do jovem infrator.

As medidas previstas nos arts. 112 a 125 da Lei nº 8.069/90 não são penas e possuem o objetivo primordial de proteção dos direitos do adolescente, de modo a afastá-lo da conduta infracional e de uma situação de risco. Por esse motivo, deve orientar-se pelos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, definidos no art. 227 da Constituição Federal e nos arts. 3º e 4º da Lei nº 8.069/90.

Assim, condicionar, de forma automática, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional.

É nesse contexto que deve ser analisada a situação processual do paciente, não servindo *fattispecie* o raciocínio empreendido, posto que de modo proficiente, pelo impetrante, ao defender, para o paciente, a incidência da mesma lógica que permeia a persecução penal comum, desconsiderando, todavia, que, **diferentemente do que se dá em relação à justiça menorista, apoiada em bases peculiares, a justiça criminal se alicerça sobre regras que visam, fundamentalmente, proteger o acusado contra ingerências abusivas do Estado em sua liberdade**.

Ora, o adolescente que pratica ato infracional não pode ser equiparado ao adulto imputável autor de crime, pois, de acordo com o artigo 228 da Constituição Federal, os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis e estão sujeitos às normas da legislação especial. Por esse motivo e considerando que a medida socioeducativa não representa punição, mas mecanismo de proteção ao adolescente e à sociedade, de natureza pedagógica e ressocializadora, não há de se falar em ofensa ao princípio da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, pela sua imediata execução.

Não se mostra, dessarte, acertado o raciocínio que postula modificação de toda a sistemática de apelação infracional, que segue regras próprias, apenas porque houve modificação legislativa indireta, a saber, a revogação, pela Lei nº 12.010/2009, do inciso que fazia alusão aos efeitos dos recursos de sentenças proferidas em sede de juizados da infância e juventude.

Ademais, pela simples leitura dos dispositivos da Lei nº 12.010/2009, **percebe-se que todos os seus dispositivos dizem respeito ao processo de adoção**, o que permite inferir, indubitavelmente, que, ao revogar o inciso VI do artigo 198 do ECA – que também tratava de recursos contra sentenças cíveis –, **não foi, sequer em hipótese, imaginado pelo legislador que tal modificação se aplicaria a processos por ato infracional**, que nada tem a ver com processos de adoção de crianças e adolescentes.

O art. 1º da Lei nº 12.010/2009, expressamente, limitou o alcance da norma legal, *verbis* :

Art. 1º – Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do **direito à convivência familiar** a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Se é verdade que o art. 198, inciso VI, do ECA não mais existe no mundo jurídico, a repercussão jurisprudencial dessa *mutatio legis* parece ser inexistente, **tamanha a evidência de que a nova lei não veio para interferir em processos por ato infracional, mas apenas em processos cíveis, sobretudo nos de adoção**.

É certo que, na imposição da medida socioeducativa, o magistrado não restringe sua análise apenas ao ato infracional praticado isoladamente, mas, principalmente, leva em consideração as demais circunstâncias que permearam a conduta infracional, bem como a proteção integral ao adolescente em conflito com a lei.

Diante de todas essas circunstâncias, não me afigura ser teratológica a decisão monocrática que deixou de conceder efeito suspensivo à apelação interposta perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mas somente contrária aos interesses da defesa, não sendo o caso de superação do óbice da Súmula 691 do STF.

IV

À vista do exposto, **não conheço do *habeas corpus***, sem prejuízo de que a matéria seja julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que **poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável ao adolescente**.

VOTO-VENCIDO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

O relator, eminente Ministro Rogerio Schietti Cruz, assim sintetizou o presente *writ*:

J.C.P.C., paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de **decisão monocrática** proferida por Desembargador do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que indeferiu a liminar no Agravo de Instrumento nº 2125906-78.2014.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que, em 5/6/2014, o paciente foi submetido à medida socioeducativa de internação, pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. A defesa, irresignada, interpôs recurso de apelação, recebido apenas no efeito devolutivo.

Nesta Corte, a impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que “a decisão combatida, ao não conceder o efeito suspensivo ao recurso de apelação, mantém o paciente no cumprimento de medida socioeducativa, apesar de não ter transitado em julgado a decisão que lhe condenou” (fl. 3).

Alega que:

não existe qualquer comando expresso que faça diferenciação entre uma sentença em processo socioeducativo e qualquer outra afeta à Justiça da infância e juventude. Assim sendo, em uma análise literal, não há qualquer razão para que o julgador confira tratamento diferenciado no momento de receber uma apelação de adolescente condenado em 1ª instância por ato infracional, ou referente à destituição do poder familiar.

Cabe ao julgador observar o art. 198, *caput*, do ECA que remete ao art. 520 do CPC e, assim, receber a apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 6).

Pontua que “a utilização do argumento de que ‘(ii) o princípio da intervenção precoce na vida do adolescente’ (art. 100, p. ún., VI, ECA) justificaria o cumprimento imediato da medida também não procede, uma vez que diz mais respeito à aplicação de medidas protetivas do que socioeducativas” (fls. 9-10).

Aduz, por fim, que “(iv) a aplicação de medida socioeducativa em adolescente que no curso do processo foi internado provisoriamente seria uma confirmação dos efeitos da antecipação de tutela, ao que se justificaria excepcionar a regra do art. 520,

caput, do CPC em razão do seu inciso VII também não se sustenta” (fl. 14) e que é “absolutamente descabida qualquer tentativa de associar o cumprimento da internação provisória com antecipação de pena” (fl. 17).

Requer a concessão da ordem, para que o paciente não seja compelido a cumprir medida socioeducativa enquanto não transitar em julgado a sentença que acolheu a representação.

Liminar por mim indeferida (fls. 92-95).

Informações prestadas.

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 121-124).

Pelo seu voto, o culto Ministro Rogerio Schietti Cruz não conhece da ordem, *verbis*:

I

Inicialmente, destaco que as matérias aventadas na presente ordem de *habeas corpus* não foram apreciadas pelo Tribunal de origem, ficando, em princípio, impedida sua análise prematura pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Nesse sentido, mesmo que se trate de denegação de liminar em agravo de instrumento, aplica-se, por analogia, o enunciado da Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”.

Dessarte, consoante entendimento pacífico da jurisprudência, o referido impeditivo é ultrapassado em casos excepcionais, nos quais a ilegalidade é tão flagrante de modo a não escapar à pronta percepção do julgador, o que, todavia, **não ocorre na espécie dos autos**.

II

Dos documentos trazidos à colação, verifico que foi aplicada medida socioeducativa de **internação** ao paciente, pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Contra a sentença foi interposta apelação pela defesa, e o juiz de primeiro grau recebeu o recurso **apenas no efeito devolutivo**,

“entendimento cabível, não obstante o advento da Lei nº 12.010/09, notadamente nas hipóteses relacionadas à prática de atos infracionais” (fl. 53).

Irresignada, a defesa interpôs agravo de instrumento, com pedido liminar, por meio do qual requereu que o recurso de apelação fosse recebido também em seu efeito suspensivo e assegurado ao paciente que pudesse aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença que acolheu a representação, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

A liminar, no entanto, foi indeferida, em decisão assim fundamentada (fls. 79-80):

[...]

No âmbito da principiologia da legislação estatutária, as medidas socioeducativas têm natureza eminentemente protetiva, objetivando a ressocialização do adolescente em risco, conferindo-lhe a oportunidade do acompanhamento psicológico, social e pedagógico necessários à sua adequada recuperação e desenvolvimento.

A paralisação do cumprimento da medida de internação pela concessão do efeito suspensivo almejado pela Defesa implicaria despojar o agravante do azo socioeducativo, mantendo-se inalterada a situação que o levou à prática da infração; o que contraria o princípio da proteção integral, que reclama ação imediata e célere, na medida em que a intervenção estatal necessária, nesse caso, se daria tardiamente; ineficaz, portanto, na reeducação do adolescente. Por tais razões, INDEFIRO o pedido de antecipação da tutela recursal.

III

Cuida-se de discussão acerca da **possibilidade de ser a apelação recebida também no efeito suspensivo, nos processos por atos infracionais**, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Primeiramente, em que pese haver a Lei nº 12.010/2009 revogado o inciso VI do artigo 198 do referido Estatuto, que conferia apenas o efeito devolutivo ao recebimento dos recursos, **continua a vigor o disposto no artigo 215 do ECA**, o qual dispõe que **“o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”**. Lógico inferir, portanto, que os recursos serão, em regra, recebidos apenas no efeito devolutivo, inclusive e principalmente os recursos contra sentença que acolheu a representação do Ministério Público e impôs medida socioeducativa ao adolescente infrator.

Releva enfatizar que, cuidando-se de medida socioeducativa, a intervenção do Poder Judiciário tem como missão precípua não a punição pura e simples do adolescente em conflito com a lei, mas sim a recuperação e a proteção do jovem infrator.

As medidas previstas nos arts. 112 a 125 da Lei nº 8.069/90 não são penas e possuem o objetivo primordial de proteção dos direitos do adolescente, de modo a afastá-lo da conduta infracional e de uma situação de risco. Por esse motivo, deve orientar-se pelos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, definidos no art. 227 da Constituição Federal e nos arts. 3º e 4º da Lei nº 8.069/90.

Assim, condicionar, de forma automática, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional.

É nesse contexto que deve ser analisada a situação processual do paciente, não servindo à *fattispecie* o raciocínio empreendido, posto que de modo proficiente, pelo impetrante, ao defender, para o paciente, a incidência da mesma lógica que permeia a perseguição penal comum, desconsiderando, todavia, que, **diferentemente do que se dá em relação à justiça menorista, apoiada em bases peculiares, a justiça criminal se alicerça sobre regras que visam, fundamentalmente, proteger o acusado contra ingerências abusivas do Estado em sua liberdade.**

Ora, o adolescente que pratica ato infracional não pode ser equiparado ao adulto imputável autor de crime, pois, de acordo com o artigo 228 da Constituição Federal, os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis e estão sujeitos às normas da legislação especial. Por esse motivo e considerando que a medida socioeducativa não representa punição, mas mecanismo de proteção ao adolescente e à sociedade, de natureza pedagógica e ressocializadora, não há de se falar em ofensa ao princípio da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, pela sua imediata execução.

Não se mostra, dessarte, acertado o raciocínio que postula modificação de toda a sistemática de apelação infracional, que segue regras próprias, apenas porque houve modificação legislativa indireta, a saber, a revogação, pela Lei nº 12.010/2009, do inciso que fazia alusão aos efeitos dos recursos de sentenças proferidas em sede de juizados da infância e juventude.

Ademais, pela simples leitura dos dispositivos da Lei nº 12.010/2009, **percebe-se que todos os seus dispositivos dizem respeito ao processo de adoção**, o que permite inferir, indubitavelmente, que, ao revogar o inciso VI do artigo 198 do ECA – que também tratava de recursos contra sentenças cíveis –, **não foi, sequer em hipótese, imaginado pelo legislador que tal modificação se aplicaria a processos por ato infracional**, que nada tem a ver com processos de adoção de crianças e adolescentes.

O art. 1º da Lei nº 12.010/2009, expressamente, limitou o alcance da norma legal, *verbis* :

Art. 1º – Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do **direito à convivência familiar** a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Se é verdade que o art. 198, inciso VI, do ECA não mais existe no mundo jurídico, a repercussão jurisprudencial dessa *mutatio legis* parece ser inexistente, **tamanha a evidência de que a nova lei não veio para interferir em processos por ato infracional, mas apenas em processos cíveis, sobretudo nos de adoção**.

É certo que, na imposição da medida socioeducativa, o magistrado não restringe sua análise apenas ao ato infracional praticado isoladamente, mas, principalmente, leva em consideração as demais circunstâncias que permearam a conduta infracional, bem como a proteção integral ao adolescente em conflito com a lei.

Diante de todas essas circunstâncias, não me afigura ser teratológica a decisão monocrática que deixou de conceder efeito suspensivo à apelação interposta perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mas somente contrária aos interesses da defesa, não sendo o caso de superação do óbice da Súmula 691 do STF.

IV

À vista do exposto, **não conheço do habeas corpus**, sem prejuízo de que a matéria seja julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que **poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável ao adolescente**.

A tal compreensão alinharam-se os demais membros da colenda Sexta Turma, ressalvada esta Ministra, que restou vencida ao argumento que segue.

Os Tribunais Superiores, a bem da racionalização do emprego do *habeas corpus*, culminaram em entendimento segundo o qual, somente em casos de patente ilegalidade, conhece-se de *mandamus* substitutivo de recurso ordinário. Todavia, os argumentos vertidos no sucedâneo recursal são apreciados, a fim de se aferir a ocorrência, ou não, de constrangimento gritante.

Diferente é a situação em que esta Corte não é competente para analisar diretamente da irresignação. Assim, nos casos em que há supressão de instância, convencionou-se que, *in limine litis*, são obliteradas as ordens. Trata-se da situação retratada no enunciado 691 do Supremo Tribunal Federal, de cuja *ratio* se extrai o respeito à competência do Tribunal de origem, que ainda não equacionou o mérito da anterior impetração.

Caso se afira, mesmo que somente “em tese”, a inexistência de ilegalidade patente, é mais que cristalino que tal juízo, quer queira, quer não, irá ingressar no mundo dos fatos, reverberando, como manifestação de Tribunal Superior, a influenciar a cognição das anteriores instâncias, como relevante diretriz.

Tamanha a preocupação com a preservação da independência decisória da prévia instância, que **todos** os membros da Terceira Seção desta Corte, de maneira a mais sucinta possível, invocando a Súmula 691/STF, fulmina, *in limine litis*, a marcha processual, afora, claro, os casos de concessão da ordem:

A) MINISTRO JORGE MUSSI:

HABEAS CORPUS Nº 309.363 – SP (2014/0301075-9) RELATOR: MINISTRO JORGE MUSSI IMPETRANTE: DAVID ALVES RODRIGUES CALDAS ADVOGADO: DAVID ALVES RODRIGUES CALDAS IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE: SEBASTIÃO CANOVA DECISÃO. Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de SEBASTIÃO CANOVA contra decisão de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que indeferiu o pleito sumário no HC nº 2199230-04.2014.8.26.0000, mantendo, por ora, a prisão cautelar do paciente, nos autos da ação penal em que responde pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c 29, *caput*, ambos do Código Penal. Inicialmente, alega o impetrante que estaria caracterizada manifesta ilegalidade capaz de superar o óbice do enunciado sumular nº 691 do Supremo Tribunal Federal, salientando que a não concessão da liminar pretendida originariamente causa grave constrangimento ao paciente, “que pode ser preso a qualquer momento em função de mandado de prisão já expedido” (fl. 1). Sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para a decretação da custódia cautelar, tendo em vista que estaria baseada apenas em afirmações genéricas, dissociadas dos fatos concretos que levassem à conclusão de que a medida constritiva seria imprescindível. Alega a desnecessidade da prisão

ante tempus, já que o acusado permaneceu em liberdade durante todo o inquérito policial, tendo atendido a todos os chamamentos da autoridade policial, salientando que os fatos apurados ocorreram em 5-6-2013, não havendo notícias de que tenha se envolvido em outros delitos ou ameaçado testemunhas até a data da decretação da preventiva. Assevera que o réu negou veementemente a prática criminosa, é primário, possui residência fixa e trabalho lícito, predcados que lhe permitiriam responder em liberdade à ação penal. Defende a possibilidade de substituição da custódia por cautelares diversas, menos gravosas. Requer, liminarmente e no mérito, a revogação do decreto de prisão preventiva, com ou sem aplicação de outras medidas cautelares, expedindo-se em favor do paciente contramandado de prisão. É o breve relatório. Esta Corte Superior, nos termos da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, pacificou orientação no sentido de que “não se admite *habeas corpus* contra decisão negativa de liminar proferida em outro *writ* na instância de origem, sob pena de indevida supressão de instância” (AgRg no HC 252.412/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 9-10-2012, DJe 17-10-2012), destacando que “O referido óbice é ultrapassado tão somente em casos excepcionais, nos quais a evidência da ilegalidade é tamanha que não escapa à pronta percepção do julgador” (AgRg no HC 300.610/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4-9-2014, DJe 15-9-2014). E, da análise da documentação acostada aos autos, verifica-se que não está caracterizada flagrante ilegalidade suficiente para superar o óbice do referido enunciado sumular, tendo em vista que a decisão objurgada não se mostrou teratológica, restando minimamente fundamentada a negativa do pleito liminar, senão veja-se: Ao que consta, o paciente foi denunciado por possível prática do crime de roubo duplamente qualificado (fls. 15/17). Ora, a providência liminar em *habeas corpus* é excepcional, razão pela qual está reservada para os casos em que avulta flagrante o constrangimento ilegal. E esse não parece ser o caso dos autos. Ademais, a análise do preenchimento, ou não, dos requisitos legais autorizadores da custódia provisória revela-se inadequada à esfera sumária que distingue a presente fase do procedimento. Indefiro, pois, a liminar. (fl. 105). Além disso, mister destacar que o revolvimento das questões aventadas no *writ* originário e aqui reiteradas certamente acarretaria a indevida supressão de instância, pois serão alvo de exame oportuno na Corte

de Justiça indicada como coatora, quando do julgamento do seu mérito. Pelo exposto, indefere-se liminarmente o *habeas corpus*, com fulcro no art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Após o trânsito em julgado da presente decisão, arquivem-se os autos. Publique-se e intimem-se. Brasília (DF), 17 de novembro de 2014. Ministro JORGE MUSSI Relator.

B) MINISTRO FELIX FISCHER:

HABEAS CORPUS Nº 304.186 – MG (2014/0236167-0) RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER IMPETRANTE: ALEX OTAVIANO GATINHO ADVOGADO: ALEX OTAVIANO GATINHO IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS PACIENTE: HUMBERTO VINICIUS CARDOSO SILVA (PRESO) PACIENTE: RAMON ALVES DOS SANTOS (PRESO) PACIENTE: MAIK SOARES (PRESO) DECISÃO. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de HUMBERTO VINICIUS CARDOSO SILVA, RAMON ALVES DOS SANTOS E MAIK SOARES, contra decisão proferida pelo eminente desembargador relator do HC nº 1.0000.14.070395-0/000, integrante da col. 7ª Câmara Criminal do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Nas razões do presente *mandamus* argumenta o impetrante que os pacientes estariam sofrendo constrangimento ilegal consubstanciado no excesso de prazo para a formação da culpa. Requerem o deferimento da liminar e, ao final, o provimento do presente recurso, a fim seja expedido alvará de soltura para que os pacientes possam responder ao processo em liberdade. Liminar indeferida à fl. 23. Informações prestadas às fls. 29-33. A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 38-39 manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*. É o relatório. Decido. O presente *habeas corpus* investe contra decisão proferida em sede de liminar. Ressalvadas hipóteses excepcionais, descabe o instrumento heróico em situação como a presente, sob pena de ensejar indevida supressão de instância. A matéria, inclusive, já se encontra sumulada: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar” (Súmula nº 691/STF). Nesse entendimento: “PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR EM PRÉVIO *WRIT*. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. SÚMULA 691 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1 – Segundo

entendimento interativo desta Corte, secundado pela Súmula 691 do STF, não cabe *habeas corpus* contra indeferimento de liminar em prévio *writ*, por importar em verdadeira supressão de instância. 2 – Inexistência na espécie de flagrante teratologia, apta a fazer relevar a impropriedade da via. 3 – Agravo regimental não provido” (AgRg no HC 290.060/SP, Sexta Turma, Rel^a Min^a Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 11/04/2014). “AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. INDEFERIMENTO LIMINAR DA IMPETRAÇÃO. ART. 210 DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO DE DESEMBARGADOR QUE NEGOU A MEDIDA LIMINAR NO *WRIT* ORIGINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691 DO STF. EXCEPCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADA. I – Nos termos do art. 210, do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado a indeferir liminarmente pedido manifestamente incabível, quando manifesta a incompetência do Tribunal para dele conhecer originariamente, ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos. II – Incabível *habeas corpus* contra indeferimento de medida liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, sob pena de indevida supressão de instância (Súmula n. 691 do STF). III – Agravo Regimental improvido” (AgRg no HC 284.442/SP, Quinta Turma, Rel^a Min^a Regina Helena Costa, DJe 24/02/2014). De toda sorte, em consulta ao sítio eletrônico do eg. Tribunal de origem, verifico que, em 27/10/2014, foi prolatada sentença condenatória, tendo sido, inclusive, objeto de recurso de apelação. Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. P. e l. Brasília (DF), 07 de novembro de 2014. MINISTRO FELIX FISCHER – Relator.

C) MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME:

HABEAS CORPUS Nº 306.277 – BA (2014/0259710-6)
RELATOR: MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) IMPETRANTE:
EUGENIO JOSE MELO BORGES DA SILVA ADVOGADO: EUGENIO
JOSE MELO BORGES DA SILVA IMPETRADO: TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PACIENTE: J. C. S. J. DECISÃO.
Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em
favor de J. C. S. J. contra decisão liminar do Desembargador
Relator da impetração originária. Consta dos autos que o Juízo
da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Ilhéus/BA

julgou procedente a representação oferecida contra o paciente, adolescente, pela prática do ato infracional análogo ao crime de homicídio, porque (fl. 252): segundo a representação ofertada pelo Ministério Público, em 08 de fevereiro de 2014, por volta das 21:50h, no interior de um ônibus da Empresa Via Metro que fazia a linha Sambaituba-Centro, nesta cidade de Ilhéus-BA, o Representado desferiu projéteis de arma de fogo com a intenção de matar Válber Santos, mas, por erro de execução, acabou por ceifar a vida de Raimundo Souza, apesar de também lesionar gravemente o primeiro. Ao final, determinou a aplicação da medida socioeducativa de internação por prazo máximo de 3 (três) anos e determinou a busca e apreensão do menor. A defesa impetrou *habeas corpus*, com pedido liminar, na Corte estadual, alegando que não houve flagrante apreensão. Ressaltou que o menor respondeu a processo em liberdade, compareceu espontaneamente a todos os atos do processo, inclusive na fase de inquérito. Destacou que o representado não é usuário de drogas, é primário, estudioso, nunca repetiu série escolar, não havendo qualquer fato anterior que desabone sua conduta. Argumentou ser “manifesta a ilegalidade da apreensão do menor antes do trânsito em julgado da ação, mormente porque já foi protocolizada apelação em face da sentença ora executada” (e-STJ fl. 31). O pleito urgente foi, contudo, indeferido (e-STJ fls. 31/32). No presente *habeas corpus*, o impetrante reafirma que o paciente permaneceu cerca de 7 (sete) meses em liberdade da data do fato (8/2/2014) até ser apreendido em 12/9/2014, um dia após ter comparecido ao Cartório Judicial, com seus pais. Destaca ter sido interposto recurso de apelação e que o próprio Ministério Público, como fiscal da Lei, apresentou parecer requerendo a suspensão da execução da sentença. Sustenta que o menor tem direito de aguardar o julgamento do recurso em liberdade, por força do art. 520 do Código de Processo Civil. Em síntese, afirma ser ilegal a apreensão do menor antes do trânsito em julgado da sentença. Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a expedição do alvará de soltura em favor do paciente. As informações foram prestadas e os autos retornaram conclusos para análise. É o relatório, decidido. Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe *habeas corpus* contra decisão que indefere o pleito liminar na Corte de origem, sob pena de configurar indevida supressão de instância. Sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal publicou o enunciado nº 691 da Súmula: “Não

compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”. Nesse sentido, a título de exemplo, cito o seguinte precedente desta Corte: AGRADO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. 1. INDEFERIMENTO LIMINAR. ENUNCIADO nº 691 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE EVIDENTE ILEGALIDADE. REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO MAJORADO. TEMA COMPLEXO. NECESSIDADE DE PRÉVIO EXAME DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. 2. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. De acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, não cabe *habeas corpus* contra decisão que indefere pedido liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, sob pena de supressão de instância. Incidência do enunciado nº 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC nº 294.364/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 10/6/2014, DJe 18/6/2014) No caso, o Tribunal impetrado indeferiu o pedido liminar pelos seguintes motivos (e-STJ fl. 314): No caso em testilha o fundamento do *writ* assenta-se sobretudo na alegação de ilegalidade na apreensão do menor antes do trânsito em julgado da ação. Ocorre que, ao exame atento do conjunto fático probatório acostado aos autos observa-se que não se encontram presentes os requisitos essenciais ao deferimento da liminar ora vindicada, a existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Ademais, os documentos juntados aos autos pelo Impetrante não atestam, de plano, a existência de suposto prejuízo de defesa do Paciente, sendo digno de nota que, apesar de ter informado que impugnou a decisão através de Recurso de Apelação interposto em 15/09/2014, não consta dos autos certidão que possa comprovar tal fato. Efetivamente, a decisão impugnada não apresenta ilegalidade manifesta que enseje uma avaliação antecipada pelo Superior Tribunal de Justiça, devendo o impetrante aguardar a prévia análise do mérito das questões submetidas à Corte de origem. Ante o exposto, com base no art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, indefiro liminarmente o pedido. Publique-se. Brasília (DF), 18 de novembro de 2014. MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) – Relator.

D) MINISTRO NEWTON TRISOTTO:

HABEAS CORPUS Nº 309.856 – PR (2014/0308292-2) RELATOR: MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) IMPETRANTE: DEBORA GONCALVES PEREZ E OUTROS ADVOGADO: DEBORA GONCALVES PEREZ E OUTRO(S) IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO PACIENTE: GERSON DE MELLO ALMADA (PRESO) DECISÃO. I – RELATÓRIO: GERSON DE MELLO ALMADA, investigado no âmbito da denominada “Operação Lava-Jato” (IP nº 2006.70.00.018662-8 e nº 5049557-14.2013.404.7000), teve a sua prisão preventiva decretada em 10.11.2014 (fls. 126/177). A Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, indeferiu a liminar postulada no *habeas corpus* manejado dessa decisão (fls. 198/205). Não se conformando, Debora Gonçalves Perez e outros impetraram, nesta Corte, novo *habeas corpus*, sustentando, em síntese, que: a) “as peculiaridades do caso justificam seja relativizada a vedação da Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal”; b) “o decreto que impôs a medida segregatória é manifestamente genérico e em nada concretiza os supostos riscos alegadamente provocados pelo Paciente, bem como passar ao largo de individualizar condutas suas que justificassem a medida extrema”; c) “o Magistrado de primeiro grau escolheu os destinatários da prisão, tanto ao eleger as empresas, deixando sem explicação algumas de fora, como entre sócios e diretores de uma mesma empresa, sem oferecer qualquer justificativa para alcançar alguns e não outros, ferindo de morte o princípio da isonomia”; d) “o juiz de primeiro grau inicia a motivação do decreto prisional apontando nada mais, nada menos do que fantasiosos riscos à ordem pública, consistentes no fato de que o esquema criminoso, especialmente a lavagem de dinheiro, foi desenvolvida de forma habitual, profissional e sofisticada durante anos, sempre com grande lesão aos recursos públicos”, porém “as decisões judiciais devem ser individualizadas, ou seja, era de rigor fosse apontado algum elemento CONCRETO, relativo ao PACIENTE, que comprovasse sua inclinação à prática criminosa”; e) “além de exercer atividade lícita, ao contrário do doleiro, é primário e de bons antecedentes, de tal sorte que a prisão preventiva mostra-se arbitrária e absolutamente injustificada”; f) “não obstante o desinteresse demonstrado pelo Magistrado no tocante à

aplicação de medidas alternativas, um pequeno esforço neste sentido faria ver que é possível manter os contratos e prevenir a prática de novos crimes, aplicando, por exemplo, a cautelar do art. 319, IV, do CPP, afastamento de função ou atividade de natureza econômica”; g) “é entendimento mais que consolidado em nossa mais alta Corte que a credibilidade das instituições e o “clamor público pela confiança no Estado de Direito” não se prestam a justificar a tutela de urgência em seara penal”; h) “GERSON e sua empresa apresentaram, com indiscutível solicitude, TUDO que fora requisitado pelos investigadores (juntou documentos e comprovantes de pagamentos, etc.), não se furtando a atender aos seus compromissos com o bom desenrolar da marcha processual”; i) “a cópia do passaporte do Paciente revela que, embora viaje muito, ele não se ausentou do país nos últimos três meses, período considerado problemático pelo r. *decisum a quo*” (fls. 1/27). Ao final, requereram a concessão da ordem, liminarmente, para que seja revogada a custódia preventiva do acusado, com a aplicação de medida cautelar distinta da prisão, caso se entenda necessário. II DECISÃO: 01. Conforme “orientação pacífica neste Superior Tribunal, é incabível *habeas corpus* contra indeferimento de medida liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância (Enunciado nº 691 da Súmula do STF)” (AgRg no HC 285.647/CE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 25/08/2014; HC 284.999/SP Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 09/10/2014). Os precedentes aplicam-se ao caso em exame. Não encontro, nos autos, elementos para transpor a vedação contida na Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal. Nesta fase processual, valho-me dos fundamentos da decisão indeferitória da liminar: O artigo 312 do CPP determina que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. No caso em exame, a decisão proferida pela autoridade impetrada analisou exaustivamente a presença da materialidade dos crimes previstos no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, artigo 1º da Lei nº 9.613/98, artigos 304 e 333, do CP. Consignou, ainda, haver indícios do crime de associação criminosa, nos termos do artigo 288, do CP. Conforme se extrai dos autos, as empreiteiras frustravam, mediante ajuste prévio, as licitações da Petrobrás,

definindo previamente a ganhadora que tinha condições de propor o maior preço possível à Petrobrás e sem concorrência real. Consta do procedimento apuratório que o produto do crime decorrente do ajuste dos procedimentos licitatórios e do preço foi, sucessivamente, lavado pelas empreiteiras mediante serviço prestado por Alberto Youssef. Além dos depoimentos prestados pelos acusados e por testemunhas, o decreto prisional destaca a efetiva comprovação documental de realização de depósitos milionários nas contas de Alberto Youssef, por parte das empreiteiras, sendo estes realizados no mesmo período em que estas mantiveram contratos milionários de obras com a Petrobrás. No que tange à autoria, tem-se que as provas apontam, no âmbito das empreiteiras, os responsáveis específicos pelos crimes. Neste aspecto é bom que se diga que a prisão cautelar prevista no artigo 312 do CPP somente foi decretada em relação aos investigados de maior importância no esquema criminoso. Segundo se extrai dos autos, a partir dos depoimentos de Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, restaram constatados indícios de participação do paciente Gerson de Mello Almada como um dos responsáveis pela formação do cartel criminoso. [...] Desta forma, os elementos até então colacionados apontam para a existência de prova da materialidade delitiva, em juízo perfunctório como ora se procede, bem como a existência de indícios suficientes de autoria delitiva, sendo certo que “o juízo que aqui se faz há que ser, evidentemente, fundamentado, até por força de exigência constitucional, como vimos repetidamente. No entanto, não se trata de decisão definitiva, sobretudo na fase de investigação, quando sequer o contraditório estaria já instaurado. Não se poderá exigir do magistrado juízo de certeza quanto aos pressupostos da prisão, mas de pleno convencimento quanto a existência de dados (informações) nesse sentido” (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*/Eugênio Pacelli, Douglas Fischer. – 6ª, ed.rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2014. p 652). Como bem pontuado pelo eminente Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto em julgamento de *habeas corpus* relativo à Operação Lavajato, “a lei não estabelece, contudo, que nível de prova dos pressupostos é necessário para a decretação da preventiva. Tratando-se de decisão em cognição sumária, não é possível aqui exigir prova cabal da responsabilidade criminal, como aquela a apta a autorizar a condenação criminal. Estando, porém, em jogo a liberdade, ainda que por decisão provisória, é de se exigir, porém,

relativa cautela com o material probatório”. (TRF4, HC nº 5021362- 33.2014.404.0000, 8ª TURMA, Des. Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, por unanimidade, juntado aos autos em 26/09/2014 – o grifo é nosso). Feitas tais considerações passa-se ao exame dos demais requisitos à decretação da prisão preventiva. A decisão reconheceu a ocorrência de risco à ordem pública caracterizado pela prática habitual e reiterada de crimes de extrema gravidade, impondo-se a prisão preventiva como forma de impedir a continuidade do ciclo delitivo e resgatar a confiança da sociedade no regular funcionamento das instituições públicas e na aplicação da lei penal. Com efeito, tendo os crimes sido perpetrados no período de 2006 a 2014, mantendo-se a prática delitiva com pagamentos mesmo após a saída de Paulo Roberto Costa da Diretoria de Abastecimento da Petrobrás, bem como para Alberto Youssef, alguns efetivados às vésperas das prisões cautelares de Paulo Roberto Costa e de Alberto Youssef, é inelutável a necessidade de segregação cautelar, mormente a considerar que as empreiteiras investigadas mantêm vultosos contratos ativos com a Administração Pública Federal. O percuente exame levado a efeito pelo julgador bem demonstra a adequação da medida na hipótese, como forma de resguardo da ordem pública. [...] Nestas condições, patente a necessidade de acautelamento do meio social, evitando-se a retomada das atividades criminosas. Igualmente restou evidenciada a necessidade da medida por conveniência da instrução criminal. Isto porque apresentados documentos falsos perante o juízo como forma de justificar as transferências às empresas controladas por Alberto Youssef. Daí a constatação no sentido de que” se as empreiteiras, ainda em fase inicial da investigação, não se sentiram constrangidas em apresentar documentos falsos ao Judiciário, forçoso reconhecer que integridade das provas e do restante da instrução encontra-se em risco sem uma contramedida. Mas não é só. Segundo informações prestadas pela autoridade policial e destacadas pelo juízo impetrado, emissários das empreiteiras tentaram cooptar, por dinheiro ou ameaça velada, uma das testemunhas do processo, o que desvela de forma concreta a necessidade da medida” (fls. 198/205). 02. À vista do exposto, nos termos do art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, indefiro liminarmente o *habeas corpus*. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 18 de novembro de 2014. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) – Relator.

E) MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR:

HABEAS CORPUS Nº 310.006 – SP (2014/0310031-7) RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR IMPETRANTE: ENIO ARANTES RANGEL ADVOGADO: ÊNIO ARANTES RANGEL IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE: MAURO DE SOUZA (PRESO) *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. SÚMULA 691/STF. APLICABILIDADE. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME. AÇÃO PENAL CONSUBSTANCIADA NO ENTORPECENTE APREENDIDO EM PODER DAS MENORES QUE AUXILIAVAM O RÉU, BEM COMO NO CONTEÚDO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DEVIDAMENTE AUTORIZADAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. Inicial indeferida liminarmente. DECISÃO Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de Mauro de Souza, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo. Narram os autos que o paciente se encontra preso preventivamente desde 18/10/2014, tendo sido denunciado como incurso nos crimes de tráfico e associação para o tráfico de drogas (fls. 16/18 – Ação Penal nº 0010853-21.2014.8.26.0344). Inconformada com a manutenção da prisão cautelar imposta ao paciente, a defesa ajuizou pedido de revogação da segregação preventiva perante o Juízo de primeiro grau, que indeferiu o pleito (fl. 187). Impetrou-se, por conseguinte, *habeas corpus* na colenda Corte de origem, que indeferiu o pedido liminar (fls. 301/302 – *Habeas Corpus* nº 2206539-76.2014.8.26.0000). Daí a presente impetração, em que se alega constrangimento ilegal consistente na deflagração de ação penal contra o paciente, eivada de nulidade absoluta, consistente em ausência de prova da materialidade do crime. Sustenta o impetrante que não foram apreendidos entorpecente ou dinheiro em poder do acusado, estando patente a ausência de justa causa tanto para prisão cautelar quanto para a ação penal. Postula, então, a superação do enunciado nº 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, para que seja concedida liminarmente a ordem, trancando-se a ação penal e revogando-se a prisão cautelar imposta ao paciente. É o relatório. As Turmas integrantes da Terceira Seção desta Corte, na esteira do preceituado no enunciado nº 691 da Súmula do Pretório Excelso, têm entendimento

pacificado no sentido de não ser cabível a impetração de *habeas corpus* contra decisão de relator indeferindo medida liminar, em ação de igual natureza, ajuizada perante os Tribunais de segundo grau, salvo a hipótese de inquestionável teratologia ou ilegalidade manifesta. No caso, observa-se que, além da droga apreendida em poder das menores que supostamente auxiliavam o paciente no comércio de entorpecentes, a autoridade policial obteve vários indícios da prática do crime por parte do denunciado por meio de interceptação telefônica devidamente autorizada judicialmente, razão pela qual não se observa ausência de justa causa para a instauração e manutenção da ação penal e, por consequência, teratologia ou ilegalidade apta a justificar a intervenção deste Superior Tribunal. Ante o exposto, inexistindo a excepcionalidade necessária ao abrandamento do enunciado na Súmula 691/STF, com fundamento no art. 38 da Lei nº 8.038/1990 e no art. 210 do RISTJ, indefiro liminarmente a petição inicial. Publique-se. Brasília, 19 de novembro de 2014. Ministro Sebastião Reis Júnior – Relator

F) MINISTRO NEFI CORDEIRO:

HABEAS CORPUS Nº 309.826 – SP (2014/0308063-5) RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ADVOGADO: ANDRÉ LUIZ DA SILVA DA CUNHA IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE: VITOR GOES DE OLIVEIRA DECISÃO Insurge-se impetração contra decisão do Desembargador Relator do Tribunal de 2º Grau que indeferiu pedido de liminar objetivando a liberdade do paciente. A teor do disposto no enunciado da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal e plenamento adotada por esta Corte, não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar; em princípio, não se admite a utilização de *habeas corpus* contra decisão negativa de liminar proferida em outro *writ* na instância de origem, sob pena de indevida supressão de instância. A despeito de tal óbice processual, têm-se entendido que tão somente em casos excepcionais, quando evidenciada a presença de decisão teratológica ou desprovida de fundamentação, é possível a mitigação do enunciado. Na espécie, o Relator denegou a

liminar nos seguintes fundamentos: “Cumpre anotar que o paciente foi condenado pela prática de crime grave (tráfico de entorpecentes), equiparado a hediondo, que colocou em risco, de maneira inegável, a ordem pública, o que evidencia a existência de fundadas razões para a manutenção de sua prisão. Assim, inviável que aguarde em liberdade o julgamento do apelo, uma vez que respondeu a todo o processo recolhido, prisão esta que acabou convalidada pela r. sentença, ocasião em que foi expressamente negado esse direito de forma fundamentada (fl. 57) Portanto, o que interessa é que permanecem presentes os requisitos para a manutenção da prisão consolidada pela aludida sentença condenatória, mesmo porque a gravidade da conduta e a existência de simples ameaça à tranquilidade pública, por si só, a justificam” (e-STJ fls. 09/10). Já a decretação da prisão preventiva assim dispôs: “VITOR GOES DE OLIVEIRA, qualificado nos autos, foi autuado em flagrante pela prática de tráfico de drogas. Os policiais que efetuaram a prisão narraram que avistaram o indiciado em local conhecido como ponto de tráfico e, ao avistar a viatura, Vitor tentou empreender fuga utilizando uma bicicleta. Abordado e submetido à busca pessoal, com Vitor os policiais encontraram 20 porções contendo maconha, 60 papérolas contendo cocaína e 26 contendo crack. Indagado pela autoridade policial, confessou a traficância, dizendo que receberia a quantia de R\$ 150,00 pela venda do entorpecente, declarando, ainda, que não tinha dinheiro, pois dera início ao tráfico naquele instante. Há nos autos indícios de autoria, uma vez que foi detido na posse de droga, conforme depoimento dos policiais, e prova de materialidade, visto que o laudo de constatação provisória comprova que as substâncias apreendidas são entorpecentes. Os laudos de constatação provisória apontaram como sendo cocaína e maconha as substâncias encontradas com o indiciado. Passo à análise da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. A Lei nº 11.343/06, em seu artigo 33, fixa a pena mínima do delito de tráfico de entorpecentes em 05 (cinco) anos de reclusão, de sorte que o delito em tese atribuído a VITOR GOES DE OLIVEIRA é grave. Porém, ainda que se olvide a previsão legal, a conduta supra descrita notoriamente serve para financiar a prática de outras atividades delituosas, além de provocar pânico e temeridade social. Sendo assim, converto a prisão em flagrante de VITOR GOES DE OLIVEIRA em prisão preventiva.” (e STJ fls. 16/17) Deste modo, a fundamentação de riscos concretos para

a prisão justifica a denegação da liminar na origem, não se tendo nessa decisão hipótese de manifesta ilegalidade, apta a autorizar a mitigação da Súmula 691/STF, cabendo ao Tribunal de origem a análise da matéria meritória. Nesse mesmo sentido: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO *WRIT*. SÚMULA 691 DO STF. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. EXCEPCIONALIDADE INOCORRENTE. DECISÃO MANTIDA. 1. A admissibilidade de *habeas corpus* impetrado contra decisão que indeferiu a liminar em prévio *writ* se submete aos parâmetros do enunciado nº 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, somente afastada no caso de situações excepcionais de flagrante ilegalidade, o que inócorre na espécie dos autos. Decisão monocrática mantida por seus próprios fundamentos. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 287.547/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe de 26/03/2014) AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. INDEFERIMENTO LIMINAR DA IMPETRAÇÃO. ART. 210 DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO DE DESEMBARGADOR QUE NEGOU A MEDIDA LIMINAR NO *WRIT* ORIGINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691 DO STF. EXCEPCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADA. I – Nos termos do art. 210, do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado a indeferir liminarmente pedido manifestamente incabível, quando manifesta a incompetência do Tribunal para dele conhecer originariamente, ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos. II – Incabível *habeas corpus* contra indeferimento de medida liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, sob pena de indevida supressão de instância (Súmula nº 691 do STF). III – Agravo Regimental improvido. (AgRg no HC 284.442/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe de 24/02/2014). Ante o exposto, nego seguimento ao *habeas corpus*, nos termos do art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Cientifique-se o Ministério Público Federal. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 18 de novembro de 2014. MINISTRO NEFI CORDEIRO – Relator.

G) MINISTRO ERICSON MARANHÃO:

HABEAS CORPUS Nº 309.849 – SP (2014/0308265-5) RELATOR: MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ADVOGADO: EDUARDO DE SOUZA KOTAKE IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE: LEANDRO FERREIRA DIAS GOMES (PRESO) DECISÃO. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEANDRO FERREIRA DIAS GOMES contra decisão de desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que indeferiu pedido liminar no HC nº 2169593-08.2014.826.0000. Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 21.09.2014 pela suposta prática do delito tipificado no art. 155, § 4º, incisos I e II, do Código Penal. Foi concedida a liberdade provisória mediante fiança arbitrada no valor de um salário mínimo. Irresignada com a manutenção da constrição cautelar, a defesa impetrou o *writ* originário perante o Tribunal *a quo*, cuja liminar foi indeferida em decisão acostada às fls. 6/7. Na presente impetração, a defesa aponta que a decisão que decretou a fiança não estaria suficientemente fundamentada e deve ser presumida a pobreza do paciente diante do não recolhimento do valor arbitrado. Pugna, assim, em liminar e no mérito, pela expedição de alvará de soltura com isenção do pagamento de fiança. É o relatório. Decido. De acordo com o disposto no enunciado nº 691 da Súmula do STF, não cabe *habeas corpus* contra decisão de Tribunal *a quo* indeferitória de liminar. Superar tal óbice somente é possível em casos excepcionais de abuso de poder ou flagrante ilegalidade na decisão vergastada, o que não se amolda à hipótese dos autos. Extrai-se dos autos que o Tribunal *a quo*, ao indeferir a tutela de urgência, disse: O doutor RAFAEL GOMES BEDIN – Defensor Público do Estado de São Paulo, impetra *habeas corpus* em favor de LEANDRO FERREIRA DIAS GOMES, com pedido de liminar, afirmando que o Paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal decorrente de ato do Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais da Comarca de São Paulo que, nos autos de Processo Crime nº 0085826-53.2014.8.26.0050, instaurado por infração ao art. 155, do Código Penal, concedeu a liberdade provisória ao Paciente, no entanto condicionou o benefício ao recolhimento de fiança no valor de um salário mínimo. Sustenta o Impetrante que “[...] Caso fosse abastado, ele estaria solto há dias, pois já se reconheceu que ele tem direito a liberdade provisória. Como é pobre, continua preso Em suma, pleiteia

a concessão da ordem a fim de que seja afastada a fiança arbitrada (fls. 1/6). A medida liminar em *habeas corpus*, por não prevista expressamente entre os art. 647 a art. 667, todos do Código de Processo Penal, é excepcional, razão pela qual está reservada para os casos em que avulta flagrante o constrangimento ilegal. E essa não é a hipótese dos autos. Ademais, a análise do pedido revela-se inadequada à esfera da cognição sumária, haja vista confundir-se com o mérito, reservando-se à Colenda Turma Julgadora a solução da questão em toda a sua extensão. Outrossim, verifício não demonstrados regularmente, de pronto, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, necessários para concessão da liminar. Por fim, consta do sistema de Pesquisa de Inteligência de Informações – Intinfo, disponibilizado por este Egrégio Tribunal de Justiça, que o Paciente já se viu beneficiado com liberdade provisória por três vezes e em todas voltou a delinquir, o que, ao menos neste momento, não recomenda o afastamento da fiança arbitrada. Nessa medida, INDEFIRO a liminar requerida (fls. 6/7). Na hipótese dos autos, a decisão da Corte Estadual que indeferiu a liminar não apresenta flagrante ilegalidade suficiente para justificar o controle antecipado do Superior Tribunal de Justiça, tendo o Desembargador Relator ressaltado que, em razão das peculiaridades do caso, não haveria como conceder a tutela de urgência sem minucioso exame dos autos. Dessa forma, não vejo como afastar a aplicação da Súmula nº 691 do STF, devendo-se aguardar o julgamento do mérito do *writ* impetrado no Tribunal de origem, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância. São precedentes de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal no Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO *WRIT*. SÚMULA 182/STJ. IMPETRAÇÃO CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR. SÚMULA 691/STF. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. 1. Mantidos os fundamentos da decisão agravada porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma. (Enunciado nº 182 desta Corte). 2. A admissibilidade de *habeas corpus* impetrado contra decisão que indeferiu a liminar em prévio *writ* se submete ao óbice do enunciado nº 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, somente afastado no caso de situações excepcionais de flagrante ilegalidade, inócurrenente na espécie. 3. Pedido

de reconsideração recebido como agravo regimental e improvido (Pet no HC 294.721/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24/06/2014). PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. INDEFERIMENTO LIMINAR. ORDEM MANEJADA CONTRA DECISÃO QUE NEGOU LIMINAR NO TRIBUNAL DE ORIGEM. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. COMPETÊNCIA DESTA CORTE QUE AINDA NÃO SE INAUGUROU. 1. A aceitação de *habeas corpus* impetrado contra decisão que indeferiu liminar em outro *writ* na origem se sujeita aos limites definidos pela Súmula 691, do STF, somente afastados no caso de excepcional situação, o que não ocorre na espécie dos autos. 2. Decisão na origem que manteve a prisão do paciente em face da periculosidade demonstrada pela quantidade de droga apreendida – cento e dez gramas de maconha – e que se coaduna com o entendimento da 5ª Turma externado quando do julgamento do HC nº 226.224, relatado pelo Ministro JORGE MUSSI (DJe de 11.9.12). 3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 288.984/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, DJe 15/04/2014). Ademais, entendo que não estão ausentes os requisitos para a manutenção da constrição cautelar como quis fazer parecer a Defensoria Pública, tendo o magistrado expressamente mencionado que o paciente possui outras anotações por crimes contra o patrimônio, inclusive, ressaltado que esta é a terceira prisão em flagrante em cinco meses (fls. 78/79). A imposição da fiança decorreu, portanto, de uma exigência cautelar apontada ao caso concreto como mais adequada para evitar a prática de novas infrações penais, em consonância com o disposto no art. 282, do CPP. Em que pese o transcurso do tempo ser indicativo de pobreza do paciente, não há como se presumir sua hipossuficiência, razão pela qual considero mais adequado aguardar a apreciação das alegações pelo Tribunal *a quo*. Diante do exposto, em consonância com o disposto no art. 210 do Regimento Interno Superior Tribunal de Justiça, indefiro liminarmente o presente *habeas corpus*. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 19 de novembro de 2014. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) – Relator.

H) MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

HABEAS CORPUS Nº 303.138 – SP (2014/0222118-1) RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA IMPETRANTE: ARMANDO DE MATTOS JUNIOR E OUTROS ADVOGADO: ARMANDO DE MATTOS JUNIOR E OUTRO(S) IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE: JHONATHAN DA SILVA GONCALVES XAVIER (PRESO) DECISÃO Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de JHONATHAN DA SILVA GONCALVES XAVIER, contra decisão unipessoal do Desembargador do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO relator do HC 21357643620148260000. Esclarecem que a gravidade do caso repousaria no fato de o paciente, primário, encontrar-se com a prisão preventiva decretada para garantia de aplicação da lei penal e instrução processual, em regime mais gravoso do que eventual sentença lhe imporá, por falha estatal na tentativa de localizá-lo para realização do interrogatório inquisitivo. Aduzem que o fundamento de fuga e dificuldade de localização seria teratológico, sendo o édito prisional dissociado dos termos da Lei nº 12.403/2011. Daí, advogam ser possível superar o enunciado 691 da Súmula do Pretório Excelso. Frisam que o paciente, com apenas 24 anos de idade e histórico de trabalhador desde 2008 devidamente demonstrado, com residência fixa na cidade de Praia Grande, onde possui um filho, foi apontado como responsável pelo roubo de R\$ 300,00 realizado num posto de gasolina localizado na comarca de Itatiba, ressalta-se, de frente ao local onde o próprio paciente trabalhava. Assinalam que, apesar de identificado em 21 de janeiro, inclusive, pelo apelido “Praia Grande”, somente em 05 de maio de 2014 foi determinada a realização de interrogatório e indiciamento indireto do paciente. Ou seja, somente depois de 05 meses dos fatos é que a Polícia Judiciária teria iniciado tentativa de localização do paciente, porém, este já havia retornado a Praia Grande após o término do vínculo empregatício. Daí, tem-se como açodada a decretação da prisão preventiva. Afirmam que, desconhecendo a existência de processo crime em seu desfavor, o paciente no dia 08 de agosto de 2014 foi detido no POUPATEMPO da cidade de Praia Grande/SP, ao tentar obter a segunda via da cédula de identidade. Aliás, tal fato comprova que ele não estaria se furtando de eventual responsabilidade criminal. Sublinham que, em caso de eventual condenação, o paciente não descontaria a reprimenda em meio fechado, daí a

desproporcionalidade da medida extrema. Alega que eventual necessidade de afastamento de testemunhas pode ser conseguida por cautelar diversa da prisão, como dispõe o art. 319, III, CPP, em que pese resida a 300 quilômetros de distância. Assim, seria de bom alvitre ressaltar que a desobediência possibilitaria a decretação da prisão preventiva, com lastro no art. 282, §4º, CPP. Ao receber a denúncia, foi decretada a prisão preventiva, fl. 121, acolhendo-se a seguinte manifestação ministerial: Não obstante a natureza excepcional da custódia provisória, a contenção da liberdade do denunciado se faz necessária, especialmente para prevenir-se e garantir-se a ordem pública, a aplicação da lei penal e, logicamente, a instrução criminal, inclusive impedindo eventuais novas investidas por parte dele. Mas não é só. O denunciado não foi localizado para seu interrogatório policial, o que justifica ainda mais sua detenção. (fl. 76). Pedida a liberdade provisória, assentou o magistrado: Cuidando-se de pedido de liberdade provisória não fulcrado em fatos novos, permanecem os requisitos que ensejaram a decretação da prisão preventiva. Primeiro, porque o peticionário foi reconhecido pelas vítimas, porque trabalhava na obra da rodovia defronte ao posto, o que se confirma pelos próprios documentos por ele ora juntados. Depois, porque se escafedeu e não foi localizado para ser ouvido sobre a imputação na delegacia. Terceiro, porque, evadindo-se para local distante do distrito da culpa, na certeza da impunidade, por certo jamais seria localizado o réu, mofando nos escaninhos o processo, na forma do artigo 366 do Código de Processo Penal. Por fim, tratando-se de gravíssimo crime de roubo, colocar o réu em liberdade significa fomentar a impunidade, deixar a comunidade em sobressalto, além do perigo de postergar o encerramento do processo. (fl. 121). Impetrada prévia ordem, a liminar foi assim indeferida: VISTOS, ETC. 1) A Advogada CRISTIANE GOMES DE SOUZA impetrou a presente ordem de *HABEAS CORPUS*, em favor de JHONATAN DA SILVA GONÇALVES XAVIER, com pedido de liminar, alegando constrangimento ilegal por parte do MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ITATIBA, consistente na manutenção da prisão cautelar do paciente, no processo nº 0001159-23.2014.8.26.0281, em que ele responde por roubo. Busca o direito de o paciente responder ao processo em liberdade, alegando que a r. decisão padece de fundamentação idônea, além de estarem ausentes os requisitos da prisão preventiva e presentes os da liberdade provisória. Assevera que o paciente é inocente, primário, possuidor de bons

antecedentes, residência fixa, família constituída e ocupação lícita e, caso condenado, poderá se beneficiar com a fixação do regime semiaberto. Por fim, alega ofensa ao princípio da presunção de inocência. 2) Nesta análise preliminar, pelo que consta dos autos, não vislumbro constrangimento ou ilegalidade manifesta, pelo que a liminar fica indeferida. 3) Processe-se, requisitando-se as informações de praxe. Após, dê-se vista dos autos à douta Procuradoria Geral de Justiça e tornem conclusos. (fl. 122). Pedes, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva, ainda que com a fixação de cautelares pessoais alternativas. É o relatório. Por mais que se louve o ingente esforço defensivo, não é viável dar trânsito à presente ordem. Saliento, de proêmio, a impropriedade da via eleita, no contexto da racionalização do emprego do *habeas corpus*. Cai à fiveleta, a propósito, o discurso sempre abalizado do eminente Ministro Gilson Dipp: O ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), advertiu que a utilização indiscriminada do *habeas corpus*, em substituição a outros mecanismos processuais, pode levar à desmoralização do sistema ordinário e até mesmo comprometer a principal missão constitucional da Corte, que é a uniformização da jurisprudência sobre leis federais construída, sobretudo, no julgamento dos recursos especiais. Previsto entre as garantias fundamentais da Constituição, o *habeas corpus* é usado em defesa da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação em sua liberdade de ir e vir, por ilegalidade ou abuso de poder. No entanto, segundo o ministro, esse instituto constitucional vem sendo transformado em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção. Ele sugeriu que, ante a exuberância de impetrações, o STJ considere com mais rigor o uso do *habeas corpus*, por meio da jurisprudência e ao menos no âmbito de sua jurisdição, de modo a admitir tão só os pedidos cujo tema já tivesse sido objeto de exame pelas instâncias ordinárias, ou quando devida e oportunamente prequestionados. Na opinião do ministro, proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade. Gilson Dipp fez essas considerações ao julgar, como relator, mais um dos inúmeros pedidos de *habeas corpus* que se avolumam no STJ. Dessa vez, a ordem havia sido impetrada em favor de Lucio Ruedas Busto, ligado ao narcotráfico internacional controlado pelo Cartel de Juarez, do México, e que foi preso e condenado por lavagem de dinheiro e naturalização falsa no Brasil onde

usava o nome de Ernesto Plascencia San Vicente. (...) A despeito da jurisprudência firme e sólida do STJ e dos demais tribunais do país de reconhecimento do *habeas corpus* como instrumento de proteção das garantias individuais, sendo a própria jurisprudência uma dessas garantias, não foi a primeira vez que o ministro Dipp criticou a enxurrada de *habeas corpus* utilizados como substitutivos de recursos regulares. O que o fez voltar ao tema foi a própria argumentação do impetrante, que recolocou em discussão uma tese que já havia sido apreciada pelo STJ em recurso especial sobre o mesmo caso. (...) Depois de assinalar que o uso legítimo do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis tem sido aceito cada vez mais nos tribunais, Gilson Dipp afirmou que não pretendia desmerecer a jurisprudência, mas apenas defendia limites para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*. Cabe prestigiar a função constitucional excepcional do *habeas corpus*, mas sem desmerecer as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de julgamento e, forçosamente, deslocar para os tribunais superiores o exame de matérias próprias das instâncias ordinárias, declarou o ministro. Segundo ele, parece imperioso evitar a todo custo que a possível sobreposição de instâncias deliberativas diversas, provocada pelas impetrações sobre mesmo tema, com prejuízo para a respeitabilidade e credibilidade das instâncias ordinárias, venha a se constituir em uso discricionário da jurisdição pelas partes, ao seu gosto e no momento que bem lhes parecer. O ministro considerou a ordem impetrada em favor de Lucio Ruedas Busto um exemplo disso, pois o recurso especial, apesar de desdenhado por ter rígidas condições de admissibilidade, constitui, para o STJ, sua precípua finalidade constitucional de padronização da interpretação do direito federal. Para Gilson Dipp, a incessante reiteração de seguidas impetrações, além de imobilizar a jurisprudência da Corte, impede-a de construir seus precedentes com solidez. (Notícia publicada no sítio do Superior Tribunal de Justiça, em 22/02/2011). Conquanto sejam ponderadas as considerações alinhavadas, não é possível, tão somente em razão de um provimento precário do Tribunal de origem, alcançar-se a jurisdição desta Corte Superior. Ao contrário do argumentado, penso não ser o caso de excepcionar-se a aplicação do enunciado sumular 691 do Pretório Excelso, visto que não desponta patente ilegalidade. Com efeito, tem-se que a segregação não foi ordenada/

mantida de maneira absolutamente lacônica. O juízo de suficiência ou não da motivação deduzida nas anteriores instâncias escapa do estreito âmbito de cognição deste átrio processual. Ademais, considerações acerca do princípio da proporcionalidade, à luz de eventual pena em perspectiva, por profundas, não se coadunam com o caráter angusto desta via. Assim, não há espaço para se afirmar a ocorrência de ilegalidade de tal jaez a galgar os píncaros da excepcionalidade. Nesse cenário, não vejo como teriam as anteriores instâncias virado as costas para o princípio da presunção de inocência, nem mesmo para o caráter de *ultima ratio* da prisão preventiva. Daí, numa visão preliminar do feito, não se densifica a plausibilidade para a pronta intervenção judicial desta Corte de Cúpula. Os integrantes deste Tribunal Superior, em situações tais, obliteram a marcha processual *in limine litis*: AgRg no HC 274.058/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 19/12/2013; AgRg no HC 284.442/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 24/02/2014. Ante o exposto, nego seguimento ao *habeas corpus*, com fulcro no artigo 34, XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Cientifique-se o Ministério Público Federal. Publique-se. Brasília, 02 de setembro de 2014. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – Relatora.

E, finalmente, o próprio relator:

I) MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

HABEAS CORPUS Nº 309.134 – SP (2014/0298099-0) RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ IMPETRANTE: ANDREA VALDEVITE ADVOGADO: ANDRÉA VALDEVITE IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE: PAULO JUNIO DA SILVA (PRESO) DECISÃO. PAULO JUNIO DA SILVA, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em face de decisão monocrática prolatada por Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu o pedido urgente formulado em ação constitucional lá manejada (HC nº 2158810-54.2014.8.26.0000). Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, e posteriormente denunciado, pela suposta prática do crime descrito no art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal. O Juízo de primeiro grau, em 8/9/2014, ao homologar o flagrante, decretou a

prisão preventiva do paciente, consoante decisão de fl. 122. Irresignada com o cárcere, a defesa impetrou, perante a Corte de origem, prévio *mandamus*, cujo pedido liminar foi indeferido pelo Desembargador relator. Nas razões deste *writ*, sustenta a impetrante, resumidamente, o não preenchimento dos requisitos autorizadores para a imposição da medida extrema elencados no art. 312 do Código de Processo Penal e a falta de fundamentação concreta do decreto prisional. Afirmo, ainda, ser o réu detentor de profissão definida e endereço fixo, além do que, em caso de eventual condenação, não lhe será aplicada pena superior a quatro anos, aventada a possibilidade de substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos. Requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. Decido. Destaco que a matéria aventada nesta ordem de *habeas corpus* não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, o que impediria sua admissão, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, consoante disciplina a Súmula nº 691 do STF, segundo a qual “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”. No mesmo sentido: AgRg no HC 282.276/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, 5º T., DJe 12.2.2014; HC 258.820/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª T., DJe 28.11.2013; AgRg no HC 246.871/SP, Relatora Ministra Regina Helena Costa, 5ª T., DJe 9.10.2013; AgRg no HC 265.938/SP, Relatora Ministra Assusete Magalhães, 6ª T., 11.10.2013. Permite-se a superação do óbice processual tão somente em casos excepcionais, nos quais a ilegalidade é tão flagrante que não escapa à pronta percepção do julgador, o que não ocorre na hipótese dos autos. Em um juízo perfunctório, não vislumbro, portanto, ilegalidade flagrante a ensejar o conhecimento deste feito. A prisão preventiva do paciente foi decretada pelo juiz natural da causa tendo como motivo (exigência cautelar) a necessidade de resguardar a ordem pública, que, provavelmente, seria colocada em risco se mantida a liberdade plena do paciente. Tal decisão foi confirmada pelo Relator do Tribunal de Justiça de São Paulo. Com efeito, o Magistrado singular apontou a prova material da ocorrência do crime imputado ao paciente, bem assim os indícios que, até o momento, o apontam como autor da conduta ilícita (*fumus comissi delicti*). Ademais, externou motivação sucinta, mas suficiente para justificar a necessidade de manter o paciente cautelarmente privado de sua liberdade, dadas as evidências de que, solto, representa um risco concreto

de dano à ordem pública, o que configura o *periculum libertatis*. Para tanto, o juiz de primeiro grau asseverou que “o acusado ostenta antecedentes criminais relacionados a crimes contra o patrimônio. Consta ainda que estaria em liberdade provisória no momento da prisão em flagrante.” (fl. 122, destaquei.) O Desembargador Relator do feito na origem, por sua vez, chancelou o *decisum*, destacando que “não se verifica, no caso em análise, os requisitos necessários, devendo-se aguardar o julgamento do *habeas corpus* pela Turma Julgadora.” (fl. 14) Como visto, foi indicado que o paciente ostenta antecedentes pela prática de crimes contra o patrimônio, além de estar em gozo de liberdade provisória, por ocasião do flagrante que deu origem à ordem de prisão ora debatida. Desse modo, verifico que a decisão liminar, que chancela a decretação da prisão preventiva do réu, indicou motivação idônea para manter a menor no cumprimento da medida mais gravosa. Assim, não verifico ilegalidade flagrante no indeferimento do pedido de urgência pelo Tribunal estadual, que autorize a mitigação da Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não há espaço para a imediata interferência deste Superior Tribunal de Justiça. À vista do exposto, nos termos do art. 210 do RISTJ, indefiro liminarmente este *habeas corpus*. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 17 de novembro de 2014.

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ – Relator

HABEAS CORPUS Nº 229.509 – MG (2011/0310931-0) RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ IMPETRANTE: FERNANDO DA CUNHA MENEZES E OUTRO IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS PACIENTE: JOSÉ EDUARDO DOS SANTOS (PRESO) DECISÃO. JOSÉ EDUARDO DOS SANTOS, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em face de decisão monocrática proferida pelo Desembargador Relator Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que indeferiu o pleito de urgência na ação constitucional lá ajuizada (HC nº 301.11.004748-9). Os impetrantes alegam que o paciente teve suspenso o cumprimento da pena em regime semiaberto, em razão da prática de falta grave, sem a observância do devido processo legal. Requerem, assim, “a suspensão da falta grave até decisão de mérito objetivando que o reeducando restabeleça o direito da saída temporária comum e natalina” (fl. 9). Decido. Consoante informações disponibilizadas na página de internet da Corte local, o mérito do *habeas corpus* originário foi julgado em 8/3/2012, em decisão assim ementada: **HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO DE REGIME. MATÉRIA**

PENDENTE DE JULGAMENTO. A interposição de recurso de maior amplitude (agravo em execução) não recomenda a análise da mesma questão em sede de *habeas corpus*, incidindo o princípio da unicidade. Desse modo, ao sobrevir novo título judicial o julgamento do *writ* impetrado na origem, que eventualmente poderá ser impugnado mediante nova impetração, é forçoso concluir pela prejudicialidade deste *habeas corpus*. Neste sentido: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA O INDEFERIMENTO DE LIMINAR, EM WRIT IMPETRADO EM 2º GRAU. PROCESSAMENTO DO FEITO. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO DO WRIT ORIGINÁRIO, NO TRIBUNAL DE ORIGEM. PERDA DE OBJETO. JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. A Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, plenamente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, afirma a impossibilidade de utilização do *habeas corpus* contra decisão de Relator que, em *writ* impetrado perante o Tribunal de origem, indeferiu o pedido de liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, sob pena de supressão de instância. II. Na hipótese, a despeito de se tratar de *writ* impetrado contra decisão monocrática que indeferiu pedido de liminar, no *habeas corpus* originário, determinou-se o processamento do feito, colhendo informações e determinando a vista dos autos à PGR, para posterior exame a respeito da superação da Súmula 691/STF. III. Todavia, diante das informações prestadas pelo Tribunal *a quo*, dando conta do julgamento do mérito do *habeas corpus* originário, oportunidade em que foi denegada a ordem, o presente *writ* foi julgado prejudicado, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “A superveniência do julgamento do *writ* originário, que denegou a ordem, faz com que estejam superados os fundamentos desta impetração, que deve ser examinada nos limites de sua propositura, isto é, contra o indeferimento da medida urgente” (STJ, HC 124376/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 10/05/2012). IV. Existindo, portanto, novo ato – o julgamento colegiado do *writ* –, que constitui outro título judicial, que poderá, eventualmente, ser impugnado mediante nova impetração, não há como negar a prejudicialidade do presente *habeas corpus*. V. Agravo Regimental improvido. (AgRg no HC 265.938/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 6ª T., DJe 11/10/2013) Cabe transcrever, ainda, precedente do STF: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA

DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINARMENTE *HABEAS CORPUS* NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CUJO OBJETO FOI DECISÃO DE INDEFERIMENTO DE MEDIDA LIMINAR EM TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. SUPERVENIÊNCIA DE ACÓRDÃO QUE SUBSTITUIU A DECISÃO MONOCRÁTICA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. 1. Os Impetrantes, subscritores deste recurso, questionaram a decisão monocrática do Ministro Adilson Vieira Macabu, Relator do *habeas corpus* nº 227.930, impetrado no Superior Tribunal de Justiça, cujo objeto era o indeferimento da medida liminar requerida no *habeas corpus* nº 2011.016729-4, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Essa decisão, base da controvérsia que ensejou a impetração de *habeas corpus* neste Supremo Tribunal, não mais existe, pois substituída pelo julgamento de mérito havido no Tribunal de Justiça potiguar. 2. Agravo regimental prejudicado. (HC nº 111804 AgR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 1ª T., DJe 4/6/2012). À vista do exposto, com fundamento nos artigos 38 da Lei nº 8.038/1990 e 34, XI, do RISTJ, julgo prejudicado este *habeas corpus*. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 18 de novembro de 2014.

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ – Relator

Assim, por entender que, realmente, o papel desta Corte é trazer segurança jurídica, sinto que é indispensável que haja coerência decisória, cristalizando o Superior Tribunal sua função nomofilática, como já se assentou: *Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião da legislação federal (e, portanto, de seu intérprete oficial), a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. Deu-lhe, também, como missão específica, a de dirimir as divergências dos tribunais locais na interpretação da lei federal, criando, para isso, até mesmo uma específica hipótese de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III, c). Portanto, a partir de 1988, criou-se no País um tribunal superior com a função (importante para a manutenção do princípio da isonomia e do próprio princípio federativo) de uniformização da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar nomofilática (entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei), destinada a aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme, funções essas com finalidades “que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente” (CALAMANDREI, Piero. La Casación Civil. Tomo II, tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 104) – REsp 1063310/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 20/08/2008.*

Ante o exposto, sem desdouro das opiniões divergentes, nego seguimento ao *habeas corpus*.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0198464-6

PROCESSO ELETRÔNICO HC 301.135/SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00083836620148260554 21259067820148260000 7812014
83836620148260554

EM MESA JULGADO: 21/10/2014

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: GIANCARLO SILKUNAS VAY

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: J.C.P.C. (INTERNADO)

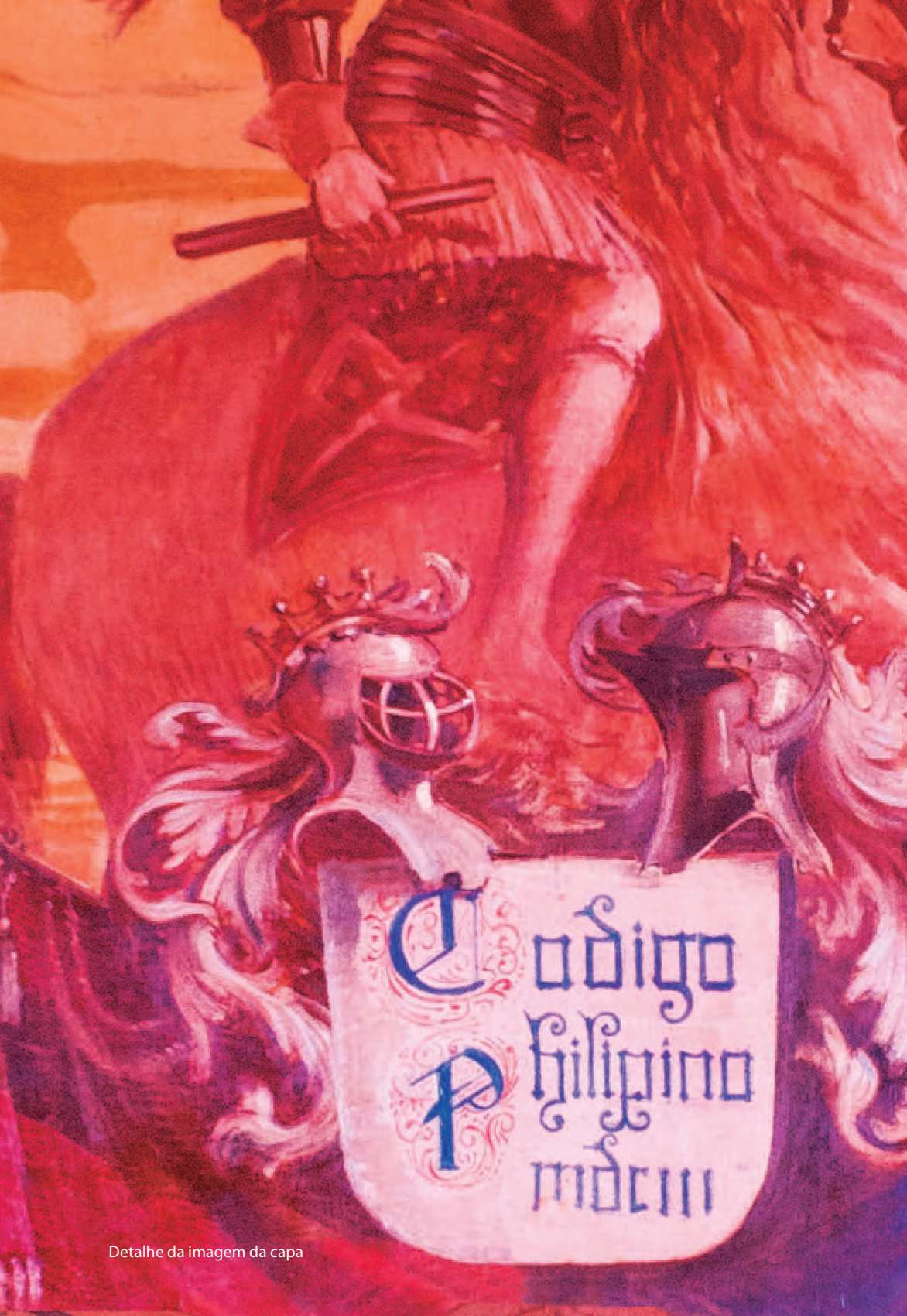
ASSUNTO: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – Ato Infracional – Contra
o Patrimônio – Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

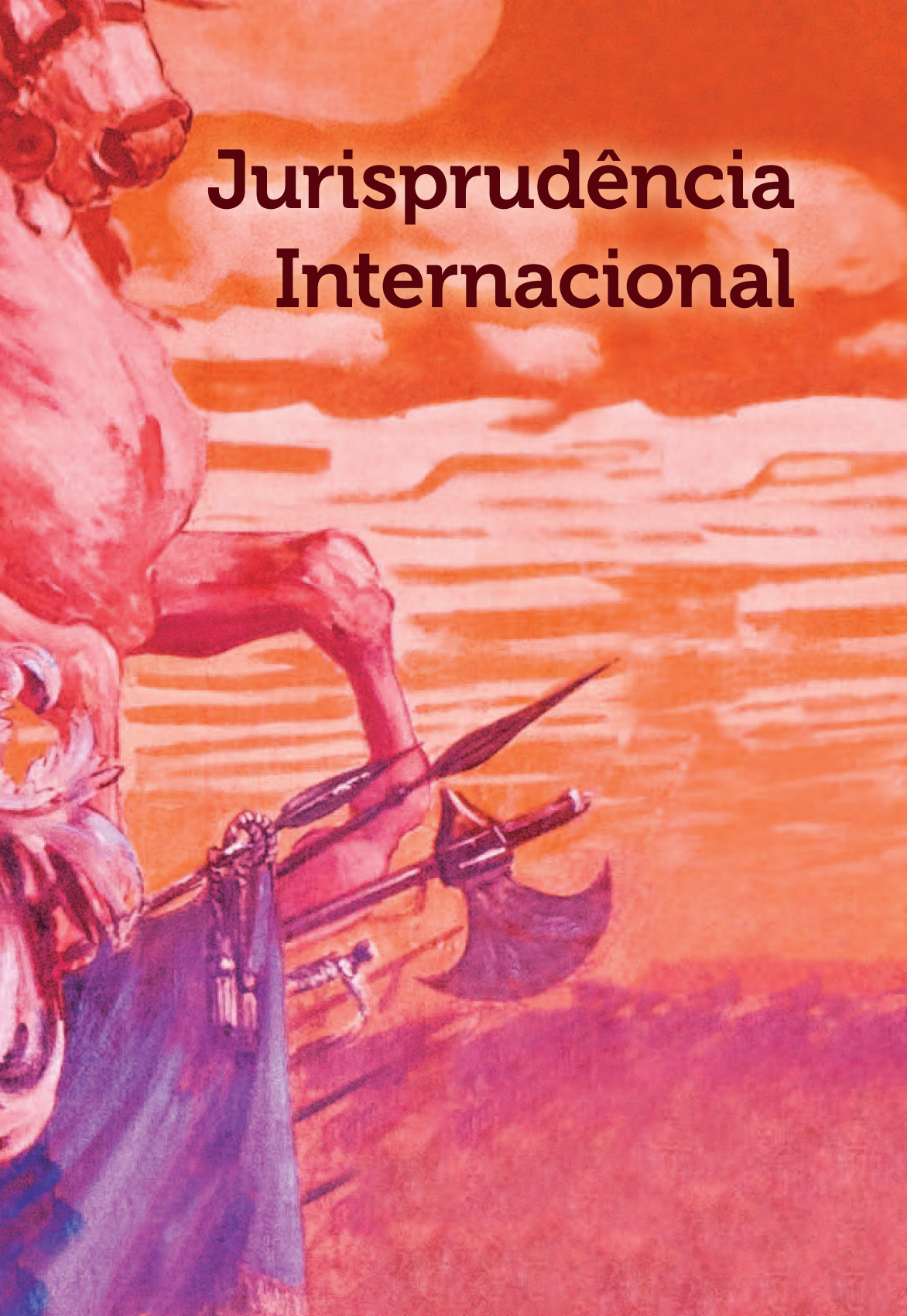
A Sexta Turma, por maioria, não conheceu do pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura que negava seguimento à impetração sem exame de mérito.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência Internacional



Nota Introdutória

O Pacto de San José da Costa Rica e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 22 de novembro de 1969, reconheceu uma série de direitos que devem ser respeitados pelos Estados-Partes e, de acordo com o seu art. 2º, se o exercício desses direitos ainda não estivesse garantido por comandos legislativos ou de outra natureza, tais Estados comprometer-se-iam a adotar as medidas necessárias para torná-los efetivos.

Com a finalidade de dar efetividade aos compromissos assumidos pelos Estados-Partes, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispôs sobre o funcionamento de dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão representa todos os membros da Organização dos Estados Americanos e tem, como principal função, promover a observância e a defesa dos direitos humanos. No Sistema Interamericano, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação à Convenção por um Estado-Parte. Admitida a petição, a Comissão buscará uma solução amigável, atuando como um órgão político de solução de controvérsias. Frustrada a conciliação, a Comissão se posicionará de modo favorável ou desfavorável à demanda. Caso seja favorável, estabelecerá um prazo para que o Estado-Parte tome as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada. Se ainda assim o Estado-Parte quedar-se inerte, poderá a Comissão submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte, por sua vez, tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e à aplicação das disposições da Convenção, que lhe seja submetido pelos Estados-Partes ou pela Comissão e, quando decidir que houve violação de direito, determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do direito violado, sem prejuízo da reparação dos danos sofridos. Pode, ainda, em casos de extrema gravidade e urgência, e quando tal se fizer necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas, tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes.

Desde o ingresso do Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o País já foi condenado quatro vezes por violações de direitos humanos. Na Revista nº 55, apresentamos o caso *Escher e outros versus Brasil*, referente à violação, entre outros direitos, de garantias judiciais, tendo em vista a realização de interceptações telefônicas ilegais. Na Revista nº 56, apresentamos o caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, referente ao desaparecimento de integrantes da Guerrilha do Araguaia durante as operações militares na década de 1970. Nesta edição, trazemos o Caso *Ximenes Lopes*, em que um portador de deficiência mental faleceu após três dias da sua internação na Casa de Repouso Guararapes, no Município de Sobral, Estado do

Ceará, centro de atendimento psiquiátrico privado, que operava no âmbito do sistema público de saúde do Brasil, pelas supostas condições desumanas e degradantes da sua internação. O Brasil foi condenado ao pagamento de indenizações por danos materiais e imateriais, bem como a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

CASO XIMENES LOPES *VERSUS* BRASIL SENTENÇA DE 4 DE JULHO DE 2006 (Mérito, Reparações e Custas)

No caso *Ximenes Lopes*,

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte Interamericana”, “Corte” ou “Tribunal”), integrada pelos seguintes juízes*:

Presidente: Sergio García Ramírez

Vice-Presidente: Alirio Abreu Burelli

Juiz: Antônio Augusto Cançado Trindade

Juíza: Cecilia Medina Quiroga

Juiz: Manuel E. Ventura Robles

Juiz: Diego García-Sayán

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e

Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

de acordo com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção Americana” ou “Convenção”) e com os artigos 29, 31, 53.2, 56 e 58 do Regulamento da Corte (doravante denominado “Regulamento”), profere a seguinte Sentença.

I

INTRODUÇÃO DA CAUSA

1. Em 1º de outubro de 2004, em conformidade com o disposto nos artigos 50 e 61 da Convenção Americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão Interamericana” ou “Comissão”) submeteu à Corte uma demanda contra a República Federativa do Brasil (doravante denominado “Estado” ou “Brasil”), a qual se originou na denúncia nº 12.237, recebida na Secretaria da Comissão em 22 de novembro de 1999.

* O Juiz Oliver Jackman informou à Corte que, por motivo de força maior, não poderia estar presente na deliberação e assinatura desta Sentença.

2. A Comissão apresentou a demanda neste caso com o objetivo de que a Corte decidisse se o Estado era responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4º (Direito à Vida), 5º (Direito à Integridade Pessoal), 8º (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, com relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes (doravante denominado “senhor Damião Ximenes Lopes”, “senhor Ximenes Lopes” ou “suposta vítima”), portador de deficiência mental, pelas supostas condições desumanas e degradantes da sua hospitalização; pelos alegados golpes e ataques contra a integridade pessoal de que se alega ter sido vítima por parte dos funcionários da Casa de Repouso Guararapes (doravante denominada “Casa de Repouso Guararapes” ou “hospital”); por sua morte enquanto se encontrava ali submetido a tratamento psiquiátrico; bem como pela suposta falta de investigação e garantias judiciais que caracterizam seu caso e o mantém na impunidade. A suposta vítima foi internada em 1º de outubro de 1999 para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, um centro de atendimento psiquiátrico privado, que operava no âmbito do sistema público de saúde do Brasil, chamado Sistema Único de Saúde (doravante denominado “Sistema Único de Saúde” ou “SUS”), no Município de Sobral, Estado do Ceará. O senhor Damião Ximenes Lopes faleceu em 4 de outubro de 1999 na Casa de Repouso Guararapes, após três dias de internação.

3. Acrescentou a Comissão que os fatos deste caso se veem agravados pela situação de vulnerabilidade em que se encontram as pessoas portadoras de deficiência mental, bem como pela especial obrigação do Estado de oferecer proteção às pessoas que se encontram sob o cuidado de centros de saúde que integram o Sistema Único de Saúde do Estado. A Comissão, por conseguinte, solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação citadas na demanda e o ressarcimento das custas e gastos.

II COMPETÊNCIA

4. A Corte é competente, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, para conhecer deste caso, em virtude de que Brasil é Estado Parte na Convenção Americana desde 25 de setembro de 1992 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998.

III PROCEDIMENTO PERANTE A COMISSÃO

5. Em 22 de novembro de 1999, Irene Ximenes Lopes Miranda (doravante denominada “peticionária”) apresentou petição à Comissão Interamericana contra o Brasil, em que denunciou os fatos ocorridos em detrimento de seu irmão Senhor Damião Ximenes Lopes.

6. Em 14 de dezembro de 1999, a Comissão iniciou a tramitação da petição sob o nº 12.237 e solicitou que o Estado informasse sobre “qualquer elemento de juízo que permiti[sse] à Comissão verificar se, no caso, foram ou não esgotados os recursos da jurisdição interna, para o que a Comissão concedeu ao Estado um prazo de 90 dias”.

7. Em 9 de outubro de 2002, no decorrer de seu Centésimo Décimo Sexto Período Ordinário de Sessões, a Comissão, considerando a posição da peticionária e a falta de resposta do Estado, aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 38/02, encaminhado à peticionária e ao Estado em 25 de outubro de 2002.

8. Em 8 de maio de 2003, a Comissão se colocou à disposição das partes para o procedimento de solução amistosa.

9. Em 17 de outubro de 2003, a Comissão recebeu comunicação da peticionária em que solicitava que se considerasse o Centro de Justiça Global como copeticionário no caso (doravante denominados “peticionários”).

10. Em 8 de outubro de 2003, por ocasião de seu Centésimo Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito nº 43/03, mediante o qual concluiu, *inter alia*, que o Estado era responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 5º (Direito à integridade pessoal), 4º (Direito à vida), 25 (Proteção judicial) e 8º (Garantias judiciais) da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, no que se refere à hospitalização de senhor Damião Ximenes Lopes em condições desumanas e degradantes, às violações a sua integridade pessoal e ao seu assassinato, bem como às violações da obrigação de investigar, do direito a um recurso efetivo e das garantias judiciais relacionadas com a investigação dos fatos. A Comissão recomendou ao Estado a adoção de uma série de medidas para reparar as mencionadas violações.

11. Em 31 de dezembro de 2003, a Comissão Interamericana encaminhou o Relatório de Mérito nº 43/03 ao Estado e fixou o prazo de dois meses para que informasse sobre as medidas adotadas com vistas ao cumprimento das recomendações nele formuladas. Nesse mesmo dia, a Comissão deu ciência aos peticionários da aprovação do relatório e seu encaminhamento ao Estado e solicitou-lhes que informassem sua posição quanto a que fosse o caso submetido à Corte Interamericana.

12. Em 8 de março de 2004, a Comissão recebeu comunicação dos peticionários, em que declararam que era “extremamente importante o envio do caso à Corte Interamericana[...] uma vez que o Estado, apesar de poucas e eventuais ações pertinentes ao caso, não cumpriu as três recomendações dessa Egrégia Comissão, no relatório dirigido ao Estado em 31 de dezembro de 2003”.

13. Em 17 de março e 18 de junho de 2004, o Estado solicitou à Comissão a concessão de prorrogações para “implementar as recomendações” do Relatório de Mérito nº 43/03. As prorrogações foram concedidas. Em ambas as ocasiões o Estado aceitou de forma expressa e irrevogável que a concessão das prorrogações suspendia o prazo fixado no artigo 51.1 da Convenção para a apresentação de casos à Corte.

14. Em 23 de setembro de 2004, o Estado apresentou um relatório parcial sobre a implementação das recomendações da Comissão e, no dia 29 de setembro seguinte, doze dias depois de vencido o prazo concedido, o Estado apresentou outra comunicação de que constava a contestação ao Relatório de Mérito expedido pela Comissão.

15. Em 30 de setembro de 2004, a Comissão decidiu submeter este caso à Corte.

IV

PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

16. Em 1º de outubro de 2004, a Comissão apresentou a demanda à Corte, anexou prova documental e ofereceu prova testemunhal e pericial. A Comissão designou como delegados José Zalaquett e Santiago A. Canton e como assessores jurídicos Ignacio Álvarez, Ariel Dulitzky, Víctor Madrigal Borloz e Lilly Ching.¹ Em 29 de outubro de 2004, a Comissão encaminhou a demanda no idioma português.

17. Em 3 de novembro de 2004, a Secretaria da Corte (doravante denominada “Secretaria”), depois de o Presidente da Corte (doravante denominado “Presidente”) ter realizado o exame preliminar da demanda, notificou-a, juntamente com seus anexos, ao Estado, informando-o sobre os prazos para contestá-la e designar sua representação no processo.

18. Em 3 de novembro de 2004, em conformidade com o disposto no artigo 35.1.e do Regulamento, a Secretaria notificou a demanda ao Centro de Justiça Global, designado na demanda como representante da suposta vítima e seus familiares² (doravante denominados “representantes”), ao qual informou que dispunha de um prazo de dois meses para apresentar seu escrito de solicitações, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de solicitações e argumentos”).

19. Em 3 de dezembro de 2004, o Estado comunicou a designação de Virgínia Charpinel Junger Cestari como Agente e salientou que se reservava a prerrogativa de indicar oportunamente outros representantes para atuar no referido caso.³

20. Em 14 de janeiro de 2005, os representantes apresentaram seu escrito de solicitações e argumentos, ao qual anexaram prova documental e ofereceram prova testemunhal e pericial. Os representantes salientaram que o Estado não cumprira as obrigações relativas à garantia dos direitos tutelados nos artigos 4º (Direito à vida) e 5º (Direito à integridade pessoal), com relação ao artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes. Salientaram também que o Estado havia violado os direitos consagrados nos artigos 8º (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção e a obrigação disposta no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) desse tratado, em detrimento do

¹ Durante a tramitação do caso a Comissão realizou mudanças na designação de seus representantes perante a Corte.

² Durante a tramitação do caso realizaram-se mudanças na designação dos representantes da suposta vítima e seus familiares perante a Corte.

³ Durante a tramitação do caso o Estado realizou mudanças na designação de seus representantes perante a Corte.

senhor Damião Ximenes Lopes e seus familiares. Solicitaram ademais à Corte que ordenasse o pagamento de danos materiais e imateriais, que ordenasse medidas de não repetição e o reembolso das custas e gastos.

21. Em 8 de março de 2005, o Estado apresentou o escrito mediante o qual interpôs uma exceção preliminar, a contestação da demanda e suas observações sobre o escrito de solicitações e argumentos (doravante denominado “escrito de contestação da demanda”), ao qual anexou prova documental e ofereceu prova testemunhal e pericial.

22. Em 29 de março de 2005, o Estado designou aos senhores Murilo Vieira Komniski, Renata Lúcia de Toledo Pelizón, Carolina Campos de Melo e Cristina Timponi Cambiaghi como Agentes Assistentes.

23. Em 6 de maio de 2005, os representantes e a Comissão apresentaram suas alegações escritas à exceção preliminar interposta pelo Estado. Os representantes ressaltaram que a exceção interposta pelo Estado era absolutamente extemporânea e dela não devia conhecer a Corte. Por sua vez, a Comissão destacou que “[...] não existe razão alguma para reabrir a questão da admissibilidade e [que a Corte] rejeite expressamente a exceção interposta pelo Estado; ou alternativamente, [...] que a decisão sobre a admissibilidade emitida pela Comissão neste caso é conforme com as normas convencionais pertinentes e, por conseguinte, não é admissível a exceção reivindicada pelo Estado”.

24. Em 22 de setembro de 2005, o Presidente expediu uma resolução mediante a qual solicitou que o senhor Milton Freire Pereira, proposto como testemunha pelos representantes, e os senhores José Jackson Coelho Sampaio, Pedro Gabriel Godinho Delgado, Braz Geraldo Peixoto, Jurandir Freire Costa, Domingos Sávio do Nascimento Alves, Benilton Bezerra Júnior e Luís Fernando Farah Tófoli, propostos como testemunhas pelo Estado, oferecessem seu depoimento mediante declarações prestadas perante notário público (*affidavift*). Requereu também que os senhores Eric Rosenthal e João Baptista Breda, propostos como peritos pela Comissão, e o senhor Dalmo de Abreu Dallari, proposto como perito pelos representantes, apresentassem seus pareceres por meio de declarações prestadas perante notário público (*affidavift*). O Presidente concedeu às partes prazo até 24 de outubro de 2005 para a apresentação de todas as declarações prestadas perante notário público (*affidavift*). Na referida Resolução, ademais, o Presidente convocou a Comissão, os representantes e o Estado para uma audiência pública que se realizaria na sede da Corte Interamericana a partir de 30 de novembro de 2005, para ouvir suas alegações finais orais sobre a exceção preliminar e eventuais mérito, reparações e custas, bem como os depoimentos da senhora Irene Ximenes Lopes Miranda e do senhor Francisco das Chagas Melo, propostos pela Comissão, do senhor João Alfredo Teles, proposto pelos representantes, e dos senhores Luiz Odorico Monteiro de Andrade e Emílio de Medeiros Viana, propostos pelo Estado, bem como o laudo da perita Lídia Dias Costa, proposta pelos representantes. Por último, a Corte informou às partes que dispunham de um prazo improrrogável até 9 de janeiro de 2006 para apresentar suas alegações finais escritas com relação à exceção preliminar e eventuais mérito, reparações e custas.

25. Em 13 de outubro de 2005, o Estado comunicou que designava o senhor Milton Nunes Toledo Junior como novo Agente, em substituição à senhora Virgínia Charpinel Junger Cestari.

26. Em 24 de outubro de 2005, a Comissão apresentou o laudo rendido perante notário público pelo senhor Eric Rosenthal. Em 27 de outubro de 2005, a Comissão informou que desistia da apresentação do laudo que seria apresentado pelo senhor João Batista Breda.

27. Em 27 de outubro de 2005, o Estado enviou as declarações com firma autenticada por notário público dos senhores José Jackson Coelho de Sampaio, Braz Geraldo Peixoto, Domingos Sávio do Nascimento Alves e Luís Fernando Farah de Tófoli. Informou, ademais, que o senhor Emílio de Medeiros Viana estava impedido legalmente de prestar depoimento, uma vez que a legislação interna brasileira “proíbe aos magistrados emitirem opinião sobre o processo que esteja sob sua responsabilidade” e enviou uma declaração prestada pelo referido senhor, com firma autenticada por notário público. O Estado solicitou, por conseguinte, a substituição do senhor Emílio de Medeiros Viana pelo senhor Gabriel Godinho Delgado, para que o último comparecesse como testemunha na mencionada audiência pública. Finalmente, o Estado informou que desistia de apresentar as declarações dos senhores Jurandir Freire Costa e Benilton Bezerra Júnior.

28. Em 28 de outubro de 2005, os representantes apresentaram a declaração com firma autenticada por notário público prestada pelo senhor Milton Freire Pereira.

29. Em 9 de novembro de 2005, a Comissão apresentou suas observações sobre as declarações das testemunhas e os laudos dos peritos encaminhados pelo Estado e pelos representantes, bem como sobre a solicitação de substituição de uma testemunha pelo Estado. A Comissão observou que a declaração do senhor José Jackson Coelho Sampaio “não é na realidade um depoimento [...], mas equivale na realidade a um relatório pericial” e que “ele não foi convocado como perito pelo Tribunal”. A Comissão estimou, portanto, que as conclusões ou opiniões do senhor Coelho Sampaio não devem ser consideradas como prova e que o Tribunal não deve considerar os demais elementos de sua declaração como prova suficiente para, por si só, conferir credibilidade a fato algum no processo. No que se refere à substituição da testemunha proposta pelo Estado, a Comissão considerou que, mesmo que a testemunha, Emílio de Medeiros Viana, não comparecesse à audiência, o Estado já havia apresentado sua declaração por escrito, de modo que “o que houve foi uma mudança na modalidade de declaração da testemunha [...], motivo por que não procederia substituí-la”. Não apresentou observações quanto às declarações dos senhores Braz Geraldo Peixoto, Domingos Sávio do Nascimento Alves, Luís Fernando Farah Tófoli e Milton Freire Pereira, mas mencionou que se reservava o direito de fazer observações em oportunidades processuais futuras.

30. Em 9 de novembro de 2005, os representantes apresentaram suas observações sobre as declarações das testemunhas e os laudos dos peritos enviados pela Comissão e pelo Estado. Os representantes declararam, quanto à solicitação do Estado de que

a Corte admitisse como prova a declaração do senhor Emílio de Medeiros Viana, que ela não devia ser acolhida, uma vez que este senhor se encontrava impedido pelas normas do direito interno de prestar depoimento sobre o caso. Os representantes também fizeram objeções à substituição da testemunha Medeiros Viana por Pedro Gabriel Godinho Delgado, proposta pelo Estado, por considerar que não se justificava e provocava um desequilíbrio processual entre as partes, que lhes poderia causar prejuízos. Os representantes fizeram algumas observações sobre as declarações prestadas pelos senhores José Jackson Coelho Sampaio, Domingos Sávio do Nascimento, Alves Braz Geraldo Peixoto e Luís Fernando Farah de Tófoli. Em 11 de novembro de 2005, os representantes apresentaram o parecer do senhor Dalmo de Abreu Dallari.

31. Em 18 de novembro de 2005, o Estado designou o senhor Sérgio Ramos de Matos Brito como Agente Assistente e solicitou que a Corte se pronunciasse na audiência pública sobre a exceção preliminar de não esgotamento dos recursos internos interposta pelo Estado (par. 21 *supra*).

32. Em 24 de novembro de 2005, a Corte emitiu uma Resolução, mediante a qual convocou o senhor Pedro Gabriel Godinho Delgado, proposto pelo Estado, para que comparecesse como testemunha à audiência pública marcada para 30 de novembro de 2005 (par. 24 *supra*).

33. Em 29 de novembro de 2005, a Corte emitiu uma Resolução, mediante a qual resolveu determinar que seu Presidente, Juiz Sergio García Ramírez, seu Vice-Presidente, Juiz Alirio Abreu Burelli, o Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, a Juíza Cecilia Medina Quiroga e o Juiz Manuel E. Ventura Robles comparecessem à audiência pública convocada no presente caso (par. 24 *supra*).

34. Nos dias 30 de novembro e 1º de dezembro de 2005, foi celebrada a audiência pública à qual compareceram: a) pela Comissão Interamericana: os senhores Florentín Meléndez, Ignacio J. Álvarez, Víctor Madrigal Borlotz, Leonardo Jun Ferreira Hidaka e a senhora Lilly Ching; b) pelos representantes: os senhores James Louis Cavallaro e Fernando Delgado e as senhoras Renata Verônica Côrtes de Lira e Deborah Popowski; c) pelo Estado: os senhores Milton Nunes de Toledo Junior, Francisco Soares Alvim Neto, Christiano Sávio Barros Figuerôa, Alfredo Schechtmann e Alexandre Pinto Moreira e as senhoras Maria Luiza Ribeiro Viotti, Carolina Campos de Melo, Renata Lucia de Toledo Pelizon e Márcia Adorno Ramos. A audiência pública dividiu-se em duas partes. Na primeira parte o Estado, a Comissão e os representantes se referiram à exceção preliminar interposta pelo Estado.

35. Nesse mesmo dia, 30 de novembro de 2005, a Corte proferiu Sentença sobre a exceção preliminar, na qual resolveu:

1. Desestimar a exceção preliminar de não esgotamento dos recursos internos interposta pelo Estado.
2. Continuar com a celebração da audiência pública convocada mediante Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de setembro de 2005, assim como [com] os demais atos

processuais relativos ao mérito e eventuais reparações e custas no presente caso.

[...]

36. A Sentença sobre a Exceção Preliminar foi notificada às partes e passou-se à realização da segunda parte da audiência pública. O Estado manifestou inicialmente seu reconhecimento de responsabilidade internacional pela violação dos artigos 4º e 5º da Convenção Americana neste caso (par. 63 e 66 *infra*). A esse respeito, tanto a Comissão quanto os representantes se referiram ao reconhecimento do Estado (par. 64 e 65 *infra*). A Corte decidiu em seguida dar continuidade à audiência pública, a fim de ouvir os depoimentos e laudos periciais das pessoas que haviam sido convocadas a comparecer perante o Tribunal e as alegações finais relacionadas com o mérito e as eventuais reparações e custas, levando em conta o reconhecimento de responsabilidade declarado pelo Estado. A testemunha João Alfredo Teles Melo apresentou alguns documentos ao prestar sua declaração. Durante a audiência pública também os representantes e o Estado apresentaram alguns documentos.

37. Em 23 de dezembro de 2005, a Comissão apresentou suas alegações finais escritas. Em 4 de janeiro de 2006, a Comissão enviou os anexos dessas alegações e salientou que se referiam a documentos preparados posteriormente à apresentação da demanda e que, por conseguinte, constituíam prova superveniente, em conformidade com o artigo 44.3 do Regulamento.

38. Em 9 de janeiro de 2006, os representantes e o Estado enviaram suas alegações finais escritas.

39. Em 13 de junho de 2006, a Secretaria solicitou à Comissão, aos representantes e ao Estado, obedecendo a instruções do Presidente, de acordo com o artigo 45 do Regulamento, diversos documentos como prova para melhor resolver.

40. Em 22 e 26 de junho de 2006, a Comissão e os representantes, respectivamente, remeteram parte da prova para melhor resolver. Em 26 e 28 de junho de 2006, o Estado apresentou parte da prova para melhor resolver.

V PROVA

41. Antes de examinar as provas oferecidas, a Corte realizará, à luz do disposto nos artigos 44 e 45 do Regulamento, algumas considerações constantes da própria jurisprudência do Tribunal e pertinentes a este caso.

42. Em matéria probatória rege o princípio do contraditório, que respeita o direito de defesa das partes. Este princípio figura no artigo 44 do Regulamento, no que concerne à oportunidade em que deve ser oferecida a prova para que haja igualdade entre as partes.⁴

⁴ Cf. *Caso Baldeón García*. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C, nº 147, par. 60; *Caso Comunidad Indígena*

43. Segundo a prática do Tribunal, no início de cada etapa processual as partes devem declarar que provas oferecerão na primeira oportunidade que lhes seja concedida para se pronunciar por escrito. Ademais, no exercício dos poderes discricionários contemplados no artigo 45 de seu Regulamento, a Corte ou seu Presidente poderão solicitar às partes elementos probatórios adicionais como prova para melhor resolver, sem que isso se traduza em nova oportunidade para ampliar ou complementar as alegações, a não ser que o Tribunal o permita expressamente.⁵

44. A Corte salientou, quanto ao recebimento e valoração da prova, que os procedimentos seguidos perante ela não estão sujeitos às mesmas formalidades que as atuações judiciais internas e que a incorporação de determinados elementos ao acervo probatório deve ser efetuada dispensando-se especial atenção às circunstâncias do caso concreto e tendo presentes os limites que impõe o respeito à segurança jurídica e ao equilíbrio processual das partes. A Corte tem considerado, ademais, que a jurisprudência internacional, ao considerar que os tribunais internacionais têm o poder de apreciar e avaliar as provas segundo as normas da crítica sã, não fixou de maneira rígida o *quantum* da prova necessária para fundamentar uma sentença. Este critério é especialmente válido com relação aos tribunais internacionais de direitos humanos, os quais dispõem, para efeitos da determinação da responsabilidade internacional de um Estado pela violação de direitos da pessoa, de ampla flexibilidade na avaliação da prova a eles apresentada sobre os fatos pertinentes, de acordo com as regras da lógica e com base na experiência.⁶

45. Com fundamento no acima exposto, a Corte procederá a examinar e valorar os elementos probatórios documentais enviados pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado, em diversas oportunidades processuais ou como prova para melhor resolver, a eles solicitados pelo Presidente, que constituem em seu todo o acervo probatório deste caso. Para essa finalidade, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica sã, dentro do marco legal correspondente.

A) PROVA DOCUMENTAL

46. Os representantes encaminharam uma declaração testemunhal, o Estado remeteu quatro declarações testemunhais e a Comissão enviou um laudo pericial, todos apresentados mediante declarações com firma autenticada, exceto o laudo do perito proposto pela Comissão, que foi rendido perante notário público, em atendimento ao disposto pelo Presidente em sua Resolução de 22 de setembro de 2005 (par. 24 *supra*). Essas declarações e o parecer são resumidos abaixo.

Sawhoyamaxa. Sentença de 29 de março de 2006. Série C, nº 146, par. 30; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C, nº 144, par. 183.

⁵ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 61; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa*, nota 4 *supra*, par. 31; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 184.

⁶ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 62; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa*, nota 4 *supra*, par. 32; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 185.

1. Declaração Proposta pelos Representantes:

a) Milton Freire Pereira, Ex-paciente de Instituições Psiquiátricas

Durante dez anos foi paciente de instituições psiquiátricas e atualmente é diretor do Instituto Franco Basaglia e membro do “Movimento Antimanicomial”. Tem ainda fortes lembranças dos quartos de hospitais em que esteve internado e dos eletrochoques que recebeu. Sua reabilitação ocorreu fora dos hospitais.

Causou-lhe grande tristeza a degradante e humilhante morte do senhor Damião Ximenes Lopes. Sua morte se circunscreve na cultura de mortificação existente com relação às pessoas que padecem de doenças mentais. Existe uma crença de que não se pode curar a doença mental, o que é consequência da segregação, clausura, violência e ausência de vínculos sociais a que são submetidas aquelas pessoas.

A atenção de saúde mental no Estado mudou muito com implementação dos serviços substitutivos do modelo do hospital psiquiátrico. No atual modelo existe participação multidisciplinar de profissionais como psicólogos, assistentes sociais e terapeutas ocupacionais. Entretanto, a hegemonia do modelo manicomial centrado nos hospitais ainda permanece. Esse modelo continua matando, escravizando e evitando para sempre, as pessoas que necessitam de atenção de saúde mental, a participação no seu próprio tratamento, sem possibilidade de reabilitar-se.

2. Declarações Propostas pelo Estado:

a) José Jackson Coelho Sampaio, Médico Psiquiatra

Desde o ano 1962 até o ano 1991, a assistência psiquiátrica se dava mediante a internação em hospitais privados, método iniciado durante a ditadura militar. No estado do Ceará havia seis hospitais privados, todos associados à administração pública, inclusive a Casa de Repouso Guararapes, em Sobral. Houve um movimento de reforma psiquiátrica que resultou na criação dos Centros de Atenção Psicossocial (doravante denominado “Centro de Atenção Psicossocial” ou “CAPS”) na cidade de Iguatu e a emissão da Lei “Mário Mamede”. Entre os anos 1991 e 1998, foram criados vários outros Centros de Atenção Psicossocial e entre os anos 1999 e 2000, esse modelo de atenção foi ampliado. Entre os anos 2001 e 2005 o estado do Ceará impulsionou o crescimento da rede de Centros de Atenção Psicossocial e incluiu a cidade de Sobral.

A Casa de Repouso Guararapes atendia uma região de quase um milhão de habitantes, mas esse hospital tinha apenas cento e dez leitos de internação. A assistência ambulatorial era precária.

A atenção de saúde mental mudou muito depois que a Casa de Repouso Guararapes foi fechada em julho de 2001. Essa data marca o processo de transição de um modelo de assistência focado na atenção médico-hospitalar e de manicômios, para uma abordagem descentralizada, regionalizada, com novos equipamentos e que propunha a reabilitação e reintegração social das pessoas com doenças mentais.

b) Domingos Sávio do Nascimento Alves, Médico e Ex-coordenador de Saúde Mental do Ministério da Saúde do Brasil

O Instituto Franco Basaglia tem como objetivo principal desenvolver ações para a formulação de políticas públicas que promovam e protejam os direitos dos usuários do serviço de saúde mental.

No ano 1992, criou-se um projeto inovador chamado “SOS Direitos do Paciente Psiquiátrico”, que recebe denúncias de usuários do sistema de saúde mental, seus familiares, médicos, entre outros. No início do projeto eram mais frequentes as denúncias sobre maus-tratos e tratamentos abusivos, mas atualmente as denúncias têm-se modificado e referem-se ao exercício da cidadania e às dificuldades de acesso à justiça das pessoas com doenças mentais. Essa mudança demonstra os avanços em relação com as queixas sobre os serviços e os profissionais.

A partir do ano 1990, o Ministério da Saúde emitiu diversas normas que regulam a prática dos hospitais psiquiátricos no marco do Sistema Único de Saúde; promoveu o novo registro nacional das unidades do Sistema e criou o grupo de assistência psiquiátrica hospitalar, que realiza visitas de monitoramento.

Entre os anos 1993 e 1994, foram fechados nove mil leitos hospitalares e a taxa de mortes em hospitais psiquiátricos se reduziu em 12%. Os hospitais têm sido substituídos por uma rede de serviços comunitários, na qual se incluem os diversos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) e de assistência na rede básica de saúde. Nos últimos anos, o Ministério da Saúde, através do Programa Nacional de Avaliação de Serviços Hospitalares Psiquiátricos, interveio em diversas instituições e reestruturou a assistência psiquiátrica.

A política de saúde mental no Estado tem-se enfocado na humanização da atenção e na defesa dos direitos das pessoas com doenças mentais.

c) Luís Fernando Farah de Tófoli, Médico Psiquiatra da Secretaria de Desenvolvimento Social de Saúde do Município de Sobral

A influência do caso Ximenes Lopes na reorganização da atenção da saúde mental no município de Sobral é um fato inegável. O dia 10 de julho de 2000, dia do descredenciamento da Casa de Repouso Guararapes do Sistema Único de Saúde, é simbolicamente considerado pelos profissionais de saúde mental de Sobral como a data de início do funcionamento da Rede de Atenção Integral à Saúde Mental de Sobral. Essa rede está composta por um Centro de Atenção Psicossocial Geral, uma residência terapêutica, uma unidade de internação psiquiátrica em hospital geral e por ações de supervisão e educação sobre o programa de saúde familiar. Esse modelo de atenção recebeu diversos prêmios nacionais de experiência exitosa em saúde mental.

No ano de 1998, foi instalado o Centro de Atenção Psicossocial Geral, o qual funcionou de forma modesta até o fechamento da Casa de Repouso Guararapes, quando sua responsabilidade aumentou, assim como o número de atendimentos.

Também criou-se uma unidade ambulatorial macrorregional de psiquiatria para dar atenção ambulatorial a pessoas que vivem em outros municípios e para evitar sua internação, e o primeiro serviço público residencial terapêutico no nordeste do Brasil, a “Residência Terapêutica Lar Renascer”.

Nem sempre é possível evitar a internação psiquiátrica. Para casos de maior risco, foi criada uma enfermaria e para outros casos, reservou-se leitos em uma enfermaria de clínica regular. Os resultados obtidos têm sido positivos, especialmente na redução no número total de dias internados de cada paciente e no custo médio das internações, sem aumentar o número de internações. Os familiares têm sido incentivados a acompanhar seus parentes internados, para manter o vínculo com eles durante a internação, a qual deve ser a mais breve possível.

A rede de Sobral é única e exemplar e oferece um serviço de alta qualidade técnica para os moradores de Sobral e suas adjacências. A morte do senhor Damião Ximenes Lopes levou à reformulação da política de saúde mental e uma resposta adequada diante das condições insustentáveis de funcionamento da Casa de Repouso Guararapes.

d) Braz Geraldo Peixoto, Familiar de Usuário do Sistema de Saúde Mental, Eleito Representante de Familiares perante a Comissão Nacional de Reforma Psiquiátrica do Ministério da Saúde e perante a Comissão Estadual da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo

Os fatos do caso do senhor Damião Ximenes Lopes foram consequência do antigo e obsoleto tratamento psiquiátrico, que diminuiu de forma significativa em razão da nova política de saúde mental que começou a ser implementada a partir dos anos 70. No entanto, foi a partir da II Conferência Nacional de Saúde Mental, que contou com a participação maciça de usuários, familiares e profissionais da área de saúde, realizada no ano de 1992, que uma reorientação no modelo assistencial foi implementada, no marco da reforma psiquiátrica no Estado. Nesse contexto, novos conceitos foram desenvolvidos, a partir de recursos humanos formados com uma visão dirigida à reorientação do modelo assistencial e capacitados para atuar na área com essa finalidade. Igualmente, os familiares e os usuários do sistema de saúde mental passaram a exercer um papel fundamental na determinação da política de saúde mental. Mediante a aprovação da Lei nº 10.216, de 2001, se lograram grandes avanços, embora essa lei não tenha alcançado todos os objetivos perseguidos pelos familiares e pelo usuários do sistema de saúde mental. Na Conferência Brasileira sobre Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), realizada em junho de 2004, com a participação de familiares, usuários e trabalhadores do sistema de saúde mental, se analisaram amplamente diversos aspectos da legislação sobre a matéria. É louvável o esforço realizado pelo Ministério da Saúde a respeito da reforma da atenção de saúde mental.

3. Peritagem Proposta pela Comissão:

a) Eric Rosenthal, Especialista Internacional na Matéria de Direitos Humanos das Pessoas com Deficiências Mentais

As pessoas com deficiência mental estão sujeitas a discriminação e fortes estigmas, constituindo um grupo vulnerável a violações de direitos humanos a nível global. Quatro relatores das Nações Unidas constataram que as pessoas com deficiências mentais sofrem as mais perversas formas de discriminação, assim como difíceis condições de vida, se comparados a qualquer outro grupo vulnerável da sociedade. As práticas violatórias dos direitos de pessoas com deficiências mentais seguem padrões similares em todo o mundo. Essas pessoas são arbitrariamente e desnecessariamente segregadas da sociedade em instituições psiquiátricas, onde se encontram sujeitas a tratamento desumano e degradante ou à tortura.

Está demonstrado que a vasta maioria das pessoas portadoras de deficiência mental podem receber tratamento de maneira segura e digna na sua comunidade e decidir de forma responsável sobre seu próprio tratamento. Frequentemente, leis paternalistas com o propósito declarado de proteger pessoas portadoras de deficiência mental podem causar-lhes danos, se negarem às pessoas a capacidade de fazer escolhas importantes sobre suas vidas. A falta de uma linguagem concernente especificamente às pessoas portadoras de deficiência mental nos instrumentos internacionais de direitos humanos dificulta a aplicação dessas normas a tais pessoas.

Como resultado de sua marginalização, as pessoas com deficiências mentais não contam com os recursos nem com o reconhecimento necessários, para formar organizações que defendam seus direitos nacional e internacionalmente.

A Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (doravante denominada “Convenção Interamericana sobre as Pessoas Portadoras de Deficiência”) é o primeiro instrumento internacional de direitos humanos especificamente dedicado a pessoas portadoras de deficiência e representa um inestimável compromisso dos Estados Americanos para assegurar que as pessoas portadoras de deficiência gozem dos mesmos direitos que os demais cidadãos. Os Princípios para a Proteção das Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e para a Melhoria da Assistência à Saúde Mental são as normas mais abrangentes de direitos humanos com relação à assistência para o tratamento de doenças mentais. Esses Princípios são particularmente úteis como guia para a interpretação dos direitos dispostos nos tratados de direitos humanos.

O direito internacional dos direitos humanos reconhece que indivíduos com deficiências mentais confinados em instituição psiquiátrica, como estava o senhor Damião Ximenes Lopes, têm direito ao consentimento informado e, em consequência, o direito de recusar tratamento. De maneira excepcional, o tratamento forçado pode ser justificado em uma situação de emergência, quando o tratamento seja considerado por autoridade médica necessário para evitar dano iminente para a pessoa ou terceiros. Em casos de ausência de emergência, justifica-se somente sob

a revisão de uma autoridade médica independente. No caso do senhor Ximenes Lopes, não há indicação de que exista um risco iminente ou imediato e tampouco há informação a respeito de uma decisão emitida por autoridade médica independente. Na ausência dessas garantias, o senhor Damião Ximenes Lopes tinha o direito de recusar o tratamento e qualquer tentativa de tratamento forçado violaria o direito internacional dos direitos humanos.

Dada a natureza potencialmente perigosa e dolorosa das medicações psicotrópicas que produzem os efeitos colaterais das medicações psiquiátricas, o uso injustificado e forçado dessa medicação, em contravenção aos padrões internacionais, deve ser considerado uma forma de tratamento desumano e degradante e uma violação do artigo 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A contenção⁷ física em tratamentos psiquiátricos, quando utilizada de maneira adequada, tem o objetivo de prevenir danos que o paciente possa ocasionar a si mesmo ou a terceiros. Causar danos ao paciente sob a desculpa de controlar suas emoções constitui um sinal inequívoco da falta de adequada capacitação do pessoal da instituição para o emprego de métodos corretos para a contenção.

No caso do senhor Ximenes Lopes, não há evidências de que ele representasse perigo iminente para ele mesmo ou para terceiros. Tampouco há evidência de que quaisquer tentativas menos restritivas para controlar um possível episódio de violência seu. Assim sendo, o uso de qualquer forma de contenção física neste caso foi ilegal. Uma vez contido, com as mãos amarradas por trás das costas, competia ao Estado o supremo dever de proteger o senhor Damião Ximenes Lopes, devido a sua condição de extrema vulnerabilidade. O uso de força física e o espancamento constituíram uma violação de seu direito a uma acedência humana. Há outras alternativas que podem ser utilizadas antes de fazer uso da força ou decidir o isolamento de um paciente. Os programas de saúde mental deveriam se empenhar em manter um ambiente e uma cultura de cuidado que minimize a utilização de tais métodos. O uso injustificado e excessivo da força neste caso viola o artigo 5.2 da Convenção Americana e constitui prática desumana e tratamento degradante.

Quando o isolamento ou a contenção são usados como punição, coerção ou por objetivos impróprios, a violação dos direitos humanos é ainda mais grave. Nos casos em que o uso da contenção tenha provocado dor ou sofrimento físico ou mental extremos, sua utilização imprópria para objetivos impróprios, poderá constituir tortura. Jamais é necessário espancar um paciente psiquiátrico ou a ele causar qualquer tipo de dano ou sofrimento. O fato de que o senhor Damião Ximenes Lopes estivesse desarmado e sob a custódia do Estado demonstra que uma ação dessa natureza não seria desproporcional à eventual ameaça que ele possa ter representado. Dada a grande vulnerabilidade de uma pessoa em crise psiquiátrica, cabe às autoridades

⁷ A contenção é uma forma de sujeição, entendida esta como “qualquer palavra ou ação que interfira na capacidade de um paciente de tomar decisões ou que restrinja sua liberdade de movimento”. Para efeitos desta sentença a Corte utilizará o termo “contenção” para designar a sujeição física a que o senhor Damião Ximenes Lopes foi submetido.

do Estado em grau maior de responsabilidade na proteção a esses indivíduos. O espancamento do senhor Damião Ximenes Lopes – e sua posterior morte – poderiam ter sido evitados se o Estado tivesse cumprido suas obrigações de proporcionar-lhe uma instituição com funcionários capacitados para assisti-lo em sua deficiência mental.

B) PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL

47. Em 30 de novembro e 1º de dezembro de 2005, a Corte recebeu em audiência pública as declarações das testemunhas propostas pela Comissão Interamericana, pelos representantes e pelo Estado e o laudo do perito proposto pelos representantes (par. 24 *supra*). O Tribunal resume a seguir as partes relevantes dessas declarações.

1. Testemunhas Propostas pela Comissão

a) Irene Ximenes Lopes Miranda, Irmã do Senhor Damião Ximenes Lopes

O senhor Damião Ximenes Lopes tinha sido internado no ano de 1995 e outra vez no ano de 1998. Nesta última internação, a testemunha encontrou cortes, feridas nos tornozelos e no joelho do senhor Damião, razão pela qual pediu explicação ao funcionário da Casa de Repouso Guararapes, quem lhe disse que os ferimentos eram consequência de uma tentativa de fuga. A testemunha acreditou nessa versão.

No dia 4 de outubro de 1999, quando a mãe da testemunha encontrou o senhor Damião Ximenes Lopes ele estava agonizando, e ela pediu socorro ao médico Francisco Ivo de Vasconcelos, porque acreditava que seu filho ia morrer devido às condições em que estava. No entanto, o médico não atendeu seus pedidos. O senhor Damião Ximenes Lopes morreu nesse mesmo dia. Seu cadáver apresentava marcas de tortura; seus punhos estavam dilacerados e totalmente roxos, e suas mãos também estavam perfuradas, com sinais de unhas e uma parte do seu nariz estava machucada. A causa da morte foi dada pelos médicos como “morte natural, parada cardiorrespiratória” e nada mais. O corpo do senhor Damião Ximenes Lopes foi então levado para Fortaleza para que fosse realizada uma necropsia, a qual também concluiu que se tratava de “morte indeterminada”. A família não acreditou nesse laudo e acredita que houve manipulação e omissão da verdade. A raiz do seu envolvimento com o caso do seu irmão encontrou muitas pessoas que sofreram maus-tratos ou que tiveram parentes espancados dentro da Casa de Repouso Guararapes, mas as famílias e as vítimas não tinham interesse em denunciar, porque tinham medo de enfrentar a polícia e o hospital.

A testemunha indicou que dentre os diversos familiares que tinha o senhor Damião Ximenes Lopes, sua mãe e seu pai, assim como ela e seu irmão Cosme Ximenes Lopes eram as pessoas afetivamente mais ligadas a ele. A testemunha sofreu muito e sacrificou-se a si e a sua família com a morte do senhor Damião, porque iniciou uma luta para obter justiça. Na época dos fatos tinha uma filha recém-nascida, e devido ao abalo emocional que sofreu, deixou de produzir o leite materno e não pôde seguir amamentando sua filha. Padeceu de depressão por três anos e perdeu a motivação

para trabalhar. Perdeu seu emprego na Prefeitura vinte e seis dias após a morte do senhor Damião Ximenes Lopes. Clamou por justiça pela morte do seu irmão, porque jurou que sua alma não descansaria enquanto não houvesse justiça.

O senhor Cosme Ximenes Lopes se identificava muito com o Damião Ximenes Lopes pelo fato de ser gêmeos e de que eram muito próximos, e quando este faleceu, Cosme entrou em estado de choque, precisou de ajuda médica, sofreu de depressão e perdeu o emprego. A testemunha teve que ajudar a sustentar a família do seu irmão por algum tempo, enquanto ele estava recompondo. O pai da testemunha, embora estivesse separado da mãe da suposta vítima, nunca interrompeu os laços familiares com seu filho, senhor Damião Ximenes Lopes, e sofreu pela sua morte. Dizia que “não [era] fácil perder um filho [que ainda era] jovem”. Ele foi por muito tempo tomado por um desejo de vingança.

Sua mãe ainda sofre os efeitos da morte do senhor Damião. Ficou com a vida completamente arruinada, até hoje padece de depressão e diz que tem desejo de morrer. Ela perdeu o gosto pela vida, teve gastrite nervosa e em consequência uma úlcera duodenal que foi tratada com dificuldade porque ela desenvolveu um medo enorme de hospitais. Ela parece sofrer também de uma certa “psicose de defesa da vida”, porque ela não quer tocar em nada vivo, como animais, insetos ou plantas, porque não quer matá-los. Tudo lhe traz a lembrança da morte de seu filho, Damião Ximenes Lopes.

No dia da morte do seu irmão apresentaram uma queixa na Delegacia de Polícia da Sétima Região de Sobral (doravante denominada “Delegacia de Polícia de Sobral”) mas, como esta não se interessou pelo caso, denunciaram perante a Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa. A morte do senhor Damião ainda continua impune em todas as instâncias. O processo tem demorado muito.

Em relação com o processo penal, indicou que faltaram diligências no expediente do processo, principalmente declarações como as dos senhores Francisco Ivo de Vasconcelos, João Alves da Silva e Sebastião Vieira Filho, depoimentos considerados importantes pela testemunha, que comprometiam tanto o hospital como o Estado.

A mãe da testemunha, assim como toda família, recusa-se a receber a pensão vitalícia oferecida pelo Estado por considerar que se trata de uma pensão que é muito inferior ao que poderia reparar os danos causados. Consideram a proposta do Estado humilhante. Estima positiva a designação do Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) com o nome do seu irmão, mas não considera que isso significa justiça, senão que representa o mínimo que se poderia fazer.

b) Francisco das Chagas Melo, Ex-paciente da Casa de Repouso Guararapes

Na época em que esteve internado na Casa de Repouso Guararapes foi vítima de atos de violência e não denunciou os fatos à polícia. Soube de outros casos de violência e morte dentro da Casa de Repouso Guararapes, sem que tenham existido investigações a respeito. Identificou as pessoas que cometeram atos de violência

com os nomes de Eliésio, Cosmo, Carlão e Nonato. Ouviu falar que Carlão era muito violento e viu Cosmo praticando atos de violência e masturbando-se ao olhar as mulheres nuas. A Casa de Repouso Guararapes era um lugar de violência, de abuso de poder e sem nenhum cuidado para com os pacientes.

2. Testemunhas Propostas pelos Representantes

a) João Alfredo Teles Melo, na Época dos Fatos era Deputado da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, onde Presidia a Comissão de Direitos Humanos e Cidadania. Atualmente é deputado federal

A Comissão de Direitos Humanos e Cidadania funciona como um balcão onde a população pode apresentar demandas, queixas e reclamações e, em seguida, a Comissão faz o encaminhamento das mesmas aos órgãos responsáveis. Ela tem a função de acompanhar o seguimento das queixas, seja cobrando providências ou realizando audiências públicas em matéria de direitos humanos. No caso do senhor Damião Ximenes Lopes, convidou-se a sua irmã e sua mãe e outros pacientes que estiveram na Casa de Repouso Guararapes para prestarem depoimento, foram dirigidos ofícios e aprovadas moções que foram dirigidas a distintas autoridades solicitando a adoção de medidas, tanto no âmbito administrativo e disciplinar – para o Conselho de Medicina, para a Prefeitura de Sobral, através da Secretaria de Saúde, para a Secretaria de Saúde do Estado-, como também para autoridades policiais e judiciais.

Na visita que realizou à Casa de Repouso Guararapes, a mesma se encontrava em péssimas condições de higiene, os pacientes estavam em más condições, sem um responsável da área médica ou administrativa presente. O Estado não fiscalizou adequadamente a Casa de Repouso Guararapes.

A demora de mais de cinco anos no processo que investiga a morte do senhor Damião Ximenes Lopes mostra que a justiça brasileira é lenta e parcial. A pressão do poder político e econômico influencia muito a justiça. Muitas vezes há cumplicidade entre esses poderes, eles são muito fortes e podem determinar ou não um julgamento.

No caso do senhor Damião Ximenes Lopes, recebeu relatórios sobre as apurações realizadas pelo Conselho Regional de Medicina, entre outros. No entanto, nunca se respondeu sobre a investigação disciplinar do delegado de polícia que teria feito desaparecer provas, ou sobre o fato de que o inquérito foi instalado apenas no dia 7 ou 8 de novembro de 1999 quando o óbito se deu em 4 de outubro de 1999. O Ministério Público demorou três anos para aditar a denúncia. Houve uma demora injustificada. A testemunha considera um absurdo que um caso que teve tanta repercussão e que contém a quantidade de provas como no do senhor Damião Ximenes Lopes possa demorar tanto e suspeita de que possa estar encaminhando-se para a impunidade, com a prescrição do delito.

Depois da morte do senhor Damião Ximenes Lopes, houve avanços na atenção de saúde mental em Sobral, mas ainda esta longe de se alcançar a concepção ideal de reforma psiquiátrica.

3. Testemunhas Propostas pelo Estado

a) Luiz Odorico Monteiro de Andrade, na Época da Morte do Senhor Damião Ximenes Lopes era Secretário de Desenvolvimento Social e Saúde do Município de Sobral. Atualmente é Secretário Municipal de Saúde de Fortaleza

O hospital no qual morreu o senhor Damião Ximenes Lopes já havia sofrido várias admoestações e se estava criando um sistema de saúde mental com o objetivo de desativar o hospital. No entanto, devido ao fato de ser um hospital com caráter regional era difícil fechá-lo imediatamente em função de sua importância para a região. Assim que tomaram conhecimento da morte do Damião Ximenes Lopes, criou-se uma comissão de inquérito, a qual registrou uma série de problemas do hospital e em seguida foi realizada uma intervenção para ter controle dos pacientes internados. Essa comissão de inquérito fez um diagnóstico completo da situação de deficiência mental de cada paciente e começaram gradualmente a processar altas para os pacientes do Município de Sobral e sua vinculação ao Programa Saúde da Família, com apoio domiciliar e comunitário. Posteriormente o hospital foi fechado.

A partir do dia 1 de janeiro de 1997, começaram uma série de reestruturações administrativas no âmbito do Município para ajustar as políticas do Sistema Único de Saúde em várias áreas. No final de 1998, já havia um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), que brinda atendimento ambulatorial e atenção diária a pacientes com deficiências mentais. Esse sistema evoluiu e hoje já existe o tratamento de intrapacientes com deficiências mentais agudas na área de saúde mental em hospital geral. Existe também um CAPS para transtornos na área geral e um para pessoas com problemas na área de alcoolismo e drogadição. Recentemente inaugurou-se um CAPS com o nome do senhor Damião Ximenes Lopes para homenageá-lo.

Atualmente a qualidade no atendimento é muito melhor que no ano de 1999. A partir da descentralização houve um intenso processo em que se diminuiu o número de hospitais e manicômios e se humanizou a assistência psiquiátrica nas cidades brasileiras. O Município de Sobral é considerado uma das experiências exitosas nessa área, não só do ponto de vista local, mas também nacional e internacional. Esse município ganhou vários prêmios, entre eles o do glorioso sanitarista David Capistrano e outros prêmios de reconhecimento de inclusão social. O Estado tem sido uma referência na diminuição dos hospitais psiquiátricos e no avanço contra os manicômios nas Américas.

A partir dos CAPS, estabeleceu-se uma estrutura com uma equipe interdisciplinar de médicos, assistentes sociais, psicólogos, farmacêuticos e terapeutas. Os pacientes realizam trabalhos para inserir-se economicamente na sociedade, quando antes estavam totalmente destinados a viver em manicômios.

b) Pedro Gabriel Godinho Delgado, Coordenador Nacional do Programa de Saúde Mental do Ministério da Saúde

Desde a morte do senhor Damião Ximenes, houve no Estado uma redução de 19.000 leitos psiquiátricos em instituições semelhantes à Casa de Repouso Guararapes. Além disso, entre os anos de 1999 a 2005, foram criados de quinhentos a seiscentos serviços extra-hospitalares, capazes de atender a situações graves de saúde mental, sem a necessidade de hospitalizar o paciente. Foram também criados outros tipos de serviço, como as residências terapêuticas capazes de receber pacientes menos graves. Foi um período em que o país inteiro enfrentou um debate significativo sobre as condições de vida dos pacientes do sistema psiquiátrico.

Em 2001, aprovou-se a Lei nº 10.216, cuja base é a defesa dos direitos do paciente mental, a mudança do modelo de assistência em instituições como a Casa de Repouso Guararapes por uma rede de cuidados aberta e localizada na comunidade e o controle externo da internação psiquiátrica involuntária, nos termos propostos pela Declaração de Direitos do Paciente Mental da ONU de 1991.

Em 1999, cerca de 90% dos recursos financeiros que a saúde pública destinava ao campo da assistência psiquiátrica e da saúde mental eram destinados ao Modelo Hospitalar Cêntrico e a rede externa recebia apenas 10% dos recursos. Hoje os recursos para a saúde mental no Brasil aumentaram globalmente e 63% dos recursos são ainda destinados a hospitais com equipamento caro, mas de 37% a 40% dos recursos já são destinados ao serviço extra-hospitalar. Portanto, hoje, no Brasil, vive-se um processo de transição para um modelo de atenção psiquiátrica baseada nos direitos do paciente, na atenção integral, no respeito aos seus direitos individuais e na participação dos familiares no tratamento.

A avaliação dos hospitais é feita por um Programa de Avaliação Anual ao qual todos são submetidos e no qual participa também a sociedade por meio de associações de familiares, de usuários, de conselhos municipais e de conselhos estaduais de saúde. O processo de mudança da política consiste em reduzir os hospitais de grande porte para hospitais menores, que tendem a preservar e respeitar mais os direitos dos pacientes.

O documento chamado “Princípios de Brasília”, que contém a avaliação da Declaração de Caracas, reafirma que houve avanços em diversos países e cita expressamente o Brasil como exemplo de país com experiência relevante.

Em 1999, já estava em curso um processo de modernização da assistência em saúde mental. O monitoramento do Sistema Único de Saúde não se baseia em denúncias, mas na supervisão regular dos serviços. Nesse sentido, o procedimento diminui o risco de desrespeito aos direitos humanos. As denúncias referentes à situação de pacientes mentais são prontamente investigadas. As violações aos direitos humanos de pacientes no Brasil têm diminuído porque os hospitais são menores e as instituições que estão substituindo o antigo modelo são mais abertas e contam com maior participação dos familiares e maior controle social.

4. Peritagem proposta pelos representantes

a) Lúcia Dias Costa, Médica Psiquiatra

Acompanhou o caso do senhor Damião Ximenes Lopes desde novembro de 1999. Esteve presente na exumação do corpo do senhor Damião Ximenes Lopes quando o mesmo já se encontrava em um processo de decomposição e só existia a parte esquelética. Na exumação pôde perceber que o cérebro do cadáver tinha sido aberto como tradicionalmente se faz em toda necropsia, embora não constasse a descrição do cérebro na primeira necropsia realizada em 1999. Esse é um procedimento de rotina e não há motivos para não indicá-lo ou não descrever o que tinha sido examinado. Se poderia formular um diagnóstico com base na evolução clínica do paciente de morte violenta causada por traumatismo crânio-encefálico. O médico que atestou o óbito do senhor Damião Ximenes Lopes não atestou que havia lesões no corpo.

Existem padrões nacionais e internacionais sobre as formas apropriadas de tratamento de pessoas com deficiências mentais, que são os “princípios de tratamento de pessoas com problemas mentais e de melhoria da assistência à saúde”, publicada pela ONU em 1991. Esses princípios foram aceitos pelo Brasil na sua Resolução Federal nº 1.407.

A testemunha visitou a Casa de Repouso Guararapes em maio de 2000, período em que a instituição estava sob intervenção e encontrou lá trabalhando pessoas que já haviam sido indiciadas no processo penal. A Casa de Repouso Guararapes não tinha condições de funcionamento.

A contenção feita na Casa de Repouso Guararapes não pode ser considerada um procedimento médico, já que os pacientes eram convidados para fazer contenção em outros pacientes quando os mesmos se agitavam. A contenção era feita de uma forma violenta. Essa situação foi descrita pelos próprios profissionais da Casa de Repouso Guararapes, inclusive o médico Francisco Ivo de Vasconcelos, que manifestou que muitas vezes, quando chegava ao hospital, os pacientes tinham sido amarrados pelos profissionais auxiliares e ele mandava desamarrá-los. Essa é uma das situações que faziam parte da rotina daquele hospital, além de outros atos de violência.

É possível fazer contenções sem que resultem hematomas, utilizando procedimentos técnicos para que isso não ocorra. Infelizmente, no sistema de saúde brasileiro muitas pessoas ainda sofrem procedimentos de contenção dessa forma, o que constitui um tratamento cruel e desumano.

As pessoas que têm problemas similares ao do senhor Damião Ximenes Lopes podem, atualmente, dependendo dos cuidados que recebam, ter acesso à convivência com outras pessoas, à moradia, à alimentação e podem viver por muito tempo. Não é a deficiência mental que dificulta sua convivência, mas as condições de vida da pessoa, como ocorre com todos os seres humanos de modo geral.

Pode-se concluir que o senhor Damião Ximenes Lopes teve uma morte violenta causada por agentes externos, pelas lesões traumáticas que tinha no corpo. Hoje, está à disposição dos médicos o Protocolo de Istambul que orienta sobre como caracterizar lesões que se encontram nos corpos de pessoas com mortes suspeitas. As lesões

encontradas no corpo do senhor Damião Ximenes Lopes são lesões consideradas pelo Protocolo de Istambul como lesões típicas de traumas que são costumeiramente vistos em corpos de pessoas que foram torturadas. Segundo a avaliação dos legistas da cidade de Fortaleza, depois da insistência do promotor do caso, a morte do senhor Damião Ximenes Lopes foi causada por lesões traumáticas, que poderiam ser definidas, segunda a perita, como socos, pedradas ou pontapés. A necropsia realizada pelo Instituto Médico Legal indicava que o corpo apresentava equimoses, escoriações e hematomas, as quais são lesões sugestivas de traumatismo no corpo e que foram, posteriormente, esclarecidas como causadas por objetos contundentes.

C) VALORAÇÃO DA PROVA

Valoração da Prova Documental

48. A Corte admite neste caso, como em outros,⁸ o valor probatório dos documentos apresentados pelas partes em sua devida oportunidade processual ou como prova para melhor resolver, que não tenham sido questionados ou objetados, nem cuja autenticidade tenha sido posta em dúvida.

49. A Corte acrescenta ao acervo probatório, em conformidade com o artigo 45.1 do Regulamento e por julgá-los úteis para a solução deste caso, os documentos apresentados pelos representantes,⁹ pelo Estado¹⁰ e pela testemunha João Alfredo Teles Melo,¹¹ no decorrer da audiência pública realizada em 30 de novembro e 1º de dezembro de 2005, documentos que conheceram todas as partes presentes à referida audiência, bem como os documentos anexados pela Comissão a suas alegações finais escritas¹² (par. 36 e 37 *supra*).

50. Em aplicação do disposto no artigo 45.1 do Regulamento, a Corte incorpora ao acervo probatório os documentos apresentados como parte da prova para melhor

⁸ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 65; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 36; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 189.

⁹ A saber: cópia da "Recomendação de Aditamento da Denúncia", de 27 de março de 2001; ofício nº 155/05 JG/RJ, dirigido pela Justiça Global ao Coordenador do Programa de Saúde Mental do Ministério da Saúde, de 18 de novembro de 2005; ofício nº 154/05 JG/RJ, dirigido pela Justiça Global ao Vice-Presidente do Conselho Federal de Psicologia, de 18 de novembro de 2005; ofício nº 08/2000, Recomendação do Centro de Apoio Operacional dos Grupos Socialmente Discriminados da Procuradoria-Geral da Justiça ao responsável pela administração da Casa de Repouso Guararapes, de 25 de maio de 2000; e termo aditivo nº 013/99 ao contrato nº 053007/98, celebrado entre o Município de Sobral e a Casa de Repouso Guararapes, de 26 de dezembro de 1999.

¹⁰ A saber: folheto intitulado "Como encaminhar demandas de saúde mental em Sobral. Orientações ao Programa Saúde da Família", SOBRAL – Secretaria de Desenvolvimento Social e Saúde; e folheto intitulado "CAPS – Centro de Atenção Psicossocial Damião Ximenes Lopes", SOBRAL, Secretaria de Saúde e Ação Social.

¹¹ A saber: livro intitulado "Relatório da cidadania, Atividades da Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Assembleia Legislativa do Ceará – Ano 1999".

¹² A saber: declaração de Francisco das Chagas Melo prestada perante a Comarca de Ipueiras em 2 de março de 2005; declaração de Albertina Viana Lopes prestada perante a Comarca Vinculada de Varjota em 5 de abril de 2005; e carta de intimação expedida pela Comarca de Sobral para a audiência marcada para 17 de novembro de 2005.

resolver requerida pelo Tribunal, pela Comissão,¹³ pelos representantes¹⁴ e pelo Estado¹⁵ (par. 40 *supra*).

51. A Corte também acrescenta os seguintes documentos ao acervo probatório, em aplicação do artigo 45.1 do Regulamento, por considerá-los úteis para a solução deste caso: Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas mediante a Resolução nº 46/119, de 17 de dezembro de 1991; Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas mediante a resolução nº 48/96, de 20 de dezembro de 1993; Organização Pan-Americana da Saúde, Declaração de Caracas, aprovada pela Conferência Regional para a Reestruturação da Atenção Psiquiátrica na América Latina, em 14 de novembro de 1990; Associação Psiquiátrica Mundial (APM), Declaração de Madri sobre Normas Éticas para a Prática Psiquiátrica, aprovada pela Assembleia Geral da APM, em 25 de agosto de 1996, revisada em 26 de agosto de 2002; Organização Mundial da Saúde, Divisão de Saúde Mental e Prevenção do Abuso de Substâncias. Dez Princípios Básicos das Normas para a Atenção da Saúde Mental, 1996; Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 5, “Pessoas portadoras de deficiência”; Declaração dos Direitos do Retardado Mental, aprovada mediante a resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, Documento A/8429, de 1971; Programa de Ação Mundial para os Impedidos, Resolução nº 37/52, da Assembleia Geral das Nações Unidas, Documento A/37/51 (1982); Normas do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2004; *World Psychiatric Association (WPA), Declaration of Hawaii/II, adopted by the WPA General Assembly on 10th July 1983*; *American Hospital Association/National Association of Psychiatric Health Systems, Guiding Principles*

¹³ A saber: Portaria do Ministério da Saúde nº 224/92, de 29 de janeiro de 1992; Portaria do Ministério da Saúde nº 407/92, de 30 de junho de 1992; Portaria do Ministério da Saúde/SASS nº 147/94, de 25 de agosto de 1994; Portaria do Ministério da Saúde nº 145/94, de 29 de agosto de 1994; Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1407/94, de 30 de setembro de 1957; Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.408/94, de 8 de junho de 1994 sobre os Princípios para a Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e para a Melhoria da Assistência à Saúde Mental; e Código de Ética Médica.

¹⁴ A saber: Portaria SNAS nº 224/92, de 29 de janeiro de 1992; Portaria/SAS nº 147/94, de 25 de agosto de 1994; Portaria/SAS nº 145/94, do Ministério da Saúde, de 25 de agosto de 1994; Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1407/94, de 30 de setembro de 1957; Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.408/94, de 8 de junho de 1994 sobre os Princípios para a Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e para a Melhoria da Assistência à Saúde Mental; Código de Ética Médica; comprovantes relacionados com a pensão da Senhora Albertina Viana Lopes; e relação de atualização processual do processo criminal e civil relacionados com a morte do senhor Damião Ximenes Lopes, proveniente da página do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará na Web.

¹⁵ A saber: documento intitulado “Legislação em Saúde Mental 1990-2004”, publicação do Ministério da Saúde do Brasil, de que constam, entre outras, Portaria SNAS nº 224/92, de 24 de janeiro de 1992; Portaria/SAS nº 147/94, de 25 de agosto de 1994; Portaria SAS nº 145/94, de 25 de agosto de 1994; termo da inspeção realizada pela Vigilância Sanitária da Secretaria de Saúde e Assistência Social na Casa de Repouso Guararapes, em 21 de outubro de 1999; termo de início do processo nº 002/99, expedida pela Coordenação de Controle e Avaliação, em 20 de outubro de 1999; termo de audiência da Terceira Vara da Comarca de Sobral, realizada em 17 de novembro de 2005; termo de audiência da Terceira Vara da Comarca de Sobral, realizada em 1º de dezembro de 2005; “comprovantes de pagamento” da pensão vitalícia de que se beneficiaria Albertina Viana Lopes, emitidos pelo Estado do Ceará, impressos da internet em 21 de junho de 2006; e Lei nº 13.491 de 16 de junho de 2004.

on Restraint and Seclusion for Behavioral Health Services, 25 February 1999; American Geriatrics Society Position Statement: Guidelines For Restraint Use, Last Updated January 1, 1997, e American Medical Association, Guidelines for the Use of Restraints in Long-Term Care Facilities, June 1989.

52. Com relação às declarações testemunhais com firma autenticada por notário público e que não foram prestadas perante notário público pelos senhores Milton Freire Pereira (par. 46.1.a *supra*), José Jackson Coelho Sampaio, Domingos Sávio do Nascimento Alves, Luís Fernando Farah Tófoli e Braz Geraldo Peixoto (par 46.2.a, 46.2.b, 46.2.c e 46.2.d *supra*), este Tribunal as admite enquanto estejam de acordo com o objeto descrito na Resolução de 22 de setembro de 2005 (par. 24 *supra*) e as aprecia no conjunto do acervo probatório, aplicando as normas da crítica sã. A esse respeito, a Corte levou em conta as observações apresentadas pela Comissão com relação à declaração prestada pelo senhor José Jackson Coelho Sampaio (par. 29 *supra*). O Tribunal admitiu em outras ocasiões declarações juramentadas que não foram prestadas perante notário público, quando não se afeta a segurança jurídica e o equilíbrio processual entre as partes.¹⁶

53. Relativamente ao parecer lavrado pelo senhor Eric Rosenthal (par. 46.3.a *supra*), a Corte o admite na medida em que concorde com o objeto descrito na Resolução de 22 de setembro de 2005 (par. 24 *supra*) e o aprecia no conjunto do acervo probatório, aplicando as normas da crítica sã. A Corte admitiu em determinadas ocasiões pareceres não apresentados perante notário público, quando não são afetados a segurança jurídica e o equilíbrio processual entre as partes.¹⁷

54. No que se refere à declaração com firma autenticada por notário público prestada pelo senhor Emílio de Medeiros Viana, considerando-se o que declararam o referido senhor e o Estado, ou seja, que havia impedimento para que prestasse depoimento de acordo com a legislação brasileira, esta Corte não admite a declaração que foi apresentada para essa finalidade pelo Estado (par. 27 *supra*) como parte do acervo probatório do caso. Quanto ao parecer do senhor Dalmo de Abreu Dallari, foi apresentado extemporaneamente, em 11 de novembro de 2005, quatorze dias depois do prazo fixado para fazê-lo, motivo por que este Tribunal não o considerará parte do acervo probatório do caso (par. 30 *supra*).

55. Sobre os documentos de imprensa apresentados pelos representantes, este Tribunal considera que poderiam ser apreciados quando deles constem atos públicos e notórios ou declarações de funcionários do Estado ou quando corroborem aspectos relacionados com o caso.¹⁸

¹⁶ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 66; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 42; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 191.

¹⁷ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 67; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 42; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 192.

¹⁸ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 70; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 45; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 199.

Valoração da Prova Testemunhal e Pericial

56. O Tribunal também admite o depoimento prestado perante a Corte pela senhora Irene Ximenes Lopes Miranda (par. 47.1.a *supra*), na medida em que esteja de acordo com o objetivo da declaração, e o valora no conjunto do acervo probatório. A Corte estima que, por se tratar de um familiar da suposta vítima e ter interesse direto neste caso, suas manifestações não podem ser valoradas de maneira isolada, mas no conjunto das provas do processo. As declarações dos familiares das supostas vítimas são úteis na medida em que proporcionem mais informações sobre as consequências das supostas violações perpetradas.¹⁹

57. Os depoimentos dos senhores Francisco das Chagas Melo (par. 47.1.b *supra*), João Alfredo Teles Melo (par. 47.2.a *supra*), Luiz Odorico Monteiro de Andrade (par. 47.3.a *supra*), Pedro Gabriel Godinho Delgado (par. 47.3.b *supra*), bem como ao laudo pericial da senhora Lídia Dias Costa (*supra* par. 47.4.a), este Tribunal os admite por julgar que são úteis para solucionar este caso e os incorpora ao acervo probatório aplicando as normas da crítica sã.

58. Pelo exposto, a Corte apreciará neste caso o valor probatório dos documentos, declarações e laudos periciais apresentados pelas partes. Ademais, a prova apresentada em todas as etapas do processo foi integrada a um mesmo acervo probatório que se considera como um todo.

VI CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

59. A Corte passará em seguida a se pronunciar sobre: a) os alcances do reconhecimento de responsabilidade internacional declarado pelo Estado; b) os fundamentos das obrigações do Estado no âmbito da responsabilidade estatal gerada por violações à Convenção Americana; e c) a especial atenção que os Estados devem às pessoas acometidas por deficiências mentais, em virtude de sua particular vulnerabilidade.

A) Alcance do Reconhecimento de Responsabilidade Internacional Efetuado pelo Estado

60. O artigo 53.2 do Regulamento dispõe que:

se o demandado comunicar à Corte seu acatamento às pretensões da parte demandante e às dos representantes das supostas vítimas, seus familiares ou representantes, a Corte, ouvido o parecer das partes no caso, resolverá sobre a procedência do acatamento e seus

¹⁹ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 66; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 37; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 203.

efeitos jurídicos. Neste caso, a Corte determinará, se for o caso, as reparações e custas correspondentes.

61. A Corte Interamericana, no exercício de sua função contenciosa, aplica e interpreta a Convenção Americana e, quando um caso é submetido a sua jurisdição, tem a faculdade de declarar a responsabilidade internacional de um Estado Parte na Convenção por violação de suas disposições.²⁰

62. A Corte, no exercício de seus poderes de tutela judicial internacional dos direitos humanos, poderá determinar se um reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado por um Estado demandado oferece base suficiente, nos termos da Convenção Americana, para dar continuidade ou não ao conhecimento do mérito e à determinação das eventuais reparações e custas. Para esses efeitos, o Tribunal analisará a situação exposta em cada caso concreto.²¹

63. No decorrer da audiência pública realizada em 30 de novembro de 2005 (par. 34 e 36 *supra*) o Estado declarou que:

- a) reconhece a procedência da petição da Comissão Interamericana no que se refere à violação dos artigos 4º (Direito à vida) e 5º (Direito à integridade pessoal) da Convenção Americana;
- b) reconhece os fatos da demanda relacionados com a morte do senhor Damião Ximenes Lopes e a falta de prevenção para superar as condições que possibilitaram que ocorresse tal incidente, uma vez que naquele momento era precário o sistema de atendimento mental no Estado, o que constituiu uma violação do artigo 4º da Convenção;
- c) reconhece os fatos da demanda relacionados com os maus-tratos a que foi submetido o senhor Damião Ximenes Lopes antes de sua morte, o que levou à violação do artigo 5º da Convenção;
- d) solicita que seja cessada a controvérsia sobre os citados artigos e que se prossiga com as demais questões pertinentes;
- e) não reconhece a solicitação de reparações decorrentes da violação dos artigos 4º e 5º da Convenção, que permanece aberta a debate; e
- f) não reconhece a violação dos direitos consagrados nos artigos 8º e 25 da Convenção.

²⁰ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 37; *Caso Blanco Romero* e outros. Sentença de 28 de novembro de 2005. Série C, nº 138, par. 54; e *Caso García Asto e Ramírez Rojas*. Sentença de 25 de novembro de 2005. Série C, nº 137, par. 173.

²¹ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 38; *Caso Gómez Palomino*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C, nº 136, par. 28; e *Caso do Massacre de Mapiripán*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C, nº 134, par. 65.

64. A Comissão Interamericana salientou, por sua vez, na mesma audiência pública, que reconhecia “a atitude positiva, ética, responsável e construtiva do [...] Estado] manifestada na declaração em que reconhece a responsabilidade pela violação dos artigos 4º e 5º [da Convenção]”. A Comissão ressaltou, ademais, que “uma atitude desta natureza contribui para solucionar o caso presente, mas também contribui para estabelecer um precedente muito importante no Brasil e na região de como os Estados devem atuar responsavelmente quando os fatos são inquestionáveis e quando também é inquestionável a responsabilidade do Estado em matéria de direitos humanos no âmbito do sistema interamericano”. A Comissão destacou, finalmente, que entendia que já havia cessado a controvérsia sobre os fatos e o direito com relação aos artigos 4º e 5º da Convenção.

65. Os representantes, por sua vez, declararam na audiência pública, que reconheciam a importância da declaração efetuada pelo Estado a respeito do reconhecimento de sua responsabilidade pela violação dos artigos 4º e 5º da Convenção Americana.

66. Posteriormente, em suas alegações finais o Estado expôs que, numa evidente demonstração de seu efetivo compromisso com a tutela dos direitos humanos, optou eticamente por admitir as falhas no dever de fiscalizar a Casa de Repouso Guararapes no período de internação do senhor Damião Ximenes Lopes. Em virtude da morte e dos maus-tratos de que foi objeto esse paciente, o Estado reconheceu sua responsabilidade internacional pela violação dos artigos 4º e 5º da Convenção (par. 36 e 63 *supra*).

67. Em suas alegações finais, a Comissão expôs que, em conformidade com o reconhecimento de responsabilidade do Estado, não há controvérsia com relação aos fatos descritos na demanda, relacionados com a morte do senhor Damião Ximenes Lopes, nos quais se incluem os parágrafos 38 a 88, bem como os parágrafos 147 a 168, referentes aos fundamentos de direito constantes da demanda. A Comissão agregou que foi confirmada a veracidade dos fatos sobre a morte do senhor Ximenes Lopes e também daqueles relacionados com as condições de hospitalização desumanas e degradantes na época dos fatos, pela falta de fiscalização e prevenção por parte do Estado, tal como foi alegado na demanda (par. 2, 16 e 37 *supra*).

68. Os representantes expuseram, por sua vez, em suas alegações finais, que entendem que a Corte aceitou a responsabilidade do Estado conforme os termos estabelecidos na demanda da Comissão Interamericana (par. 38 *supra*).

1. Quanto aos Fatos

69. Em atenção ao reconhecimento de responsabilidade efetuado pelo Estado, o Tribunal considera que cessou a controvérsia quanto aos fatos estabelecidos entre os parágrafos 38 a 88 da demanda interposta pela Comissão Interamericana neste caso e, por outro lado, que o Estado não se opôs aos fatos expostos na demanda, relacionados com o dever do Estado de investigar, identificar e sancionar os responsáveis pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes, alegados pela Comissão e pelos representantes.

70. A esse respeito, a Corte considera pertinente abrir um capítulo acerca dos fatos do presente caso, que abranja tanto os reconhecidos pelo Estado quanto os que sejam provados com base no conjunto de elementos constantes do expediente (par. 112 a 112.71 *infra*).

2. Quanto às Pretensões de Direito

71. Em atenção ao reconhecimento parcial de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado, a Corte considerou estabelecidos os fatos a que se referem os parágrafos 112 a 112.71 desta Sentença e, com base neles e ponderando as circunstâncias do caso, passa a especificar as diferentes violações aos direitos consagrados nos artigos alegados.

72. A Corte considera que é pertinente admitir o reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4º (Direito à vida) e 5º (Direito à integridade pessoal) da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1.1 (Obrigações de respeitar os direitos) do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes.

73. O Tribunal observa que o Estado não apresentou objeção aos fatos expostos na demanda, relacionados com seu dever de investigar, identificar e sancionar os supostos responsáveis, mas a sua qualificação, motivo por que o Estado considera que não é responsável pela suposta violação dos direitos consagrados nos artigos 8º (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 (Obrigações de respeitar os direitos) desse instrumento, em detrimento dos familiares do senhor Ximenes Lopes, alegada pela Comissão e pelos representantes.

3. Quanto às Pretensões sobre Reparações

74. Esta Corte considera que o Estado não acatou nenhuma das pretensões sobre reparações e custas reivindicadas pela Comissão ou pelos representantes.

4. Extensão da Controvérsia Subsistente

75. O artigo 38.2 do Regulamento dispõe que:

[o] demandado deverá declarar em sua contestação se aceita os fatos e os pedidos ou se os contradiz, e a Corte poderá considerar como aceitados aqueles fatos que não tenham sido expressamente negados e os pedidos que não tenham sido expressamente controvertidos.

76. O Estado expressamente salientou na audiência pública que não reconhecia responsabilidade internacional pela suposta violação dos artigos 8º (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes. Nas alegações finais escritas, o Estado ressaltou que não violou o direito à proteção e às garantias judiciais, uma vez que respeitou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Segundo o Estado, sua seriedade em busca de justiça foi devidamente demonstrada na tramitação do caso na jurisdição interna, bem como nos argumentos apresentados à Corte na contestação da demanda, em que se fez uma descrição histórica de todas as medidas por ele adotadas com a finalidade de investigar as circunstâncias do falecimento do senhor Damião Ximenes Lopes e sancionar os responsáveis pelos maus-tratos a ele infringidos e por sua morte na Casa de Repouso Guararapes.

77. A Comissão, ao apresentar suas alegações finais orais na audiência pública, declarou que reiterava à Corte a solicitação apresentada na demanda no sentido de que o Estado fosse condenado pela violação dos artigos 8º e 25 da Convenção em relação com o artigo 1.1 desse tratado, já que o Estado não cumpriu os deveres que se inferem dos citados artigos. Nas alegações finais escritas, a Comissão salientou também que toda a matéria relacionada com a investigação policial e o processo penal violou os referidos artigos, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes.

78. Os representantes, por sua vez, na audiência pública e nas alegações finais, solicitaram à Corte que declarasse a violação dos artigos 8º e 25 da Convenção, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes e seus familiares. Os representantes ressaltaram que, transcorridos mais de seis anos da morte do senhor Damião Ximenes Lopes, o procedimento judicial contra os responsáveis por sua morte ainda não foi concluído, em consequência dos atrasos indevidos, atribuídos exclusivamente ao Estado. Também solicitaram em suas alegações finais que a Corte declare que o Estado violou o artigo 5º da Convenção, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes.

79. De acordo com os termos em que se expressaram as partes, a Corte considera que subsiste a controvérsia quanto:

- a) à alegada violação dos direitos consagrados nos artigos 8º (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção, em relação com seu artigo 1.1, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, com respeito ao dever do Estado de realizar uma investigação efetiva num prazo razoável, à luz dos citados artigos;
- b) à alegada violação do direito consagrado no artigo 5º (Direito à integridade pessoal) da Convenção, em relação com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes; e
- c) ao que diz respeito à determinação das reparações, custas e gastos.

• • •

80. A Corte considera que o reconhecimento de responsabilidade internacional do Estado constitui uma contribuição positiva para o desenvolvimento deste processo e para a vigência dos princípios que inspiram a Convenção Americana²² no Brasil.

81. Levando em conta, no entanto, as responsabilidades que lhe cabem de proteger os direitos humanos, e dada a natureza deste caso, o Tribunal julga que proferir uma sentença em que se determine a verdade dos fatos e os elementos do mérito do assunto, bem como as respectivas consequências, constitui uma forma de reparação para o senhor Damião Ximenes Lopes e seus familiares e, ao mesmo tempo, uma maneira de contribuir para evitar que se repitam fatos similares.²³

B) Fundamentos das Obrigações do Estado no Âmbito da Responsabilidade Estatal Gerada por Violações à Convenção Americana

82. Uma vez determinado o alcance do reconhecimento parcial de responsabilidade efetuado pelo Estado, este Tribunal considera necessário, de acordo com os fatos deste caso, as provas apresentadas e as alegações das partes, determinar os fundamentos das obrigações do Estado, no âmbito da responsabilidade estatal gerada pelas violações dos direitos consagrados na Convenção Americana.

83. No âmbito da referida Convenção, as obrigações constantes dos artigos 1.1 e 2 constituem a base para a determinação de responsabilidade internacional de um Estado. O artigo 1.1 da Convenção atribui aos Estados-Partes os deveres fundamentais de respeitar e de garantir os direitos, de tal modo que todo menoscabo aos direitos humanos reconhecidos na Convenção que possa ser atribuído, segundo as normas do direito internacional, à ação ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui fato imputável ao Estado, que compromete sua responsabilidade nos termos dispostos na mesma Convenção. Por sua vez, o dever geral do artigo 2 da Convenção Americana implica a adoção de medidas em duas vertentes. Por um lado, a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que impliquem violação das garantias previstas na Convenção e, por outro, a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas que levem à efetiva observância dessas garantias.²⁴

84. É ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Nesse sentido, em toda circunstância em que um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público lese indevidamente, por ação ou omissão,²⁵ um desses direitos, está-se diante de uma suposição de inobservância do dever de respeito consagrado no artigo 1.1 da Convenção.

²² Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 55; *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 20 *supra*, par. 60; e *Caso Gutiérrez Soler*. Sentença de 12 de setembro de 2005. Série C, nº 132, par. 59.

²³ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 56; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 69.

²⁴ Cf. *Caso Gómez Palomino*, nota 21 *supra*, par. 91; *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 109; e *Caso Lori Berenson Mejía*. Sentença de 25 de novembro de 2004. Série C, nº 119, par. 219.

²⁵ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 81; *Caso do Massacre de Pueblo Bello*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, nº 140, par. 111 e 112; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 110.

85. A Corte, ademais, dispôs que a responsabilidade estatal também pode ser gerada por atos de particulares em princípio não atribuíveis ao Estado. As obrigações *erga omnes* que têm os Estados de respeitar e garantir as normas de proteção e de assegurar a efetividade dos direitos projetam seus efeitos para além da relação entre seus agentes e as pessoas submetidas a sua jurisdição, porquanto se manifestam na obrigação positiva do Estado de adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos nas relações interindividuais.²⁶

86. As hipóteses de responsabilidade estatal por violação dos direitos consagrados na Convenção podem ser tanto as ações ou omissões atribuíveis a órgãos ou funcionários do Estado quanto a omissão do Estado em evitar que terceiros violem os bens jurídicos que protegem os direitos humanos. Entre esses dois extremos de responsabilidade, no entanto, se encontra a conduta descrita na resolução da Comissão de Direito Internacional,²⁷ de uma pessoa ou entidade que, embora não seja órgão estatal, está autorizada pela legislação do Estado a exercer atribuições de autoridade governamental. Essa conduta, seja de pessoa física ou jurídica, deve ser considerada um ato do Estado, desde que praticada em tal capacidade.

87. Isso significa que a ação de toda entidade, pública ou privada, que esteja autorizada a atuar com capacidade estatal, se enquadra na hipótese de responsabilidade por fatos diretamente imputáveis ao Estado, tal como ocorre quando se prestam serviços em nome do Estado.

88. A Corte determinou, ademais, que das obrigações gerais de respeitar e garantir os direitos decorrem deveres especiais, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre.²⁸

89. Com relação a pessoas que estejam recebendo atendimento médico, e considerando que a saúde é um bem público cuja proteção está a cargo dos Estados, cabe a estes a obrigação de prevenir que terceiros interfiram indevidamente no gozo dos direitos à vida e à integridade pessoal, particularmente vulneráveis quando uma pessoa se encontra em tratamento de saúde. A Corte considera que os Estados têm o dever de regulamentar e fiscalizar toda a assistência de saúde prestada às pessoas sob sua jurisdição, como dever especial de proteção à vida e à integridade pessoal, independentemente de ser a entidade que presta esses serviços de caráter público ou privado.

90. A falta do dever de regular e fiscalizar gera responsabilidade internacional em razão de serem os Estados responsáveis tanto pelos atos das entidades públicas

²⁶ Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 113; *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 111; e *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Parecer consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. Série A, nº 18, par. 140.

²⁷ Cf. Responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos. Comissão de Direito Internacional, 53ª sessão, 2001. Documento da ONU A/56/10. Texto introduzido no anexo da Resolução 56/83, de 28 de janeiro de 2002, da Assembleia Geral das Nações Unidas.

²⁸ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 154; e *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 111.

quanto privadas que prestam atendimento de saúde, uma vez que, de acordo com a Convenção Americana, as hipóteses de responsabilidade internacional compreendem os atos das entidades privadas que estejam desempenhando função estatal, bem como atos de terceiros, quando o Estado falha em seu dever de regulá-los e fiscalizá-los. A obrigação dos Estados de regular não se esgota, por conseguinte, nos hospitais que prestam serviços públicos, mas abrange toda e qualquer instituição de saúde.

• • •

91. No Estado, “[a] saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, segundo o disposto no artigo 196 da sua Constituição. Ademais, segundo o artigo 197 da Constituição, cabe “ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

92. O artigo 199 da Constituição dispõe que “[a] assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, ou seja, empresas privadas podem prestar atendimento privado de saúde, o qual será totalmente pago pelos usuários. No entanto, o parágrafo primeiro do mesmo artigo 199 determina que “[a]s instituições privadas poderão participar de forma complementar do [S]istema [Ú]nico de [S]aúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. A iniciativa privada também pode prestar serviços ao sistema público de saúde, caso em que o atendimento que presta será financiado pelo Estado e terá caráter público.

93. A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, é a que “regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado”. Em seu artigo 4º estabelece que o Sistema Único de Saúde corresponde ao “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais* e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”, e corrobora o dispositivo constitucional ao estabelecer que “[a] iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar”.

94. Deduz-se do acima exposto que no Estado a prestação de serviços de saúde pode ser pública ou privada; neste último caso, a prestação de serviços é privada e financiada pelo próprio paciente, mas o Estado conserva seu dever de supervisioná-la.

* A palavra “estaduais” se refere a “estados”, que são as unidades da federação brasileira.

95. Quando o atendimento de saúde é público, é o Estado que presta o serviço diretamente à população, mediante seu Sistema Único de Saúde. O serviço público de saúde do SUS é oferecido primariamente pelos hospitais públicos; no entanto, a iniciativa privada, de forma complementar, e mediante a assinatura de convênios ou contratos, quando em determinada região do país não haja hospitais públicos suficientes para atender à demanda de pacientes,²⁹ também presta serviços de saúde sob os auspícios do SUS. Em ambas as situações, esteja o paciente internado num hospital público ou num hospital privado que tenha convênio ou contrato com o SUS, a pessoa se encontra sob os cuidados do serviço público de saúde brasileiro, ou seja, do Estado.

96. A prestação de serviços públicos implica a proteção de bens públicos, que é uma das finalidades dos Estados. Embora os Estados possam delegar sua prestação através da chamada terceirização, mantêm a titularidade da obrigação de prestar os serviços públicos e de proteger o bem público respectivo. A delegação à iniciativa privada de prestar esses serviços exige como elemento fundamental a responsabilidade dos Estados de fiscalizar sua execução, a fim de garantir uma efetiva proteção dos direitos humanos das pessoas sob sua jurisdição e para que os serviços públicos sejam prestados à coletividade sem qualquer tipo de discriminação e da forma mais efetiva possível.

97. Os Estados são obrigados a respeitar os direitos reconhecidos na Convenção e a organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos³⁰, estendendo-se essa obrigação a todos os níveis da administração, bem como a outras instituições a que os Estados deleguem autoridade.

98. Os Estados devem, segundo o artigo 2 da Convenção Americana, criar um quadro normativo adequado para fixar os parâmetros de tratamento e internação a serem observados pelas instituições de assistência de saúde. Os Estados têm a obrigação de consagrar e adotar em seu ordenamento jurídico interno todas as medidas necessárias para que o disposto na Convenção seja cumprido e colocado em prática³¹ e para que essa legislação não se transforme em mera formalidade, distanciada da realidade.

99. Por todas as considerações anteriores, a Corte julga que os Estados são responsáveis por regulamentar e fiscalizar em caráter permanente a prestação dos serviços e a execução dos programas nacionais relativos à consecução de uma prestação de serviços de saúde pública de qualidade, de tal maneira que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida e à integridade física das pessoas submetidas a tratamento de saúde. Devem, *inter alia*, criar mecanismos adequados para inspecionar

²⁹ Cf. artigo 24 da Lei nº 8.080/1990.

³⁰ Cf. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa*, nota 4 *supra*, par. 142; *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa*. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C, nº 125, par. 153; e *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C, nº 99, par. 142.

³¹ Cf. *Caso Comunidade Indígena Sawhomaxa*, nota 4 *supra*, par. 110; *Caso Gómez Palomino*, nota 21 *supra*, par. 90 e 91; e *Caso Palamara Iribarne*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C, nº 135, par. 89.

as instituições psiquiátricas, apresentar, investigar e solucionar queixas e estabelecer procedimentos disciplinares ou judiciais apropriados para casos de conduta profissional indevida ou de violação dos direitos dos pacientes.³²

100. Neste caso, a Casa de Repouso Guararapes, onde faleceu Damião Ximenes Lopes, era um hospital privado de saúde contratado pelo Estado para prestar serviços de atendimento psiquiátrico sob a direção do Sistema Único de Saúde e atuava como unidade pública de saúde em nome e por conta do Estado (par. 112.55 *infra*). O Estado, por conseguinte, é responsável pela conduta do pessoal da Casa de Repouso Guararapes, que exercia elementos de autoridade estatal ao prestar o serviço público de saúde sob a direção do Sistema Único de Saúde.

C) A Atenção Especial às Pessoas Acometidas de Deficiências Mentais em Virtude de sua Particular Vulnerabilidade

101. Para os efeitos deste caso, cuja suposta vítima, o senhor Damião Ximenes Lopes, sofria de deficiência mental e faleceu enquanto recebia tratamento em um hospital psiquiátrico, o Tribunal não pode deixar de se pronunciar sobre a especial atenção que os Estados devem às pessoas acometidas de deficiências mentais, em razão de sua particular vulnerabilidade.

102. Nesse sentido, a Corte Europeia declarou que:

Em especial com respeito a pessoas que necessitam de tratamento psiquiátrico, a Corte observa que o Estado tem a obrigação de assegurar a seus cidadãos seu direito à integridade física, de acordo com o artigo 8 da Convenção. Com essa finalidade, há hospitais administrados pelo Estado, que coexistem com hospitais privados. O Estado não pode se absolver completamente de sua responsabilidade delegando suas obrigações nessa esfera a organismos ou indivíduos privados. [...] A Corte constata que [...] neste caso o Estado mantinha o dever de exercer a supervisão e o controle sobre instituições psiquiátricas privadas. Tais instituições [...] necessitam não só de uma licença, mas também de uma supervisão competente e de forma regular, a fim de averiguar se o confinamento e o tratamento médico se justificam.³³

³² Cf. Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 46/119.46, p.189, ONU Documento A/46/49 (1991), princípio 22.

³³ Cf. European Court of Human Rights, *Case of Storck v. Germany*, Application N° 61603/00, judgment of 16 June, 2005, p. 103. O texto original em inglês é o seguinte: "With regard to persons in need of psychiatric treatment in particular, the Court observes that the State is under an obligation to secure to its citizens their right to physical integrity under Article 8 of the Convention. For this purpose there are hospitals run by the State which coexist with private hospitals. The State cannot completely absolve itself of its responsibility by delegating its obligations in this sphere to private bodies or individuals. [...] The Court finds that, similarly, in the present case the State remained under a duty to exercise supervision and control over private psychiatric institutions."

103. A Corte Interamericana considera que toda pessoa que se encontre em situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em virtude dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para atender às obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. A Corte reitera que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre,³⁴ como a deficiência.

104. Nesse sentido, os Estados devem levar em conta que os grupos de indivíduos que vivem em circunstâncias adversas e com menos recursos, tais como as pessoas em condição de extrema pobreza, as crianças e adolescentes em situação de risco e as populações indígenas, enfrentam um aumento do risco de padecer de deficiências mentais, como era o caso do senhor Damião Ximenes Lopes. É direto e significativo o vínculo existente entre a deficiência, por um lado, e a pobreza e a exclusão social, por outro. Entre as medidas positivas a cargo dos Estados encontram-se, pelas razões expostas, as necessárias para evitar todas as formas de deficiência que possam ser prevenidas e estender às pessoas que padeçam de deficiências mentais o tratamento preferencial apropriado a sua condição.³⁵

105. As pessoas portadoras de deficiência são muitas vezes objeto de discriminação em virtude de sua condição, motivo por que os Estados devem adotar as medidas de caráter legislativo, social, educativo, trabalhista ou de qualquer outra natureza, necessárias para eliminar toda discriminação relacionada com as deficiências mentais e propiciar a plena integração dessas pessoas à sociedade.³⁶

106. Com relação à salvaguarda da vida e da integridade pessoal, é necessário considerar que as pessoas portadoras de deficiência que vivem em instituições psiquiátricas ou nelas são submetidas a tratamento são especialmente vulneráveis à tortura ou a outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante. A vulnerabilidade intrínseca das pessoas portadoras de deficiência mental é agravada pelo alto grau de intimidade que caracteriza o tratamento das doenças psiquiátricas, que torna essas pessoas mais suscetíveis a tratamentos abusivos quando submetidas à internação (par. 129 *infra*).

107. Nos ambientes institucionais, em hospitais públicos ou privados, o pessoal médico encarregado do cuidado dos pacientes exerce forte controle ou domínio sobre as pessoas que se encontram sujeitas a sua custódia. Este desequilíbrio intrínseco de poder entre uma pessoa internada e as pessoas que detêm a autoridade se multiplica

Such institutions, [...] need not only a license, but also competent supervision on a regular basis of whether the confinement and medical treatment is justified."

³⁴ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, nota 4 *supra*, par. 154; e *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 111.

³⁵ Cf. Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovada na Cidade da Guatemala, Guatemala, em 7 de junho de 1999, artigo III.2; e Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 5, "Pessoas portadoras de deficiência". Nações Unidas, Documento E/1995/22 (1994), par. 9.

³⁶ Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, nota 35 *supra*, Preâmbulo e artigo III.1.

muitas vezes nas instituições psiquiátricas. A tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante, quando infligidas a essas pessoas, afetam sua integridade psíquica, física e moral, supõem uma afronta a sua dignidade e restringem gravemente sua autonomia, o que poderia ter como consequência o agravamento da doença.

108. Todas as circunstâncias acima citadas exigem que se exerça uma estrita vigilância sobre esses estabelecimentos. Os Estados têm o dever de supervisionar e garantir que em toda instituição psiquiátrica, pública ou privada, seja preservado o direito dos pacientes de receberem tratamento digno, humano e profissional e de serem protegidos contra a exploração, o abuso e a degradação.

109. O atendimento de saúde mental deve estar disponível para toda pessoa que dele necessite. Todo tratamento de pessoas acometidas de deficiência mental deve se destinar ao melhor interesse do paciente, deve ter por objetivo preservar sua dignidade e sua autonomia, reduzir o impacto da doença e melhorar sua qualidade de vida³⁷ (par. 135, 138 e 139 *infra*).

110. Ao analisar as violações à vida e à integridade pessoal em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, a Corte invocará a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, instrumento que faz parte do marco normativo de proteção dos direitos humanos no sistema interamericano, e que foi ratificado pelo Estado em 15 de agosto de 2001, como fonte de interpretação para determinar as obrigações do Estado relacionadas com a Convenção Americana neste caso.

111. Também no âmbito da Organização Mundial da Saúde e da Organização Pan-Americana da Saúde foram fixadas as principais normas pertinentes ao tratamento de saúde mental. A Corte considera que esses instrumentos, tais como os Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, das Nações Unidas, as Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência, bem como as normas técnicas dispostas na Declaração de Caracas e na Declaração de Madri, são especialmente importantes para a análise e o escrutínio da conformidade da assistência prestada ao senhor Damião Ximenes Lopes às normas internacionais sobre a matéria. Este Tribunal considerará especialmente esses instrumentos no capítulo sobre a violação dos artigos 4 e 5 da Convenção Americana neste caso.

VII FATOS PROVADOS

112. Efetuado o exame dos elementos probatórios constantes do expediente deste caso, as manifestações das partes, bem como o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional do Estado, a Corte considera provados os fatos a seguir relatados. Constan deste capítulo fatos que este Tribunal tem por estabelecidos com

³⁷ Cf. Organização Mundial da Saúde. Divisão de Saúde Mental e Prevenção do Abuso de Substâncias. Dez Princípios Básicos das Normas para o Atendimento da Saúde Mental (1996), princípios 2, 4 e 5.

base no reconhecimento de responsabilidade parcial do Estado e que correspondem aos fatos expostos na demanda apresentada pela Comissão Interamericana. Além disso, a Corte estabeleceu como provados outros fatos, especialmente os relativos à investigação policial e aos procedimentos judiciais, em conformidade com as provas proporcionadas pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado.

A) História Clínica do Senhor Damião Ximenes Lopes

112.1. O senhor Damião Ximenes Lopes nasceu em 25 de junho de 1969, filho de Albertina Viana Lopes e Francisco Leopoldino Lopes. Dois de seus irmãos são Irene Ximenes Lopes Miranda e Cosme Ximenes Lopes. O senhor Damião Ximenes Lopes foi um jovem criativo, que gostava de música e de artes e desejava adquirir melhores condições financeiras.³⁸

112.2. Na juventude, o senhor Damião Ximenes Lopes desenvolveu uma deficiência mental de origem orgânica, proveniente de alterações no funcionamento do cérebro. Apresentava esporadicamente dificuldades e necessidades específicas vinculadas a sua circunstância particular. Na época dos fatos, tinha 30 anos de idade e vivia com sua mãe na cidade de Varjota, situada a aproximadamente uma hora da cidade de Sobral, sede da Casa de Repouso Guararapes.

112.3. O senhor Damião Ximenes Lopes foi internado pela primeira vez em 1995 na Casa de Repouso Guararapes, por um período de dois meses. Ao regressar a sua casa, encontrava-se em melhor estado, mas apresentava feridas nos joelhos e nos tornozelos, que justificou declarando que havia sido vítima de violência. Seus familiares acreditaram na versão de um funcionário da Casa de Repouso Guararapes, que afirmou, quando questionado sobre a causa das feridas, que o paciente as havia infligido a si mesmo ao tentar fugir.

112.4. Anteriormente ao dia 1º de outubro de 1999, Damião Ximenes Lopes teve “problemas de nervos, ele não queria comer nem dormir, [devia tomar remédios], mas no momento não estava tomando”. Na sexta-feira, 1º de outubro, Albertina Viana Lopes decidiu internar seu filho na Casa de Repouso Guararapes. Enquanto esperava para ser admitida, a suposta vítima perguntava à mãe “com muita calma [...] se ele iria ali ficar ou [se] iria voltar para casa com ela”.

112.5. O senhor Damião Ximenes Lopes foi admitido na Casa de Repouso Guararapes, como paciente do Sistema Único de Saúde (SUS), em perfeito estado físico, em 1º de outubro de 1999. No momento de sua entrada não apresentava sinais de agressividade nem lesões corporais externas.

³⁸ Cf. Certidão de nascimento do senhor Damião Ximenes Lopes (expediente de anexos à demanda, anexo 21, folha 160); depoimento de Irene Ximenes Lopes Miranda, prestado na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 30 de novembro de 2005; e relatório da psiquiatra Lídia Dias Costa, apresentado a pedido de Irene Ximenes Lopes Miranda em 14 de dezembro de 2002 (expediente de anexos à demanda, anexo 22, folhas 161 a 164). No que se refere a Cosme Ximenes Lopes, nos documentos apresentados pelas partes aparece indistintamente o nome Cosme ou Cosmo Ximenes Lopes. Esta Corte entende que se trata da mesma pessoa e utilizará na presente Sentença o nome Cosme Ximenes Lopes.

112.6. No histórico médico do senhor Damião Ximenes Lopes na Casa de Repouso Guararapes de 2 de outubro de 1999, consta uma única observação em que se indica que o paciente se encontrava “calmo, desorientado, [...] confuso”. Medicação alguma lhe foi prescrita nesse dia.³⁹

112.7. Em 3 de outubro de 1999, o senhor Damião Ximenes Lopes teve uma crise de agressividade e estava desorientado. A suposta vítima entrou num banheiro na Casa de Repouso Guararapes e se negava a sair dali, motivo por que foi dominado e retirado à força por um auxiliar de enfermagem, senhor Elias Gomes Coimbra, e por outros dois pacientes que, segundo o referido auxiliar, podiam ajudá-lo a retirar o senhor Ximenes Lopes do banheiro porque eram “orientados e que eram de um certo porte físico avantajado”. No momento em que foi dominado por um dos pacientes e retirado do banheiro, a suposta vítima sofreu uma lesão no rosto, na altura do supercílio. Em seguida, o senhor Damião Ximenes Lopes foi submetido à contenção física e o médico presente na Casa de Repouso Guararapes determinou que lhe fossem aplicados “*haldol [e] fernagan* intramuscular”.⁴⁰

112.8. Na noite do mesmo dia, a suposta vítima teve um novo episódio de agressividade e voltou a ser submetida à contenção física, a que esteve submetido entre a noite do domingo e a manhã da segunda-feira.⁴¹

B) Maus-tratos e Morte do Senhor Damião Ximenes Lopes

112.9. Em 4 de outubro de 1999, aproximadamente às 9h, a mãe do senhor Damião Ximenes Lopes chegou à Casa de Repouso Guararapes para visitá-lo e o encontrou sangrando, com hematomas, com a roupa rasgada, sujo e cheirando a excremento, com as mãos amarradas para trás, com dificuldade para respirar, agonizante e gritando e pedindo socorro à polícia. Continuava submetido à contenção física que lhe havia sido aplicada desde a noite anterior, já apresentava escoriações e feridas e pôde caminhar sem a adequada supervisão. Posteriormente, um auxiliar de enfermagem o deitou em uma cama, da qual caiu. Então o deitaram num colchonete no chão.⁴²

112.10. A senhora Albertina Ximenes Lopes solicitou aos funcionários da Casa de Repouso Guararapes que banhassem seu filho e procurou um médico que o atendesse. Encontrou Francisco Ivo de Vasconcelos, Diretor Clínico e médico da Casa de Repouso Guararapes, que, sem realizar exames físicos em Damião Ximenes Lopes,

³⁹ Cf. Livro de evolução clínica do paciente Damião Ximenes Lopes (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folha 1736).

⁴⁰ Cf. Declaração de Elias Gomes Coimbra prestada à Delegacia Regional de Sobral em 26 de novembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 29, folhas 179 a 180).

⁴¹ Cf. Declaração de Carlos Alberto Rodrigues dos Santos prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 24 de abril de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 12, folhas 108 a 110).

⁴² Cf. Declaração de Carlos Alberto Rodrigues dos Santos prestada perante a Terceira Vara da Comarca de Sobral em 24 de abril de 2000, nota 41 *supra*; declaração de André Tavares do Nascimento prestada na Delegacia Regional de Sobral em 26 de novembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 29, folha 180); e declaração de Albertina Viana Lopes prestada na Delegacia Regional de Sobral em 7 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 32, folhas 213 e 214).

receitou-lhe alguns remédios e em seguida se retirou do hospital. Nenhum médico ficou a cargo da instituição nesse momento.⁴³

112.11. O senhor Damião Ximenes Lopes faleceu em 4 de outubro de 1999, às 11h30, na Casa de Repouso Guararapes, em circunstâncias violentas, aproximadamente duas horas depois de haver sido medicado pelo Diretor Clínico do hospital, sem ser assistido por médico algum no momento de sua morte, já que a unidade pública de saúde em que se encontrava internado para receber cuidados psiquiátricos não dispunha de nenhum médico naquele momento. Não se prestou ao senhor Damião Ximenes Lopes a assistência adequada e o paciente se encontrava, em virtude da falta de cuidados, à mercê de todo tipo de agressão e acidentes que poderiam colocar em risco sua vida.⁴⁴

112.12. Posteriormente à morte do senhor Damião Ximenes Lopes, o médico Francisco Ivo de Vasconcelos foi chamado e regressou à Casa de Repouso Guararapes. Examinou o corpo da suposta vítima, declarou sua morte e fez constar que o cadáver não apresentava lesões externas e que a causa da morte havia sido uma “parada cardio-respiratória”.⁴⁵ O médico não ordenou a realização de necropsia no corpo do senhor Damião Ximenes Lopes. Albertina Viana Lopes se inteirou da morte de seu filho ao chegar a sua casa, no Município de Varjota.

112.13. No mesmo dia de sua morte os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes solicitaram a realização de uma necropsia e, para essa finalidade, seu corpo foi trasladado da cidade de Sobral para a cidade de Fortaleza, onde se realizaria a necropsia. Durante o trajeto, o cadáver apresentou um intenso sangramento, de forma que o lençol que o cobria estava encharcado de sangue quando chegaram ao destino.

112.14. Em 4 de outubro de 1999, o Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto, onde Francisco Ivo de Vasconcelos também era médico, realizou a necropsia no cadáver do senhor Damião Ximenes Lopes. O relatório do exame salientou o seguinte:

Às 22:40 do dia 4 [de outubro de] 1999 deu entrada no necrotério do [Instituto Médico Legal] o corpo de um homem acompanhado da guia policial nº 796/99, da Delegacia Regional de Sobral – [Ceará],

⁴³ Cf. declaração de Francisco Ivo de Vasconcelos prestada à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria em 5 de novembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 14, folhas 112 e 113); declaração de Albertina Viana Lopes prestada na Delegacia Regional de Sobral em 7 de dezembro de 1999, nota 42 *supra*; e relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, emitido em 18 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 31, folhas 185 a 212).

⁴⁴ Cf. declaração de Francisco Ivo de Vasconcelos prestada à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria em 5 de novembro de 1999, nota 43 *supra*; declaração de Maria Salete Moraes Melo de Mesquita prestada à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria em 5 de novembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 14, folhas 113 e 114); relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 43 *supra*; e auto de exame de corpo de delito – cadavérico – realizado em Damião Ximenes Lopes no Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto, em 4 de outubro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 41, folha 246).

⁴⁵ Cf. declaração de Francisco Ivo de Vasconcelos prestada à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria em 5 de novembro de 1999, nota 43 *supra*.

informando que “o mesmo se encontrava internado no hospital Guararapes [para] doente[s] menta[is] há 03 dias e hoje pela manhã sua mãe foi visitá-lo [e o encontrou] em crise nervosa, com [o] nariz sangrando e com sinais de espancamento, tendo falecido às 11:30 horas de hoje no referido hospital em Sobral – [Ceará]”. Trata-se de um corpo do sexo masculino, cor parda, cabelos negros, bigode cultivado, barba por fazer, envolto em lençol branco. Apresenta rigidez cadavérica generalizada, pupilas dilatadas, hipóstases de decúbito dorsal e ausência de quaisquer manifestações vitais. Exame externo: escoriações localizadas na região nasal, ombro direito, face anterior dos joelhos e pé esquerdo, equimoses localizadas na região orbitário esquerda, ombro homolateral e punhos (compatível com contenção). Exame interno: não observamos sinais de lesões de natureza traumática internamente; apresenta tem pulmonar e congestão[sic], sem outras alterações macroscópicas de interesse médico legal nos demais órgãos dessas cavidades. Enviamos fragmentos de pulmão, coração, estômago, fígado e rim para o exame histopatológico, que concluiu [que se tratava de] edema e congestão pulmonar moderada, hemorragia pulmonar e discreta esteatose hepática moderada. CONCLUSÃO: [...] inferimos tratar-se de morte real de causa indeterminada.

Resposta aos quesitos:

- 1 – [PRIMEIRO – Houve morte?]; sim.
 - 2 – [SEGUNDO – Qual a causa da morte?]; indeterminada.
 - 3 – [TERCEIRO – Qual foi o instrumento ou meio que produziu a morte?]; sem elementos para responder.
 - 4 – [QUARTO – Foi produzida por meio de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura ou por outro meio insidioso ou cruel?]; sem elementos para responder.
- E nada mais havendo, mandou a autoridade encerrar [o] laudo que, depois de lido e achado conforme, [foi] devidamente assinado.⁴⁶

112.15. Posteriormente, em 17 de fevereiro de 2000, em resposta à solicitação do Ministério Público, para que os médicos que realizaram a necropsia “defin[issem] se as lesões [encontradas no cadáver] p[oderiam] ter sido [consequência] de espancamento ou de tombos sofridos [pelo senhor Damião Ximenes Lopes]”, o Instituto Médico Legal ampliou o conteúdo de suas conclusões e informou que “[as] lesões descritas [no laudo do exame cadavérico] foram provocadas por ação de instrumento contundente (ou por espancamento ou por tombos), não [...] sendo possível afirmar o modo específico”.⁴⁷

⁴⁶ Cf. laudo de exame de corpo de delito – cadavérico – realizado em Damião Ximenes Lopes no Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto em 4 de outubro de 1999, nota 44 *supra*.

⁴⁷ Cf. ofício nº 173/2000, do Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto, de 17 de fevereiro de 2000 (expediente

112.16. Em 2002 a Quinta Vara Cível da Comarca de Sobral (doravante denominada “Quinta Vara Cível”), no decorrer da tramitação do processo civil instaurado pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes, ordenou que fosse feita a exumação do corpo da suposta vítima para o esclarecimento das causas de sua morte (par. 112.52 e 112.54 *infra*). A exumação foi feita em 6 de abril de 2002 pelo Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto. O relatório do exame pós-exumático descreveu o seguinte:

Exumamos e necropsiamos às 10:10 horas do dia 6 [de abril de] 2002 no Município de Varjota, Ceará, no Cemitério São Raimundo, o cadáver [do senhor] Damião Ximenes Lopes, por solicitação da juíza de Direito da Comarca de Sobral, Dra. Maria Valdenisa de Sousa Bernardo, conforme ofício nº 372/2001. [...] Após a identificação do local onde fora inumada a vítima, a sepultura em gaveta foi aberta, observando-se um caixão de madeira em estado precário de conservação, contendo os restos mortais da vítima em avançado processo de decomposição cadavérica, ou seja, verificamos a presença apenas dos ossos deste corpo. Após minucioso exame pericial, osso por osso, constatamos que o crânio apresentava craniotomia transversal (resultado de exame pericial anterior) e neste seguimento corporal não foram evidenciad[as] fraturas, ou seja, o crânio apresentava integridade de todos os seus ossos. Os demais ossos deste corpo também não apresentavam fraturas. Conclusão: Pelo exposto e na ausência de outros achados necroscópicos em virtude do avançado estado de decomposição cadavérico do corpo, concluímos tratar-se de um caso de morte real, de causa indeterminada.

Resposta às perguntas:

- 1 – [PRIMEIRO – Houve morte?]; sim.
- 2 – [SEGUNDO – Qual a causa da morte?]; indeterminada.
- 3 – [TERCEIRO – Qual o instrumento ou o meio que produziu a morte?]; sem elementos para responder.
- 4 – [QUARTO – Foi produzida por meio de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura ou por outro meio insidioso ou cruel?]; sem elementos para responder.

E nada mais havendo, mandou a autoridade encerrar [o] laudo que, depois de lido e achado conforme, [foi] devidamente assinado.⁴⁸

de anexos à demanda, anexo 44, folha 251).

⁴⁸ Cf. laudo de exame cadavérico (pós-exumático) expedido pelo Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto em 6 de abril de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2549).

C) Investigação Policial sobre a Morte do Senhor Damião Ximenes Lopes

112.17. Em 13 de outubro de 1999, a senhora Albertina Viana Lopes apresentou denúncia à Coordenação Municipal de Controle e Avaliação da Secretaria de Saúde e Assistência Social sobre a morte de seu filho Damião Ximenes Lopes. Em outubro de 1999, a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã do senhor Ximenes Lopes, apresentou denúncia à Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, em que pedia justiça e a punição dos responsáveis pela morte de seu irmão.⁴⁹

112.18. Em 8 de novembro de 1999, o promotor do Ministério Público, Alexandre de Oliveira Alcântara, solicitou a instauração de uma investigação policial para esclarecer a morte do senhor Damião Ximenes Lopes ocorrida em 4 de outubro de 1999 nas instalações da Casa de Repouso Guararapes. Em 9 de novembro de 1999, 36 dias depois da morte do senhor Damião Ximenes Lopes, a Delegacia de Polícia da Sétima Região de Sobral, mediante a Resolução Administrativa nº 172/99, instruiu investigação sobre a morte do senhor Damião Ximenes Lopes.⁵⁰

112.19. Em 11 de novembro de 1999, a Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará enviou ao Delegado de Polícia de Sobral um documento em que solicitou celeridade no caso do senhor Damião Ximenes Lopes, a fim de que os responsáveis fossem punidos.⁵¹

112.20. Em 26 de novembro de 1999, os senhores Antônio Vitorino de Sousa Rufino; Elias Gomes Coimbra; André Tavares do Nascimento; Carlos Alberto Rodrigues dos Santos; Maria Verônica Miranda Bezerra; Francisco Alexandro Paiva Mesquita e Sérgio Antunes Ferreira Gomes prestaram declaração na Delegacia Regional de Sobral.⁵²

112.21. Em 3, 4, 7, 9, 15, 16 e 20 de dezembro de 1999, os senhores Francisco Ivo de Vasconcelos; Marcelo Messias Barros; Maria Salete Moraes Melo de Mesquita; Albertina Viana Lopes; Antônio Airton Miranda; Irene Ximenes Lopes Miranda; João Alves da Silva; Francisco das Chagas Melo; Mairton Paiva de Oliveira; Sebastião Vieira Filho; Francisco Magalhães de Aquino; Maria Claudenice Silva Porfírio; Maria Gorete Marques; André Tavares do Nascimento; Carlos Alberto Rodrigues dos Santos; José

⁴⁹ Cf. denúncia de Albertina Viana Lopes apresentada à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social em 13 de outubro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 25, folhas 174 e 175); e relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle e Avaliação da Secretaria de Saúde e Assistência Social, emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 43 *supra*.

⁵⁰ Cf. escrito do promotor do Ministério Público apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 8 de novembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folha 1537); e auto do Delegado de Polícia de Sobral, expedidos em 9 de novembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1535 e 1536).

⁵¹ Cf. escrito da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará dirigido ao Delegado de Polícia de Sobral em 11 de novembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1544 a 1546).

⁵² Cf. declarações de Antônio Vitorino de Sousa Rufino; Elias Gomes Coimbra; André Tavares do Nascimento; Carlos Alberto Rodrigues dos Santos; Maria Verônica Miranda Bezerra; Francisco Alexandro Paiva Mesquita e Sérgio Antunes Ferreira Gomes prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 26 de novembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1540 a 1543).

Eliezer Silva Procópio; Francisco Raimundo Alves e Evaldo Castilho Aragão Oliveira prestaram declaração na Delegacia Regional de Sobral.⁵³

112.22. Em 8 de dezembro de 1999, o Delegado de Polícia da Sétima Região de Sobral remeteu ao Ministério Público seu Relatório Conclusivo a respeito da denúncia nº 404/99, no qual indicou “a provável responsabilidade [da Casa de Repouso Guararapes] e de pessoas que estejam vinculadas com os maus-tratos, torturas e homicídio denunciados pela família do enfermo Damião Ximenes Lopes”.⁵⁴

112.23. Posteriormente a esta data, em 8, 11 e 15 de fevereiro de 2000, foi realizada na Delegacia Regional de Sobral a acareação das testemunhas Sebastião Alves Costa Filho, André Tavares do Nascimento, Francisco Ivo de Vasconcelos e Albertina Viana Lopes. Também foram recebidas as declarações de Sebastião Alves Costa Filho, Cândida Martins Vieira, João Paulo Melo, Maria Gorete Silva e Maria Expedita Sousa Lira.⁵⁵

112.24. Em 25 de fevereiro de 2000, a Delegacia Regional de Sobral enviou ao Juiz Titular de Sobral os autos do inquérito policial seguido em razão da denúncia nº 404/99.⁵⁶

D) Processo Penal sobre Maus-tratos e Morte do Senhor Damião Ximenes Lopes

112.25. Em 27 de março de 2000, o representante do Ministério Público apresentou à Terceira Vara da Comarca de Sobral acusação criminal contra Sérgio

⁵³ Cf. declaração de Francisco Ivo de Vasconcelos prestada à Delegacia Regional de Sobral em 3 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1572 a 1574); declarações de Marcelo Messias Barros e Maria Salette Moraes Melo de Mesquita prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 4 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1577 a 1580); declarações de Albertina Viana Lopes, Antônio Airton Miranda e Irene Ximenes Lopes Miranda prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 7 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1582 a 1586); declarações de João Alves da Silva, Francisco das Chagas Melo, Mairton Paiva de Oliveira e Sebastião Vieira Filho prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 9 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1671 a 1680); declarações de Francisco Magalhães de Aquino, Maria Claudenice Silva Porfírio e Maria Gorete Marques prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 15 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1599 a 1601 e 1608); declarações de André Tavares do Nascimento, Carlos Alberto Rodrigues dos Santos e José Eliezer Silva Procópio prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 16 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1609 a 1611); e declarações de Francisco Raimundo Alves e Evaldo Castilho Aragão Oliveira prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 20 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1618 e 1619).

⁵⁴ Cf. relatório conclusivo da Delegacia Regional de Sobral na causa nº 404/99, emitido em 8 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1588 a 1593).

⁵⁵ Cf. termo de acareação de testemunhas perante a Delegacia Regional de Sobral em 8 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1694 e 1695); declaração de Sebastião Alves Costa Filho prestada na Delegacia Regional de Sobral em 8 de fevereiro 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1692 e 1693); declarações de Cândida Martins Vieira e João Paulo Melo prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 11 de janeiro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1766 e 1767); e declarações de Maria Gorete Silva e Maria Expedita Sousa Lira prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 15 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomos I e II, folhas 1789 a 1795).

⁵⁶ Cf. ofício nº 365/2000, do Delegado de Polícia de Sobral dirigido ao Juiz Titular de Sobral, em 25 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folha 1416).

Antunes Ferreira Gomes, Carlos Alberto Rodrigues dos Santos, André Tavares do Nascimento e Maria Salete Moraes de Mesquita, como incurso no delito de maus-tratos seguidos de morte, tipificado no artigo 136, parágrafo segundo, do Código Penal Brasileiro, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes.⁵⁷

112.26. Em 10 de abril de 2000, a Terceira Vara da Comarca de Sobral citou os acusados a fim de interrogá-los, sob pena de serem declarados revéis. Em 24 de abril de 2000, perante a Terceira Vara da Comarca de Sobral prestaram declaração os acusados Maria Salete Moraes Melo de Mesquita, Sérgio Antunes Ferreira Gomes e Carlos Alberto Rodrigues dos Santos e, em 26 de abril de 2000, prestou declaração o senhor André Tavares do Nascimento.⁵⁸

112.27. Em 27 de abril e 17 e 24 de maio de 2000, os acusados Maria Salete Moraes Melo de Mesquita, Sérgio Antunes Ferreira Gomes, André Tavares do Nascimento e Carlos Alberto Rodrigues dos Santos contestaram a acusação do Ministério Público, negando os fatos a eles imputados, reservando-se o direito de apresentar defesa nas alegações finais e oferecendo novas testemunhas.⁵⁹

112.28. Em 10 de agosto de 2000, a senhora Albertina Viana Lopes, mãe do senhor Damião Ximenes Lopes, solicitou sua admissão como assistente do Ministério Público na ação penal. Em 26 de janeiro de 2001, o Ministério Público manifestou sua conformidade com o pedido e, em 1º de março de 2001, a Terceira Vara da Comarca de Sobral admitiu a senhora Albertina Viana Lopes como assistente do Ministério Público na ação penal.⁶⁰

112.29. A partir de 24 de maio de 2000 e por cerca de dois anos, a Terceira Vara da Comarca de Sobral limitou-se a realizar audiências, muitas delas adiadas por diferentes motivos, realizando-se dias ou meses depois da data original, como se detalha a seguir:

⁵⁷ Cf. escrito do promotor do Ministério Público apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 27 de março 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1409 a 1414).

⁵⁸ Cf. auto da Terceira Vara da Comarca de Sobral, expedidos em 10 de abril de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1842); declarações de Maria Salete Moraes Melo de Mesquita, Sérgio Antunes Ferreira Gomes e Carlos Alberto Rodrigues dos Santos prestadas perante a Terceira Vara da Comarca de Sobral em 24 de abril de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1844 a 1851); e declaração de André Tavares do Nascimento prestada perante a Terceira Vara da Comarca de Sobral em 26 de abril de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1853 e 1854).

⁵⁹ Cf. escrito de Maria Salete Moraes Melo de Mesquita apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 27 de abril de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1856); escrito de Sérgio Antunes Ferreira Gomes apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 17 de maio de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1860); escrito de André Tavares do Nascimento apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 24 de maio de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1863); e escrito de Carlos Alberto Rodrigues dos Santos apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 24 de maio de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1864).

⁶⁰ Cf. escrito de Albertina Viana Lopes apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 10 de agosto de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1929); manifestação do Ministério Público, de 26 de janeiro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1933); e auto da Terceira Vara da Comarca de Sobral, de 1º de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1934).

a) a audiência marcada para 16 de agosto de 2000 foi suspensa em virtude da “impossibilidade de comparecimento da juíza” responsável pela Terceira Vara da Comarca de Sobral, realizando-se em 11 de outubro de 2000, data em que prestaram declaração as testemunhas Francisco Ivo de Vasconcelos, José Cláudio Aguiar e Elias Gomes Coimbra. A audiência foi interrompida “dado o avançado da hora;”⁶¹

b) a audiência de 9 de fevereiro de 2001 não foi realizada pela Terceira Vara da Comarca de Sobral “em virtude de força maior” e foi adiada para 16 de fevereiro de 2001, data em que prestou declaração a testemunha Francisco das Chagas Melo;⁶²

c) em 13 e 14 de março de 2001, prestaram declaração Antônio Vitorino de Sousa Rufino, Maria Gorete Silva, Maria Claudenice Silva Porfírio e Marcelo Messias Barros e, em 15 e 21 de maio de 2002, declararam Idelson Pinto Batista e João Arnóbio B. de Mesquita;⁶³

d) na audiência de 29 de novembro de 2001, a defesa solicitou sua suspensão alegando que se deveria ouvir antes a mãe da suposta vítima e, considerando que não houve oposição do Ministério Público, a Terceira Vara da Comarca de Sobral resolveu suspender a audiência, dispor que a senhora Albertina Viana Lopes fosse ouvida e marcar nova audiência para 8 de março de 2002. Em 7 de março de 2002, a Diretora de Secretaria da referida Comarca informou que faltavam as cartas de intimação das testemunhas para a audiência fixada para o dia seguinte, motivo por que se designou o dia 12 de abril de 2002 para que fossem ouvidas as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, como informantes, e as testemunhas da defesa José Vilson Barreto Araújo, Olinda Alexandre de Sousa, Ângela Maria Carvalho Parente e Maria Verônica Miranda Bezerra;⁶⁴ e

⁶¹ Cf. auto da Terceira Vara da Comarca de Sobral, expedidos em 24 de maio de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1866); certificado da Terceira Vara da Comarca de Sobral, de 16 de agosto de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1873); e declarações de Francisco Ivo de Vasconcelos, José Cláudio Aguiar e Elias Gomes Coimbra prestadas perante a Terceira Vara da Comarca de Sobral em 11 de outubro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 1879 a 1892).

⁶² Cf. certificado da Terceira Vara da Comarca de Sobral, de 9 de fevereiro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1947); e declaração de Francisco das Chagas Melo prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 16 de fevereiro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 1949 a 1952).

⁶³ Cf. declarações de Antônio Vitorino de Sousa Rufino, Maria Gorete Silva e Maria Claudenice Silva Porfírio prestadas à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 14 de março 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 1962 a 1966); declaração de Marcelo Messias Barros prestada à Segunda Vara Criminal da Comarca de Fortaleza em 13 de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 1980 a 1982); declaração de Idelson Pinto Batista prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 15 de maio de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2094 a 2096); e declaração de João Arnóbio B. de Mesquita prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 21 de maio de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2113 a 2116).

⁶⁴ Cf. auto da Juíza Auxiliar da Sétima Zona Judicial, expedidos em 6 de junho de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1986); termo de audiência realizada na Terceira

e) a audiência marcada na Comarca de Ipueiras para 24 de abril de 2002, com a finalidade de ouvir uma testemunha que não residia no âmbito da jurisdição de Sobral, não foi realizada por falta de notificação com a devida antecedência. Foi marcada nova audiência para 8 de maio de 2002 e novamente faltou a intimação ao acusado e a seu defensor, razão pela qual se marcou uma terceira data, 19 de junho de 2002, em que se tomou a declaração da testemunha Antonio Airton Miranda.⁶⁵

112.30. Em 9 de dezembro de 2002 a Terceira Vara da Comarca de Sobral declarou concluída a etapa de instrução do processo e determinou que fossem intimadas as partes, a fim de que apresentassem suas alegações finais, em conformidade com o artigo 499 do Código de Processo Penal Brasileiro.⁶⁶

D.1) Aditamento da Denúncia e Situação Atual do Processo

112.31. Em 25 de maio de 2000, promotores do Centro de Apoio Operacional dos Grupos Socialmente Discriminados da Procuradoria-Geral de Justiça enviaram ofício ao promotor do Ministério Público de Sobral responsável pela acusação criminal na causa referente à morte do senhor Damião Ximenes Lopes, em que declararam que “restou cabalmente demonstrado, consoante [se infere] dos depoimentos colhidos e das informações constantes dos relatórios [produzidos no caso do senhor Damião Ximenes Lopes, a conduta criminosa [de] Francisco Ivo [de] Vasconcelos e [de] Marcelo Messias Barros[:]] da enfermeira Maria Verônica Miranda Bezerra e [do] empregado José Eliezer Silva Procópio”, razão pela qual salientaram que o aditamento da denúncia penal para investigar a relação dessas pessoas com a morte do senhor Damião Ximenes Lopes constituía uma “imposição institucional e legal”.⁶⁷

Vara da Comarca de Sobral em 29 de novembro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 1993 e 1994); auto da Terceira Vara da Comarca de Sobral, expedido em 7 de março de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2024); declaração de Albertina Viana Lopes prestada perante a Comarca Vinculada de Varjota em 10 de abril de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2036 a 2038); e declarações de Irene Ximenes Lopes Miranda, José Vilson Barreto Araújo, Olinda Alexandre de Sousa, Ângela Maria Carvalho Parente e Maria Verônica Miranda Bezerra prestadas à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 12 de abril de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2044 a 2056).

⁶⁵ Cf. termo de audiência criminal da Comarca de Ipueiras, realizada em 24 de abril de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2127); termo de audiência criminal da Comarca de Ipueiras realizada em 8 de maio de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2132); e declaração de Antônio Airton Miranda prestada a comarca de Ipueiras em 19 de julho de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2143 a 2146).

⁶⁶ Cf. auto da Terceira Vara da Comarca de Sobral, expedido em 9 de dezembro de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2148).

⁶⁷ Cf. ofício nº 56/2000, de promotores do Centro de Apoio Operacional dos Grupos Socialmente Discriminados, da Procuradoria-Geral de Justiça, enviado ao promotor do Ministério Público de Sobral em 25 de maio de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 1911 a 1925).

112.32. Em 12 de dezembro de 2000, a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda solicitou ao Presidente da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará que requeresse ao Juiz da Terceira Vara de Sobral o aditamento da denúncia contra as pessoas mencionadas no ofício dos promotores do Centro de Apoio Operacional dos Grupos Socialmente Discriminados da Procuradoria-Geral de Justiça.⁶⁸

112.33. Em 22 de setembro de 2003, a promotora do Ministério Público apresentou suas alegações finais no processo penal pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes, bem como a solicitação de aditamento da denúncia com relação a Francisco Ivo de Vasconcelos e Elias Gomes Coimbra, por haver incorrido na prática de maus-tratos seguidos de morte, conduta tipificada no artigo 136, parágrafo segundo, do Código Penal Brasileiro, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes.⁶⁹

112.34. Em 17 de junho de 2004, o Juiz da Terceira Vara de Sobral, depois de salientar que os trabalhos na Comarca se encontravam atrasados em virtude do volume de serviço e de que ele próprio houvesse passado 90 dias afastado de suas funções (30 dias de férias em janeiro, mais 60 dias de licença médica entre fevereiro e abril de 2004), recebeu o aditamento da denúncia e determinou a citação dos novos réus, bem como sua intimação para que prestassem declaração. Sem prejuízo do acima exposto, o juiz reiterou a intimação à assistente do Ministério Público e aos advogados de defesa para que “com a máxima urgência” apresentassem suas alegações finais.⁷⁰

112.35. Em 30 de agosto de 2004, não foi possível realizar interrogatório dos novos acusados pela falta de notificação do advogado da assistente do Ministério Público e de alguns dos advogados de defesa, motivo por que o juiz da Terceira Vara da Comarca de Sobral, “em razão da celeridade que o caso requer”, fixou uma nova audiência para 9 de setembro de 2004.⁷¹

112.36. Em 22 de outubro de 2004, a defesa de Elias Gomes Coimbra sustentou sua inocência e ofereceu testemunhas para serem ouvidas em audiência. Nesse mesmo dia o senhor Francisco Ivo de Vasconcelos apresentou sua defesa prévia, sustentou a insuficiência fática e jurídica das alegações do Ministério Público, negou a autoria dos fatos que lhe eram imputados e ofereceu prova testemunhal.⁷²

⁶⁸ Cf. comunicação de Irene Ximenes Lopes Miranda enviada ao Presidente da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará em 12 de dezembro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1908).

⁶⁹ Cf. escrito de alegações finais do promotor do Ministério Público apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 22 de setembro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2166 a 2172); e escrito de aditamento da denúncia do Ministério Público apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 22 de setembro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2174 a 2178).

⁷⁰ Cf. auto da Terceira Vara da Comarca de Sobral expedido em 17 de junho de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2180); e mandado de citação dos acusados Francisco Ivo de Vasconcelos e Elias Gomes Coimbra, expedido pela Secretaria da Terceira Vara de Sobral em 25 de agosto de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2189).

⁷¹ Cf. termo de audiência da Terceira Vara da Comarca de Sobral realizada em 30 de agosto de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2235).

⁷² Cf. defesa prévia de Elias Gomes Coimbra apresentada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 22 de

112.37. Em 3 e 16 de dezembro de 2004, prestaram declaração os senhores José Cláudio Aguiar, Maria Gorete Silva e Maria Verônica Miranda Bezerra.⁷³

112.38. Após a abertura da audiência de 9 de setembro de 2004, marcada com a finalidade de ouvir os novos acusados, o Juiz da Terceira Vara da Comarca de Sobral salientou que “a complexidade dos fatos, o elevado número de acusados e, sobretudo, as sucessivas manifestações nos autos de entidades ligadas aos direitos humanos têm retardado a solução da controvérsia”. Salientou, ademais, que os “expedientes necessários à correta tramitação do processo não foram realizados como deveriam” e que a ausência de advogados para representar três dos acusados impedia que se efetuasse o interrogatório previsto, motivo por que designou o dia 19 de outubro de 2004 para sua realização e reiterou a intimação à assistente do Ministério Público na ação penal, bem como aos advogados de defesa dos acusados originais para que apresentassem alegações finais.⁷⁴

112.39. Em seguida, na mesma audiência, a defesa de Sérgio Antunes Ferreira Gomes, acusado na denúncia original, solicitou a “suspensão [do requerimento] da apresentação das alegações finais”, argumentando que a produção de novas provas no processo, consequência necessária da inclusão de novos acusados, poderia beneficiar, ou então prejudicar, os acusados originais e que seu julgamento antes do final da etapa de instrução do processo contra os que foram posteriormente acusados, poderia acarretar uma contradição entre a primeira e a segunda sentenças a serem emitidas pela Comarca. Em razão dessa solicitação, o juiz determinou que, posteriormente à audiência fixada para 19 de outubro de 2004, os autos lhe fossem enviados, para que decidisse sobre o pedido.⁷⁵

112.40. Em 19 de outubro de 2004, foi realizado o interrogatório dos acusados Francisco Ivo de Vasconcelos e Elias Gomes Coimbra.⁷⁶

112.41. A audiência marcada para 26 de janeiro de 2005 para ouvir a testemunha Francisco das Chagas Melo não foi realizada por falta de intimação do acusado Carlos Alberto Rodrigues dos Santos e teve lugar em 2 de março de 2005.⁷⁷

outubro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2277 e 2278); e defesa prévia de Francisco Ivo de Vasconcelos apresentada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 22 de outubro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2272 a 2275).

⁷³ Cf. declarações de José Cláudio Aguiar e Maria Gorete Silva prestadas à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 3 de dezembro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2283 a 2288); e declaração de Maria Verônica Miranda Bezerra prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 16 de dezembro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2296 a 2300).

⁷⁴ Cf. termo de audiência da Terceira Vara da Comarca de Sobral, realizada em 9 de setembro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2254 e 2255).

⁷⁵ Cf. termo de audiência da Terceira Vara da Comarca de Sobral, realizada em 9 de setembro de 2004, nota 74 *supra*.

⁷⁶ Cf. declarações de Francisco Ivo de Vasconcelos e Elias Gomes Coimbra prestadas à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 19 de outubro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2260 a 2268).

⁷⁷ Cf. termo de audiência da Comarca de Ipueiras realizada em 26 de janeiro de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2326); e termo de audiência da Comarca de Ipueiras realizada em 2 de março de 2005 (expediente de mérito, tomo IV, folhas 701 a 710).

112.42. Em 14 de fevereiro de 2005, a Secretaria da Terceira Vara da Comarca de Sobral remeteu os autos conclusos ao juiz, para que decidisse sobre a solicitação de suspensão da apresentação das alegações finais. Desde essa data, a Comarca procedeu à realização das audiências para ouvir Francisco das Chagas Melo e Albertina Viana Lopes e para citar as testemunhas da parte acusada no aditamento da denúncia. O processo penal pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes está à espera da emissão de um auto interlocutório que resolva a solicitação de suspensão da apresentação de alegações finais.⁷⁸

112.43. O procedimento penal teve início em 27 de março de 2000 com a interposição da denúncia pelo Ministério Público e até a data da emissão desta Sentença ainda não foi proferida sentença em primeira instância.

E) Ação Civil de Reparação de Danos*

112.44. Em 6 de julho de 2000, Albertina Viana Lopes promoveu ação de indenização perante a Quinta Vara Cível por danos morais contra a Casa de Repouso Guararapes, Sérgio Antunes Ferreira Gomes e Francisco Ivo de Vasconcelos, em decorrência da “dor, tristeza, sofrimento e humilhação que [...] passou e passará pelo resto de sua vida” pela morte de seu filho Damião Ximenes Lopes.⁷⁹

112.45. Em 2 de outubro de 2000, os representantes da Casa de Repouso Guararapes e os demandados Sérgio Antunes Ferreira Gomes e Francisco Ivo de Vasconcelos contestaram a demanda de indenização contra eles formulada pela senhora Albertina Viana Lopes.⁸⁰

112.46. Em 17 de novembro de 2000, a senhora Albertina Viana Lopes apresentou a réplica à contestação da demanda da Casa de Repouso Guararapes e de Sérgio Antunes Ferreira Gomes e Francisco Ivo de Vasconcelos.⁸¹

112.47. Em 6 de dezembro de 2000, a Quinta Vara Cível marcou audiência de conciliação para 1º de março de 2001. Nessa data a Quinta Vara Cível, sem apresentar justificação, transferiu a audiência para 15 de março de 2001, dia em que esta teve lugar, sem que houvesse ânimo conciliatório.⁸²

⁷⁸ Cf. auto da Terceira Vara da Comarca de Sobral expedido em 14 de fevereiro de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2327); termo de audiência da Comarca de Varjota, realizada em 5 de abril 2005 (expediente de mérito, tomo IV, folhas 712 e 713); e carta de intimação da Terceira Vara da Comarca de Sobral expedida em 17 de novembro de 2005 (expediente de mérito, tomo IV, folha 715).

*Na versão em espanhol desta Sentença, entenda-se como ação civil de reparação de danos, *acción civil de resarcimiento*.

⁷⁹ Cf. escrito de Albertina Viana Lopes apresentado à Quinta Vara Cível em 6 de julho de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2329 a 2343).

⁸⁰ Cf. escrito dos representantes da Casa de Repouso Guararapes, apresentado à Quinta Vara Cível em 2 de outubro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2403 a 2411); escrito de Sérgio Antunes Ferreira Gomes apresentado à Quinta Vara Cível em 2 de outubro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2413 a 2422); e escrito de Francisco Ivo de Vasconcelos apresentado à Quinta Vara Cível em 2 de outubro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2424 a 2429).

⁸¹ Cf. escrito de Albertina Viana Lopes apresentado à Quinta Vara Cível em 17 de novembro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2446 a 2448).

⁸² Cf. auto da Quinta Vara Cível expedido em 6 de dezembro de 2000 (expediente de anexos à contestação

112.48. Em 15 de agosto de 2003, a Quinta Vara Cível solicitou à Terceira Vara da Comarca de Sobral informação pormenorizada sobre a ação penal que tramitava nessa instância sobre a morte do senhor Damião Ximenes Lopes e a situação processual em que se encontrava. Em 19 de agosto de 2003, o juiz da Terceira Vara de Sobral informou que o processo se encontrava na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, ou seja, na apresentação de alegações finais pelas partes. Em 29 de agosto do mesmo ano, a Quinta Vara Cível resolveu suspender o processo civil pelo prazo máximo de um ano para esperar a resolução da ação penal.⁸³

112.49. Em 15 de outubro de 2004, a Quinta Vara Cível solicitou à Terceira Vara da Comarca de Sobral que informasse se havia sido proferida sentença no caso do senhor Damião Ximenes Lopes e, se fosse o caso, que remetesse cópia da decisão. Em 21 de outubro de 2004, a Terceira Vara de Sobral informou que em 24 de setembro desse mesmo ano havia sido aditada a denúncia, nela incluindo Elias Gomes Coimbra e Francisco Ivo de Vasconcelos, a quem se havia interrogado em 19 de outubro de 2004, e que, com relação aos demais acusados, o processo se encontrava concluso para decisão com respeito ao pedido de um dos advogados de defesa sobre a suspensão do prazo para a apresentação de alegações finais⁸⁴(par. 112.42 *supra*). À data da emissão da presente Sentença, não foi proferida sentença de primeira instância na ação civil de reparação de danos.

F) Exumação do Corpo do Senhor Damião Ximenes Lopes

112.50. Em 15 de março de 2001, a Quinta Vara Cível decidiu acolher o pedido da realização da prova pericial de exumação do cadáver do senhor Damião Ximenes Lopes, solicitado pelos representantes da Casa de Repouso Guararapes, e dispôs que o Diretor do Departamento Técnico de Perícia deveria nomear dois peritos para realizar a referida prova.⁸⁵

112.51. Em 25 e 27 de março de 2001, o demandado Francisco Ivo de Vasconcelos e a senhora Albertina Viana Lopes apresentaram os quesitos a serem analisados na exumação do corpo do senhor Damião Ximenes Lopes.⁸⁶

da demanda, anexo II, folha 2450); auto da Quinta Vara Cível expedido em 1º de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2463 e 2464); e termo de audiência da Quinta Vara Cível realizada em 15 de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2466 e 2467).

⁸³ Cf. auto da Quinta Vara Cível expedidos em 15 de agosto de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2576); ofício nº 521/03, da Terceira Vara da Comarca de Sobral, expedido em 19 de agosto de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2580); e auto da Quinta Vara Cível expedido em 29 de agosto de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2582).

⁸⁴ Cf. auto da Quinta Vara Cível expedido em 15 de outubro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2633); e ofício nº 1545/04, da Terceira Vara da Comarca de Sobral, expedido em 21 de outubro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2636).

⁸⁵ Cf. termo de audiência da Quinta Vara Cível realizada em 15 de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2466 e 2467).

⁸⁶ Cf. escrito de Francisco Ivo de Vasconcelos apresentado à Quinta Vara Cível em 25 de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2468 e 2469); e escrito de Albertina

112.52. Em 26 de março de 2001, o representante da Casa de Repouso Guararapes desistiu do pedido de exumação. Em 19 de junho do mesmo ano, a senhora Albertina Viana Lopes manifestou-se a favor da realização da prova pericial, como condição para o esclarecimento da verdade. Em 20 de junho de 2001, a Quinta Vara Cível decidiu manter a realização da exumação.⁸⁷

112.53. Em 24 de setembro de 2001, a Quinta Vara Cível solicitou pela segunda vez ao Diretor do Departamento Técnico de Perícia do Instituto Médico Legal, que nomeasse dois peritos para a realização da exumação. Essa solicitação foi reiterada em 30 de outubro de 2001.⁸⁸

112.54. Em 21 de fevereiro de 2002, a Direção Técnico-Científica do Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto marcou para o dia 6 de abril de 2002 às 8h a realização da exumação do corpo do senhor Damião Ximenes Lopes e designou dois peritos para essa finalidade. Em 6 de abril de 2002, foi realizada a perícia, que concluiu que o caso do senhor Damião Ximenes Lopes tratou-se de morte real “de causa indeterminada” (par. 112.16 *supra*).⁸⁹

G) Casa de Repouso Guararapes

112.55. A Casa de Repouso Guararapes, hospital privado de saúde, de propriedade de Sérgio Antunes Ferreira Gomes, a qual foi contratada pelo Estado para prestar serviços de atendimento psiquiátrico, sob a direção do Sistema Único de Saúde e atuava como unidade pública de saúde em nome e por conta do Estado. No mês de outubro de 1999, cerca de 54 leitos de internação do hospital achavam-se vinculados ao SUS e as pessoas que os ocupavam eram pacientes do sistema público de saúde. Era a única instituição de internação ou de serviços ambulatoriais ou abertos, seja de caráter público ou privado, para pessoas portadoras de deficiência mental de toda a região de Sobral, cidade localizada a 200 Km de Fortaleza, capital do Estado do Ceará.⁹⁰

Viana Lopes apresentado à Quinta Vara Cível em 27 de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2470 e 2471).

⁸⁷ Cf. escrito de Francisco Ivo de Vasconcelos apresentado à Quinta Vara Cível em 26 de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2473 e 2474); escrito de Albertina Viana Lopes apresentado à Quinta Vara Cível em 19 de junho de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2500 e 2501); e auto da Quinta Vara Cível expedido em 20 de junho de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2502 e 2503).

⁸⁸ Cf. auto da Quinta Vara Cível expedido em 11 de setembro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2512 e 2513); ofício nº 372/2001 da Quinta Vara Cível, expedido em 24 de setembro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2514); e ofício nº 468-M/2001, da Quinta Vara Cível, expedido em 30 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2522).

⁸⁹ Cf. ofício nº 170/200-CPD-02, da Direção Técnico-Científica do Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto, expedido em 21 de fevereiro de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2525); ofício nº 795/2002 da Delegacia Regional de Sobral expedido em 2 de maio de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2548 e 2549); e laudo do exame cadavérico (exumação) realizado pelo Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto no cadáver do senhor Damião Ximenes Lopes em 6 de abril de 2002, nota 48 *supra*.

⁹⁰ Cf. Portaria nº 026 expedida pela Secretaria de Saúde e Assistência Social do Município de Sobral em 2 de março de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 2, folhas 76 a 81); Portaria nº 113 expedida

112.56. Na Casa de Repouso Guararapes havia um contexto de violência, agressões e maus-tratos, em que diversos internos frequentemente apresentavam lesões nos membros superiores e inferiores, causadas pelos empregados do hospital; os auxiliares de enfermagem e vigilância utilizavam pacientes para conter outros; aplicavam a “gravata” (manobra que implica possibilidade de asfixia) em alguns pacientes, os quais pensavam que essa prática “era a lei” ou que era “para manter a ordem”; determinavam a contenção física de forma indiscriminada, independentemente de este procedimento ter ou não sido indicado pelo médico responsável, e incentivavam enfrentamentos físicos entre os pacientes.⁹¹

112.57. As condições de confinamento na Casa de Repouso Guararapes eram desumanas e degradantes, a atenção médica aos pacientes era frequentemente prestada na recepção, inclusive em presença de visitantes, já que por muito tempo o hospital não dispôs de um consultório médico, e frequentemente faltava a medicação adequada aos pacientes. O hospital não oferecia as condições necessárias e era incompatível com o exercício ético-profissional da medicina.⁹²

112.58. No contexto de violência contra os pacientes, e anteriormente à morte do senhor Damião Ximenes Lopes, ocorreram na Casa de Repouso Guararapes pelo menos duas mortes em circunstâncias violentas, que teriam incluído golpes na cabeça com objetos contundentes e em que os pacientes ingressavam na Casa de Repouso em boas condições físicas e faleciam durante o período de internação.⁹³ A senhora Raimunda Ferreira de Sousa morreu na Casa de Repouso Guararapes em outubro de 1987 e o senhor Gerardo Alves da Silva também ali faleceu em fevereiro de 1991.

112.59. As denúncias sobre maus-tratos e delitos praticados contra os pacientes, tais como uma acusação de estupro e outra de que um auxiliar de enfermagem teria quebrado o braço de um paciente, não eram investigadas pela direção da Casa de Repouso Guararapes, cujo diretor presidente, o senhor Sérgio Antunes Ferreira Gomes,

pela Secretaria de Saúde e Assistência Social do Município de Sobral em 10 de julho de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folhas 82 e 83); declaração de Francisco Ivo de Vasconcelos prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 16 de agosto de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 84 a 89); e escrito de Sérgio Antunes Ferreira Gomes apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 26 de março de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 7, folhas 95 e 96).

⁹¹ Cf. relatório do Grupo de Acompanhamento e Avaliação da Assistência Psiquiátrica Hospitalar, emitido em 5 de novembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 18, folhas 118 a 146); relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 43 *supra*; declaração de Francisco das Chagas Melo prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 16 de fevereiro de 2001, nota 62 *supra*; declaração de Carlos Alberto Rodrigues dos Santos prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 24 de abril de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 12, folhas 108 a 110); e registro do livro de ocorrências diárias da Casa de Repouso Guararapes de 29 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 13, folha 111).

⁹² Cf. relatório do Grupo de Acompanhamento e Avaliação da Assistência Psiquiátrica Hospitalar emitido em 5 de novembro de 1999, nota 91 *supra*; relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 43 *supra*; e declaração de Francisco Ivo de Vasconcelos prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 16 de agosto de 2000, nota 90 *supra*.

⁹³ Cf. declaração de Maria Expedita Sousa Lira prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 15 de fevereiro de 2000, nota 55 *supra*; e declaração de Maria Gorete Silva prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 15 de fevereiro de 2000, nota 55 *supra*.

não visitava a instituição nem mantinha contato algum com o pessoal médico ou de enfermagem e tampouco com os familiares dos pacientes internados.⁹⁴

H) Intervenção na Casa de Repouso Guararapes

112.60. Em 13 de outubro de 1999, a senhora Albertina Viana Lopes apresentou denúncia à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social contra a Casa de Repouso Guararapes, em que relatou as circunstâncias que cercaram a morte de seu filho, Damião Ximenes Lopes, ocorrida em 4 de outubro de 1999.⁹⁵

112.61. Em 18 de outubro de 1999, a Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, por ordem do Secretário Municipal de Saúde e Assistência Social do Município de Sobral, expediu a Portaria* nº 001/CCAA, mediante a qual resolveu instituir uma Comissão de Sindicância** para investigar os fatos denunciados pela senhora Albertina Viana Lopes. Em 18 de fevereiro de 2000, a Comissão de Sindicância, depois de realizar duas visitas de supervisão à Casa de Repouso Guararapes, ouvir dezenove pessoas e analisar diferentes documentos, apresentou seu relatório final, em que concluiu que a Casa de Repouso Guararapes “não oferec[ia] as condições exigíveis [e era] incompatível com o exercício ético-profissional da medicina”⁹⁶.

112.62. A última inspeção realizada na Casa de Repouso Guararapes havia sido em 15 de maio de 1996, pelo Grupo de Acompanhamento de Assistência Psiquiátrica do Ministério da Saúde (GAP), na qual se havia recomendado o fechamento de duas enfermarias que funcionavam no local conhecido como “porão”, pela falta de condições de funcionamento, infiltração e outras irregularidades. A inspeção também constatou a existência de um número de pessoas superior ao número de camas hospitalares, o que comprovou a existência dos chamados “leitos-chão”, situação em que os pacientes dormiam no piso.⁹⁷

⁹⁴ Cf. relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 43 *supra*; relatório do Grupo de Acompanhamento e Avaliação da Assistência Psiquiátrica Hospitalar, emitido em 5 de novembro de 1999, nota 91 *supra*; declaração de Francisco das Chagas Melo prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 16 de fevereiro de 2001, nota 62 *supra*; declaração de Carlos Alberto Rodrigues dos Santos prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 24 de abril de 2000, nota 41 *supra*; registro do livro de ocorrências diárias da Casa de Repouso Guararapes, de 29 de dezembro de 1999, nota 91 *supra*; e declaração de Francisco Ivo de Vasconcelos prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 16 de agosto de 2000, nota 90 *supra*.

⁹⁵ Cf. relatório de sindicância, elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 43 *supra*; e denúncia de Albertina Viana Lopes apresentada à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social em 13 de outubro de 1999, nota 49 *supra*.

* Na versão em espanhol desta Sentença entende-se como Portaria, *decisión administrativa*.

** Na versão em espanhol desta Sentença entende-se como Comissão de Sindicância, *Comisión de Investigación Administrativa*.

⁹⁶ Cf. Portaria nº 001/CCAA, expedida pela Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria em 18 de outubro de 1999 (anexos da contestação à demanda, anexo 1, tomo I, folha 1548); e relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 43 *supra*.

⁹⁷ Cf. relatório do Grupo de Acompanhamento e Avaliação da Assistência Psiquiátrica Hospitalar emitido em 5 de novembro de 1999, nota 91 *supra*; e declaração de Lídia Dias Costa, prestada em 31 de julho de

112.63. Em 21 de outubro de 1999, o Departamento de Vigilância da Secretaria de Saúde e Assistência Social realizou uma inspeção na Casa de Repouso Guararapes, em que concluiu que:

do ponto de vista da vigilância sanitária [...] o conjunto das ações e serviços referente à Casa de Repouso Guararapes, encontra-se fora das normas de identidade e qualidade aceitáveis. Ademais, pode-se afirmar que:

- a unidade hospitalar não oferece a seus empregados aparelhos de proteção individual; [...]
- os empregados não são vacinados contra tétano nem contra hepatite B;
- nas áreas livres de convivência os pacientes não têm atividades de lazer;
- o isolamento dos pacientes é realizado em lugar não adequado, sem estrutura [nem] higienização;
- o armazenamento de alimentos é inadequado provocando [sua] putrefação;
- o uso do freezer é inadequado;
- as mesas do refeitório são cobertas com plásticos fixos com pregos e de difícil higienização;
- o quadro de distribuição de energia encontra-se danificado podendo provocar acidentes;
- as condições higiênicas do hospital são precárias (teto, paredes e piso necessitando de limpeza);
[, e]
- as condições sanitárias são precárias (banheiros [se encontram] danificados [e] sem chuveiros, sem lavatórios, sem lixeira, e o aparelho sanitário [se encontra] sem cobertura [nem] higienização).

[Por conseguinte,] os resultados encontrados evidenciam a necessidade de manutenção e de [a adoção de] diferentes ações voltadas para a promoção da saúde e qualidade de vida [...] na Casa de Repouso Guararapes.⁹⁸

2003 (expediente de anexos às solicitações, argumentos e provas, anexo 1, folhas 897 a 903).

⁹⁸ Cf. inspeção da Vigilância Sanitária da Secretaria de Saúde e Assistência Social realizada na Casa de Repouso Guararapes em 21 de outubro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1551 a 1553).

112.64. Em 4 de novembro de 1999, a Secretaria de Saúde e Assistência Social dirigiu ofício à Direção Administrativa da Casa de Repouso Guararapes, em que se referiu a uma visita realizada pela Coordenação de Controle, Avaliação e Auditoria e pelo médico do Sistema Municipal de Auditoria, em que haviam sido ressaltadas as seguintes irregularidades na Casa de Repouso Guararapes:

- a) ausência de médico plantonista;
- b) não há oxigênio, “aspirador de secreção”, vaporizador e outros instrumentos médicos, na sala de emergência;
- c) não existe sala de recuperação nem “carro de curativo”;
- d) os lugares destinados aos aparelhos mencionados nos itens b e c se encontram em precário estado de higiene; e
- e) não constam dos prontuários médicos a evolução ou os relatórios circunstanciados de acompanhamento a serem preparados pelos profissionais de assistência social, psicologia, terapia ocupacional e enfermagem (nível superior), “os quais são de fundamental importância aos cuidados de saúde mental”.

Em virtude dessas constatações, a Secretaria de Saúde e Assistência Social concedeu à Casa de Repouso Guararapes um prazo de 15 dias para que as irregularidades fossem corrigidas e informou que, caso persistissem, seria suspensa em caráter definitivo a emissão de autorizações de internação hospitalar.⁹⁹

112.65. Em 5 de novembro de 1999, órgãos da Secretaria de Saúde e Assistência Social realizaram uma inspeção conjunta na Casa de Repouso Guararapes, mediante a qual concluíram que:

- a) depreende-se das entrevistas realizadas com pacientes que existem maus-tratos, especialmente contra pacientes do sexo masculino, e que esse trato começa quando os pacientes são levados à Casa de Repouso Guararapes por policiais;
- b) causa estranheza que a Coordenação de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social não haja desativado a Unidade Ulisses Pernambucano. Essa Unidade já havia sido denunciada em relatório anterior, datado de 15 de maio de 1996;
- c) as unidades Alice Ferreira Gomes e Ulisses Pernambucano devem ser desativadas; e

⁹⁹ Cf. ofício nº 1024/99, da Secretaria de Saúde e Assistência Social, dirigido à Direção Administrativa da Casa de Repouso Guararapes em 4 de novembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folha 1549).

d) é evidente a falta de administração da Casa de Repouso Guararapes. As pessoas que na prática assumem essa função não têm poder decisório e o proprietário não se encontra presente de maneira assídua.

A inspeção concluiu que a Casa de Repouso Guararapes não apresentava condições de funcionamento e sugeriu a intervenção por parte do Município de Sobral, em conjunto com a Secretaria de Saúde e Assistência Social, e mudanças na administração, ou então que fosse cassada sua autorização para prestar serviços no âmbito do Sistema Único de Saúde. A respeito da morte do senhor Damião Ximenes Lopes, concluiu que se evidenciaram no caso uma assistência médica precária e maus-tratos.¹⁰⁰

112.66. Em 29 de fevereiro de 2000, o Conselho Municipal de Saúde, com base nas conclusões do relatório da Comissão de Sindicância, determinou, mediante a Resolução/CMSS nº 01/2000, a intervenção na Casa de Repouso Guararapes por parte de um órgão municipal de saúde. Em 2 de março de 2000, o Secretário Municipal de Saúde e Assistência Social resolveu instituir uma junta interventora na Casa de Repouso Guararapes, pelo prazo de noventa dias, o qual foi prorrogado por mais trinta dias, com a finalidade de organizá-la técnica e administrativamente, controlando os recursos transferidos para o referido hospital pelo Sistema Único de Saúde.¹⁰¹

112.67. Ao cabo de uma intervenção de cento e vinte dias, em 10 de julho de 2000, a Secretaria de Saúde e Assistência Social, mediante a Portaria nº 113, decidiu “descredenciar a Casa de Repouso Guararapes como instituição contratada para prestar serviços ao [Sistema Único de Saúde] na área de assistência hospitalar em psiquiatria”.¹⁰²

I) Pensões

112.68. O senhor Damião Ximenes Lopes recebia do Instituto Nacional do Seguro Social uma pensão do Estado por incapacidade. Em consequência de sua morte, e em conformidade com o artigo 3º da Lei nº 8.212, legislação geral aplicável a todo o território nacional, que dispõe que “[a] previdência social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade

¹⁰⁰ Cf. auditoria conjunta da Secretaria de Saúde e Assistência Social realizada na Casa de Repouso Guararapes em 5 de novembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1625 a 1637).

¹⁰¹ Cf. Portaria nº 026 do Secretário de Saúde e Assistência Social, expedida em 2 de março de 2000, nota 90 *supra*; e ofício nº 232/2000/SSAS, do Secretário de Saúde e Assistência Social, dirigido ao representante do Ministério Público no processo penal pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes em 3 de março de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1419 e 1420).

¹⁰² Cf. Portaria nº 113 expedida pela Secretaria de Saúde e Assistência Social do Município de Sobral em 10 de julho de 2000, nota 90 *supra*.

[...] e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”, a senhora Albertina Viana Lopes passou a receber um benefício social a título de pensão por morte, por ser ela a única dependente econômica do senhor Damião Ximenes Lopes. A pensão do Instituto Nacional do Seguro Social de que se tornou beneficiária a senhora Albertina Viana Lopes alcança, na data desta sentença, a soma de R\$350,00 (trezentos e cinquenta reais).¹⁰³ Esta pensão é concedida independentemente da causa e circunstâncias da morte.

112.69. Em 16 de junho de 2004, por decisão unilateral de sua Assembleia Legislativa, o Estado do Ceará aprovou a Lei nº 13.491, que concedeu “em favor da senhora Albertina Viana Lopes, genitora do senhor Damião Ximenes Lopes, falecido na Casa de Repouso Guararapes, na cidade de Sobral, Estado do Ceará, em 4 de outubro de 1999”, uma pensão mensal e vitalícia, que corresponde ao salário mínimo do Estado do Ceará, reajustável pelo índice de revisão geral anual aplicado aos servidores públicos estaduais, que para o mês de maio de 2006 alcançava a soma de R\$323,40 (trezentos e vinte e três reais e quarenta centavos).¹⁰⁴

J) Os Familiares do Senhor Damião Ximenes Lopes

112.70. As senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, mãe e irmã, respectivamente, do senhor Damião Ximenes Lopes, sofreram sequelas físicas e psicológicas em consequência da morte da suposta vítima. A senhora Albertina Viana Lopes sofreu depressões e problemas de saúde, tais como uma gastrite nervosa e uma úlcera duodenal. A senhora Irene Ximenes Lopes Miranda sofreu depressão por mais de três anos. Após a morte de seu irmão deixou de amamentar sua filha recém-nascida. Deixou de trabalhar e não concluiu seu contrato de trabalho que se encerrava em 31 de dezembro de 2004. Na busca por justiça que empreendeu junto aos órgãos judiciais e de direitos humanos, em virtude dos fatos deste caso, sofreu e reviveu de maneira constante as circunstâncias da morte do senhor Damião Ximenes Lopes e teve de separar-se de sua família por longos períodos.¹⁰⁵

¹⁰³ Cf. carta de concessão de benefício do Instituto Nacional de Previdência Social a Albertina Viana Lopes, de 21 de novembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2348 e 2349).

¹⁰⁴ Cf. Lei nº 13.491, de 16 de junho de 2004 (expediente do procedimento perante a Comissão, tomo I, folha 359); e extratos de pagamento da pensão vitalícia de Albertina Viana Lopes, emitidos pelo Estado do Ceará – impressos da Internet – em 21 de junho de 2006 (expediente de prova para melhor resolver, folhas 3706 a 3721). No “extrato de pagamento” mais atualizado que apresentou o Estado, referente a maio de 2006, consta que o valor da pensão é de R\$323,40 (trezentos e vinte e três reais e quarenta centavos) e que o valor total a receber alcança a soma de R\$416,00 (quatrocentos e dezesseis reais), porquanto inclui um “complemento remuneratório” de R\$92,60 (noventa e dois reais e sessenta centavos).

¹⁰⁵ Cf. depoimento de Irene Ximenes Lopes Miranda prestado na audiência pública realizada na Corte Interamericana em 30 de novembro de 2005, nota 38 *supra*; denúncia de Albertina Viana Lopes apresentada à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social em 13 de outubro de 1999, nota 49 *supra*; relatório da psiquiatra Lídia Dias Costa apresentado a pedido de Irene Ximenes Lopes Miranda em 14 de dezembro de 2002, nota 38 *supra*; e relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 38 *supra*.

112.71. Os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, pai e irmão, respectivamente, do senhor Damião Ximenes Lopes, sofreram em consequência da morte da suposta vítima. O senhor Francisco Leopoldino Lopes mantinha laços familiares com o filho Damião Ximenes Lopes e sofreu com seu falecimento. O senhor Cosme Ximenes Lopes, irmão gêmeo da suposta vítima, que também esteve internado em instituições psiquiátricas, mantinha um vínculo afetivo e uma relação de identificação com o senhor Damião Ximenes Lopes. Ao receber a notícia da morte do irmão, entrou em estado de choque; posteriormente, sofreu depressão e deixou de trabalhar por algum tempo.¹⁰⁶

VIII

VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 4.1, 5.1 E 5.2 DA CONVENÇÃO AMERICANA,
EM RELAÇÃO COM O ARTIGO 1.1 DO MESMO TRATADO
(Direito à vida, à integridade pessoal e Obrigação de respeitar os direitos)

Alegações da Comissão

113. A Comissão alegou, *inter alia*, o seguinte:

a) Com relação à violação do direito à vida:

i. o Estado não cumpriu sua obrigação de proteger e preservar a vida do senhor Damião Ximenes Lopes. Esta violação pode ser percebida não somente porque seus agentes causaram sua morte, mas porque o Estado não exerceu devidamente a fiscalização da Casa de Repouso Guararapes; e

ii. a falta de investigação séria e punição dos responsáveis pela morte de Ximenes Lopes constitui uma violação por parte do Estado de sua obrigação de garantir o direito à vida.

b) Com relação à violação do direito à integridade pessoal:

i. as condições de hospitalização na Casa de Repouso Guararapes eram *per se* incompatíveis com o respeito à dignidade da pessoa humana; pelo simples fato de haver sido internado nessa instituição como paciente do SUS, o senhor Damião Ximenes Lopes foi submetido a tratamento desumano ou degradante; e

ii. a contenção física aplicada ao senhor Damião Ximenes Lopes não levou em conta as normas internacionais sobre a matéria. A suposta vítima não foi mantida em condições dignas, nem sob o cuidado e a supervisão imediata e regular de pessoal qualificado em saúde mental.

¹⁰⁶ Cf. depoimento de Irene Ximenes Lopes Miranda prestado na audiência pública realizada na Corte Interamericana em 30 de novembro de 2005, nota 38 *supra*; e relatório da psiquiatra Lídia Dias Costa apresentado a pedido de Irene Ximenes Lopes Miranda, em 14 de dezembro de 2002, nota 38 *supra*.

c) Com relação ao reconhecimento de responsabilidade internacional, está de acordo com o reconhecimento declarado pelo Estado, não há controvérsia a respeito dos fatos que antecederam a morte do senhor Damião Ximenes Lopes, os quais são descritos na demanda.

Alegações dos Representantes

114. Os representantes salientaram, *inter alia*, o seguinte:

a) Com relação à violação do direito à vida:

i. o Estado falhou em sua obrigação de preservar e proteger a vida do senhor Damião Ximenes Lopes, já que não adotou medidas de prevenção para impedir sua morte, não fiscalizou nem monitorou o funcionamento da Casa de Repouso Guararapes; e

ii. a falta de investigação séria e efetiva e de sanção dos responsáveis pela morte da suposta vítima constitui violação do Estado de sua obrigação de garantir o direito à vida.

b) Com relação à violação do direito à integridade pessoal, o senhor Damião Ximenes Lopes foi submetido a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes na Casa de Repouso Guararapes. As agressões foram perpetradas pelos indivíduos que detinham a custódia do senhor Damião Ximenes Lopes e que deviam dele cuidar e resguardar sua saúde e sua integridade pessoal. As condições de internação e os cuidados oferecidos por esse hospital autorizado pelo Sistema Único de Saúde eram, *per se*, atentatórios ao direito à integridade pessoal.

c) Com relação ao reconhecimento de responsabilidade internacional, o Estado violou quatro de seus deveres com relação aos pacientes da Casa de Repouso Guararapes: a) prevenir danos não naturais; b) investigar e se manter informado sobre as condições do hospital; c) de monitorar e controlar os funcionários; e d) não causar, de forma negligente ou intencional, a morte de pacientes que se encontrassem sob sua custódia.

Alegações do Estado

115. O Estado manifestou, *inter alia*, que reconhece sua responsabilidade internacional pela violação dos artigos 4º e 5º da Convenção Americana, em demonstração de seu compromisso com a proteção dos direitos humanos.

Considerações da Corte

116. O artigo 1.1 da Convenção Americana estabelece que:

Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

117. O parágrafo 1º do artigo 4º da Convenção dispõe que:

toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

118. O artigo 5º da Convenção Americana estabelece que:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
- [...]

119. A Corte reitera que o reconhecimento de responsabilidade efetuado pelo Estado pela violação dos artigos 4º e 5º da Convenção, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, constitui uma contribuição positiva para o desenvolvimento desse processo e reveste fundamental importância para a vigência dos princípios que inspiram a Convenção Americana¹⁰⁷ no Estado.

120. O Tribunal tem por estabelecido que na Casa de Repouso Guararapes existia um contexto de violência contra as pessoas ali internadas, que estavam sob a ameaça constante de serem agredidas diretamente pelos funcionários do hospital ou de que estes não impedissem as agressões entre os pacientes, uma vez que era frequente que os funcionários não fossem capacitados para trabalhar com pessoas portadoras de

¹⁰⁷ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 55; *Caso Blanco Romero*, nota 20 *supra*, par. 100; e *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 20 *supra*, par. 60.

deficiência mental. Os doentes se encontravam sujeitos a violência também quando seu estado de saúde se tornava crítico, já que a contenção física e o controle de pacientes que entravam em crise eram muitas vezes realizados com a ajuda de outros pacientes. A violência, no entanto, não era o único obstáculo para a recuperação dos pacientes da Casa de Repouso Guararapes, mas também as precárias condições de manutenção, conservação e higiene, bem como da assistência médica, igualmente constituíam uma afronta à dignidade das pessoas ali internadas. Na Casa de Repouso Guararapes o armazenamento dos alimentos era inadequado; as condições higiênicas e sanitárias eram precárias, os banheiros se achavam danificados, sem chuveiro, lavatório ou cesta de lixo, e o serviço sanitário se encontrava sem cobertura nem higiene; não havia médico de plantão, o atendimento médico aos pacientes era frequentemente prestado na recepção do hospital e algumas vezes não havia medicação; faltavam aparelhos essenciais na sala de emergência, tais como tubos de oxigênio, “aspirador de secreção” e vaporizador; os prontuários médicos não registravam a evolução dos pacientes nem os relatórios circunstanciados de acompanhamento que deviam apresentar os profissionais de assistência social, psicologia, terapia ocupacional e enfermagem; o proprietário do hospital não se encontrava presente de maneira assídua, motivo por que era evidente a falta de administração. Em resumo, e conforme salientou a Comissão de Sindicância instaurada posteriormente à morte do senhor Damião Ximenes Lopes, a Casa de Repouso Guararapes “não oferec[ia] as condições exigíveis e [era] incompatível com o exercício ético-profissional da medicina” (par. 112.56, 112.57, 112.61, 112.63, 112.64 e 112.65 *supra*).

121. A Corte considerou provado que no momento da visita de Albertina Viana Lopes à Casa de Repouso Guararapes, em 4 de outubro de 1999, o senhor Damião Ximenes Lopes se encontrava sangrando, apresentava hematomas, tinha a roupa rasgada, estava sujo e cheirando a excremento, com as mãos amarradas para trás, com dificuldade para respirar, agonizante, gritando e pedindo socorro à polícia. Posteriormente a esse encontro, deram-lhe um banho ao senhor Damião Ximenes Lopes e este, ainda com as mãos atadas, caiu da cama. A suposta vítima permaneceu no solo, foi medicada e posteriormente faleceu, sem a presença ou supervisão de médico algum. A necropsia realizada ressaltou que o corpo apresentava escoriações localizadas na região nasal, ombro direito, parte anterior dos joelhos e do pé esquerdo, equimoses localizadas na região do olho esquerdo, ombro homolateral e punhos, motivo por que esta Corte considerou provado que a morte se deu em circunstâncias violentas (par. 112.9, 112.10, 112.11 e 112.14 *supra*).

122. No reconhecimento parcial de responsabilidade internacional, o Estado reconheceu os fatos da demanda relacionados com o falecimento do senhor Damião Ximenes Lopes e a falta de prevenção para superar as condições que permitiram que tal incidente ocorresse, bem como a precariedade do sistema de assistência mental a que a suposta vítima foi submetida, no momento dos fatos, o que constituiu uma violação do artigo 4º da Convenção. O Estado, ademais, reconheceu os maus-tratos de que o senhor Ximenes Lopes foi vítima antes de sua morte, em violação do artigo 5º da Convenção (par. 36, 63 e 66 *supra*).

123. Não obstante, a Corte considera pertinente analisar certos aspectos relativos à violação dos direitos consagrados nos artigos 4º e 5º da Convenção neste caso, já que esta é a primeira vez que o Tribunal tem a oportunidade de se pronunciar sobre a violação dos direitos de uma pessoa portadora de deficiência mental. A Corte analisará o tema sob duas perspectivas: A) os direitos das pessoas portadoras de deficiência mental; e B) os deveres do Estado com relação a essas pessoas.

A) Os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência Mental

1. O Direito à Vida e à Integridade Pessoal

124. Esta Corte reiteradamente afirmou que o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo constitui um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos. Em razão do caráter fundamental do direito à vida, não são admissíveis enfoques restritivos a tal direito.¹⁰⁸

125. Em virtude deste papel fundamental que se atribui ao direito à vida na Convenção, a Corte tem afirmado em sua jurisprudência constante que os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições necessárias para que não se produzam violações a esse direito inalienável e, em particular, o dever de impedir que seus agentes atentem contra ele.¹⁰⁹ O artigo 4º da Convenção garante em essência não somente o direito de todo ser humano de não ser privado da vida arbitrariamente, mas também o dever dos Estados de adotar as medidas necessárias para criar um marco normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida; estabelecer um sistema de justiça efetivo, capaz de investigar, castigar e reparar toda privação da vida por parte de agentes estatais ou particulares; e salvaguardar o direito de que não se impeça o acesso a condições que assegurem uma vida digna, o que inclui a adoção de medidas positivas para prevenir a violação desse direito.¹¹⁰

¹⁰⁸ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 82 e 83; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa*, nota 4 *supra*, par. 150, 151 e 152; *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 119 e 120; *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 232; *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 30 *supra*, par. 161 e 162; *Caso Huilca Tecse*. Sentença de 3 de março de 2005. Série C, nº 121, par. 65 e 66; *Caso “Instituto de Reeducação do Menor”*. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C, nº 112, par. 156 e 158; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C, nº 110, par. 128 e 129; *Caso 19 Comerciantes*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C, nº 109, par. 153; *Caso Myrna Mack Chang*. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C, nº 101, par. 152 e 153; *Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 30 *supra*, par. 110; e *Caso dos “Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros)*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C, nº 63, par. 144.

¹⁰⁹ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 83; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa*, nota 4 *supra*, par. 151; *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 120; *Caso Huilca Tecse*, nota 108 *supra*, par. 65; *Caso “Instituto de Reeducação do Menor”*, nota 108 *supra*, par. 156; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 108 *supra*, par. 128; *Caso 19 Comerciantes*, nota 108 *supra*, par. 153; *Caso Myrna Mack Chang*, nota 108 *supra*, par. 152; *Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 30 *supra*, par. 110; e *Caso dos “Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros)*, nota 108 *supra*, par. 144.

¹¹⁰ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 85; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa*, nota 4 *supra*, par. 153; *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 120; *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 232; *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 30 *supra*, par. 162; *Caso Huilca Tecse*, nota 108 *supra*, par. 66; *Caso “Instituto de Reeducação do Menor”*, nota 108 *supra*, par. 158; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 108 *supra*, par. 129; *Caso 19 Comerciantes*, nota 108 *supra*, par. 153; *Caso Myrna Mack Chang*, nota 108 *supra*, par. 153; *Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 30 *supra*, par. 110; e *Caso dos “Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros)*, nota 108 *supra*, par. 144.

126. A Convenção Americana, por sua vez, reconhece expressamente o direito à integridade pessoal, bem jurídico cuja proteção encerra a finalidade principal da proibição imperativa da tortura e penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Este Tribunal considerou de maneira constante em sua jurisprudência que essa proibição pertence hoje ao domínio do *ius cogens*.¹¹¹ O direito à integridade pessoal não pode ser suspenso em circunstância alguma.¹¹²

127. A Corte já estabeleceu que “[a] infração do direito à integridade física e psíquica das pessoas é uma espécie de violação que apresenta diversas conotações de grau e que abrange desde a tortura até outro tipo de vexames ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes cujas sequelas físicas e psíquicas variam de intensidade segundo os fatores endógenos e exógenos que deverão ser demonstrados em cada situação concreta”,¹¹³ ou seja, as características pessoais de uma presente vítima de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes devem ser levadas em conta no momento de determinar se a integridade pessoal foi violada, já que essas características podem mudar a percepção da realidade do indivíduo e, por conseguinte, aumentar o sofrimento e o sentido de humilhação quando são submetidas a certos tratamentos.

2. O Direito ao Respeito à Dignidade e à Autonomia das Pessoas Portadoras de Deficiência Mental e a um Atendimento Médico Eficaz

128. Os Estados têm o dever de assegurar atendimento médico eficaz às pessoas portadoras de deficiência mental.¹¹⁴ Essa obrigação se traduz no dever estatal de assegurar seu acesso a serviços de saúde básicos; à promoção da saúde mental; à prestação de serviços dessa natureza que sejam o menos restritivos possível; e à prevenção das deficiências mentais.¹¹⁵

¹¹¹ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 117; *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 20 *supra*, par. 222; *Caso Fermín Ramírez*. Sentença de 20 de junho de 2005. Série C, nº 126, par. 117; *Caso Caesar*. Sentença de 11 de março de 2005. Série C, nº 123, par. 59; *Caso Lori Berenson Mejía*, nota 24 *supra*, par. 100; *Caso De la Cruz Flores*. Sentença de 18 de novembro de 2004. Série C, nº 115, par. 125; *Caso Tibi*. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C, nº 114, par. 143; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 108 *supra*, par. 111 e 112; *Caso Maritza Urrutia*. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C, nº 103, par. 89 e 92; *Caso Bámaca Velásquez*. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C, nº 70, par. 154; e *Caso Cantoral Benavides*. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C, nº 69, par. 95.

¹¹² Cf. artigos 5º e 27 da Convenção Americana. Ver nesse sentido *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 119; e *Caso “Instituto de Reeducação do Menor”*, nota 108 *supra*, par. 157.

¹¹³ Cf. *Caso Caesar*, nota 111 *supra*, par. 69; e *Caso Loayza Tamayo*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C, nº 33, par. 57.

¹¹⁴ Cf. Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, nota 32 *supra*, princípio 1; Organização Mundial da Saúde. Divisão de Saúde Mental e Prevenção do Abuso de Substâncias. Dez Princípios Básicos das Normas para o Atendimento da Saúde Mental, nota 37 *supra*, princípio 2; Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência. Resolução nº 48/96 da Assembleia Geral da ONU, Documento A/48/49 (1993), art. 2º; Declaração dos Direitos do Retardado Mental. Resolução da Assembleia Geral da ONU, Documento A/8429 (1971), art. 2º; e Programa de Ação Mundial para os Impedidos. Resolução nº 37/52 da Assembleia Geral da ONU, Documento A/37/51 (1982), par. 95 a 107.

¹¹⁵ Cf. Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, nota 35 *supra*, artigo III.2; e Organização Mundial da Saúde. Divisão de Saúde Mental e Prevenção do Abuso de Substâncias. Dez Princípios Básicos das Normas para o Atendimento da Saúde Mental, nota 37 *supra*, princípios 1, 2 e 4.

129. Em virtude de sua condição psíquica e emocional, as pessoas portadoras de deficiência mental são particularmente vulneráveis a qualquer tratamento de saúde e essa vulnerabilidade se vê aumentada quando essas pessoas ingressam em instituições de tratamento psiquiátrico. Essa vulnerabilidade aumentada se verifica em razão do desequilíbrio de poder existente entre os pacientes e o pessoal médico responsável por seu tratamento e pelo alto grau de intimidade que caracteriza os tratamentos das doenças psiquiátricas.¹¹⁶

130. A Corte considera que todo tratamento de saúde dirigido a pessoas portadoras de deficiência mental deve ter como finalidade principal o bem-estar do paciente e o respeito a sua dignidade como ser humano, que se traduz no dever de adotar como princípios orientadores do tratamento psiquiátrico o respeito à intimidade e à autonomia das pessoas. O Tribunal reconhece que este último princípio não é absoluto, já que a própria necessidade do paciente pode exigir algumas vezes a adoção de medidas sem seu consentimento. A deficiência mental, entretanto, não deve ser entendida como uma incapacidade para que a pessoa de determine e deve ser aplicada a presunção de que as pessoas portadoras desse tipo de deficiências são capazes de expressar sua vontade, a qual deve ser respeitada pelo pessoal médico e pelas autoridades. Quando seja comprovada a impossibilidade do doente para consentir, caberá aos seus familiares, representantes legais ou à autoridade competente emitir seu consentimento quanto ao tratamento a ser empregado.¹¹⁷

i) Cuidados Mínimos e Condições de Internação Dignas

131. Os Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, das Nações Unidas, oferecem um guia útil para determinar se o atendimento médico observou os cuidados mínimos com vistas à preservação da dignidade do paciente. Os princípios 1, 8 e 9 estabelecem as liberdades fundamentais e os direitos básicos e as normas de atendimento médico e do tratamento a ser prestado às pessoas portadoras de deficiência mental. Ademais, o lugar e as condições físicas em que se desenvolve o tratamento devem estar de acordo com o respeito à dignidade da pessoa, de acordo com o princípio 13.

¹¹⁶ Cf. Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência, nota 114 *supra*, art. 9.4; Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 5, “Pessoas portadoras de deficiência”, nota 35 *supra*, par. 9º; e Normas do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2004, par. 51. Nesse sentido, Cf. *European Court of Human Rights, Keenan v. United Kingdom*, Application no. 27229/95, judgment of 3 April 2001, p. 111, e *European Court of Human Rights, Herczegfalvy v. Austria*, Application no. 10533/83, judgment of 24 September 1992, p. 82.

¹¹⁷ Cf. Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, nota 32 *supra*, princípios 9.4 e 11; Organização Mundial da Saúde. Divisão de Saúde Mental e Prevenção do Abuso de Substâncias. Dez Princípios Básicos das Normas para o Atendimento da Saúde Mental, nota 37 *supra*, princípios 5, 6 e 9; Organização Pan-Americana da Saúde, Declaração de Caracas, aprovada pela Conferência Regional para a Reestruturação da Atenção Psiquiátrica na América Latina, em 14 de novembro 1990, art. 3º; Associação Psiquiátrica Mundial (APM), Declaração de Madri sobre Normas Éticas para a Prática Psiquiátrica, aprovada pela Assembleia Geral da APM em 25 de agosto de 1996, revisada em 26 de agosto de 2002, preâmbulo e par. 4º; e *World Psychiatric Association (WPA), Declaration of Hawaii/II, adopted by the WPA General Assembly on 10th July 1983*, p. 2 e 5.

132. A Corte considera que as precárias condições de funcionamento da Casa de Repouso Guararapes, tanto as condições gerais do lugar quanto o atendimento médico, se distanciavam de forma significativa das adequadas à prestação de um tratamento de saúde digno, particularmente em razão de que afetavam pessoas de grande vulnerabilidade por sua deficiência mental, e eram *per se* incompatíveis com uma proteção adequada da integridade pessoal e da vida.

ii) O Uso da Sujeição

133. Entende-se sujeição como qualquer ação que interfira na capacidade do paciente de tomar decisões ou que restrinja sua liberdade de movimento. A Corte observa que o uso da sujeição apresenta um alto risco de ocasionar danos ao paciente ou sua morte, e que as quedas e lesões são comuns durante esse procedimento.¹¹⁸

134. O Tribunal considera que a sujeição é uma das medidas mais agressivas a que pode ser submetido um paciente em tratamento psiquiátrico. Para que esteja de acordo com o respeito à integridade psíquica, física e moral da pessoa, segundo os parâmetros exigidos pelo artigo 5º da Convenção Americana, deve ser empregada como medida de último recurso e unicamente com a finalidade de proteger o paciente, ou o pessoal médico e terceiros, quando o comportamento da pessoa em questão seja tal que esta represente uma ameaça à segurança daqueles. A sujeição não pode ter outro motivo senão este e somente deve ser executada por pessoal qualificado e não pelos pacientes.¹¹⁹

135. Ademais, considerando que todo tratamento deve ser escolhido com base no melhor interesse do paciente e em respeito a sua autonomia, o pessoal médico deve aplicar o método de sujeição que seja menos restritivo, depois de uma avaliação de sua necessidade, pelo período que seja absolutamente necessário, e em condições que respeitem a dignidade do paciente e que minimizem os riscos de deterioração de sua saúde.¹²⁰

136. O senhor Damião Ximenes Lopes foi submetido a sujeição com as mãos amarradas para trás entre a noite do domingo e a manhã da segunda-feira, sem uma reavaliação da necessidade de prolongar a contenção, e se permitiu que caminhará sem a adequada supervisão. Esta forma de sujeição física a que foi submetida a suposta vítima não atende à necessidade de proporcionar ao paciente um tratamento digno nem a proteção de sua integridade psíquica, física ou moral.

¹¹⁸ Cf. Normas do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2004. Extraído do 8º Relatório Geral CPT/INF(98) 12, par. 47 a 49; American Hospital Association/National Association of Psychiatric Health Systems, *Guiding Principles on Restraint and Seclusion for Behavioral Health Services*, 25 February 1999; American Geriatrics Society Position Statement: *Guidelines For Restraint Use*, Last Updated January 1st, 1997; e American Medical Association, *Guidelines for the Use of Restraints in Long-Term Care Facilities*, June 1989, p. 5.

¹¹⁹ Cf. Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, nota 32 *supra*, princípio 11.11.

¹²⁰ Cf. Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, nota 32 *supra*, princípio 11.11; Declaração de Madri sobre Normas Éticas para a Prática Psiquiátrica, nota 117 *supra*, preâmbulo; Organização Mundial da Saúde. Divisão de Saúde Mental e Prevenção do Abuso de Substâncias. Dez Princípios Básicos das Normas para o Atendimento da Saúde Mental, nota 117 *supra*, princípio 4.3; e Declaration of Hawaii/II, adopted by the WPA General Assembly on 10th July 1983, nota 37 *supra*, p. 1.

B) Os Deveres do Estado com Relação às Pessoas Portadoras de Deficiência Mental

137. A Corte já salientou que da obrigação geral de garantia dos direitos à vida e à integridade física nascem deveres especiais de proteção e prevenção, os quais, neste caso, se traduzem em deveres de cuidar e de regular.

1. O Dever de Cuidar

138. Com a finalidade de determinar as obrigações do Estado com relação às pessoas portadoras de deficiência mental, a Corte julga necessário levar em conta, em primeiro lugar, a posição especial de garante que assume o Estado a respeito das pessoas que se encontram sob sua guarda ou cuidado, a quem o Estado tem a obrigação positiva de proporcionar condições necessárias para desenvolver uma vida digna.¹²¹

139. Em segundo lugar, o Tribunal considera que o acima exposto se aplica de maneira especial às pessoas que se encontrem recebendo atendimento médico, uma vez que a finalidade última da prestação de serviços de saúde é a melhoria da condição da saúde física ou mental do paciente, o que aumenta significativamente as obrigações do Estado e dele exige a adoção das medidas disponíveis e necessárias para impedir a deterioração da condição do paciente e otimizar sua saúde.

140. Finalmente, os cuidados de que são titulares todas as pessoas que estejam recebendo assistência médica alcançam sua máxima exigência quando se referem a pacientes com deficiência mental, dada sua particular vulnerabilidade quando se encontram em instituições psiquiátricas.

2. O Dever de Regular e Fiscalizar

141. O Tribunal dispôs que o dever dos Estados de regular e fiscalizar as instituições que prestam serviço de saúde, como medida necessária para a devida proteção da vida e integridade das pessoas sob sua jurisdição, abrange tanto as entidades públicas e privadas que prestam serviços públicos de saúde quanto aquelas instituições que prestam exclusivamente serviços privados de saúde (par. 89 e 90 *supra*). Especialmente com relação às instituições que prestam serviço público de saúde, como fazia a Casa de Repouso Guararapes, o Estado não somente deve regulá-las e fiscalizá-las, mas tem, ademais, o especial dever de cuidado com relação às pessoas ali internadas.

¹²¹ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 120; *Caso López Álvarez*, Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Série C, nº 141, par. 104 a 106; *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 20 *supra*, par. 221; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, nota 30 *supra*, par. 162; *Caso Lori Berenson Mejía*, nota 24 *supra*, par. 102; *Caso Tibi*, nota 111 *supra*, par. 150; *Caso "Instituto de Reeducação do Menor"*, nota 108 *supra*, par. 152; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 108 *supra*, par. 98; *Caso Bulacio*, Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C, nº 100, par. 138; e *Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 30 *supra*, par. 111. No mesmo sentido, *Caso da Penitenciária Urso Branco*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 21 de setembro de 2005, sexto considerando, e *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 7 de maio de 2004, décimo terceiro considerando.

142. Neste caso a Casa de Repouso Guararapes funcionava no âmbito do sistema público de saúde e o Estado estava obrigado a regulamentá-la e fiscalizá-la, não somente em virtude de suas obrigações decorrentes da Convenção Americana, mas também em razão de sua normativa interna. Segundo o disposto no artigo 197 da Constituição, “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle [...]”. Igualmente, o artigo 200 da Constituição ressalta que “[a]o [S]istema [Ú]nico de [S]aúde compete [...] controlar e fiscalizar procedimentos [...] e executar as ações de vigilância sanitária [...]”. Por sua vez, o artigo 6º da Lei nº 8.080, de 1990, dispõe que “[e]stão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), [inter alia,] a execução de ações [...] tanto de vigilância sanitária, [a qual] se entende por um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes [...] da prestação de serviços de interesse da saúde, [bem como] o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde [...]”.

143. O Tribunal observa que o Estado conhecia as condições de internação que a Casa de Repouso Guararapes oferecia na época dos fatos. A violência contra os pacientes já havia sido o contexto da morte de duas pessoas internadas no referido hospital (par. 112.58 *supra*). Além disso, em 15 de maio de 1996, o Grupo de Acompanhamento de Assistência Psiquiátrica do Ministério da Saúde (GAP) havia emitido um relatório sobre o resultado da inspeção realizada na Casa de Repouso Guararapes, em que se recomendava o fechamento de duas enfermarias do hospital, por falta de condições de funcionamento, infiltração e outras irregularidades (par. 112.62 *supra*).

144. A Corte observa que foi até 21 de outubro de 1999 que os funcionários do Departamento de Vigilância Sanitária da Secretaria de Saúde e Assistência Social realizaram uma inspeção na Casa de Repouso Guararapes para averiguar se o hospital obedecia às especificações da normativa pertinente. Ademais, até 4 de novembro de 1999, a Coordenação de Controle, Avaliação e Auditoria e o Médico Auditor do Sistema Municipal de Auditoria visitaram a Casa de Repouso Guararapes. Coincidentemente, os três órgãos concluíram que o hospital não cumpria as exigências das normas pertinentes e recomendaram que fossem sanadas de imediato as irregularidades (par. 112.63 e 112.64 *supra*).

145. Apesar de a competência contenciosa da Corte ter sido reconhecida pelo Estado em 10 de dezembro de 1998, o Tribunal considera que o lapso de 10 meses e 11 dias desta data até 21 de outubro de 1999, período em que medida alguma foi adotada para melhorar as precárias condições de atendimento de saúde na Casa de Repouso Guararapes, não é compatível com o dever do Estado de regulamentar o atendimento de saúde prestado às pessoas sob sua jurisdição, em razão de que já havia uma situação irregular desde 15 de maio de 1996.

146. O Estado tem responsabilidade internacional por descumprir, neste caso, seu dever de cuidar e de prevenir a vulneração da vida e da integridade pessoal, bem

como seu dever de regulamentar e fiscalizar o atendimento médico de saúde, os quais constituem deveres especiais decorrentes da obrigação de garantir os direitos consagrados nos artigos 4º e 5º da Convenção Americana.

3. O Dever de Investigar

147. A obrigação de garantir os direitos humanos consagrados na Convenção não se esgota na existência de uma ordem normativa destinada a tornar possível o cumprimento desta obrigação, mas compreende a necessidade de uma conduta governamental que assegure a existência, na realidade, de uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos humanos.¹²² Nesse sentido, uma dessas condições para garantir efetivamente o direito à vida e à integridade pessoal é o cumprimento do dever de investigar as afetações a eles, o que decorre do artigo 1.1 da Convenção em conjunto com o direito substantivo que deve ser amparado, protegido ou garantido.¹²³

148. Em virtude do acima exposto, o Estado tem o dever de iniciar *ex officio* e sem demora uma investigação séria, imparcial e efetiva, que não se empreenda como uma mera formalidade condenada de antemão a ser infrutífera.¹²⁴ Esta investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à investigação, ajuizamento e punição de todos os responsáveis pelos fatos, especialmente quando estejam ou possam estar implicados agentes estatais.¹²⁵

149. Para determinar se a obrigação de proteger os direitos à vida e à integridade pessoal mediante uma investigação séria do ocorrido foi cumprida cabalmente, é preciso examinar os procedimentos abertos internamente, destinados a elucidar os fatos, o que se efetuará no Capítulo X desta Sentença.

• • •

150. As anteriores considerações levam a Corte a concluir que, por haver faltado com seus deveres de respeito, prevenção e proteção, com relação à morte e os tratos cruéis, desumanos e degradantes sofridos pelo senhor Damião Ximenes Lopes, o Estado tem responsabilidade pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo tratado, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes.

¹²² Cf. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, nota 4 *supra*, par. 167; e *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 142.

¹²³ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 92; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 142; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 233.

¹²⁴ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 92 e 93; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 143; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 219 e 223.

¹²⁵ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 94; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 143; e *Caso da Comunidade Moiwana*. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C, nº 124, par. 203.

IX

VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º DA CONVENÇÃO AMERICANA
EM RELAÇÃO COM O ARTIGO 1.1 DO MESMO TRATADO
(Direito à integridade pessoal e obrigação de respeitar os direitos)

151. Os representantes alegaram no escrito de alegações finais que os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes são supostas vítimas da violação do artigo 5º da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, com base nos fatos descritos na demanda sobre a morte do senhor Ximenes Lopes e aceitos pelo Estado em seu reconhecimento de responsabilidade. Consideram, por conseguinte, que o Estado deve reparar devidamente os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes por essa violação.

152. Nem a Comissão nem o Estado apresentaram alegações acerca da referida violação do artigo 5º da Convenção, com respeito aos familiares da suposta vítima.

Considerações da Corte

153. O artigo 1.1 da Convenção Americana estabelece que:

Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

154. O artigo 5º da Convenção Americana dispõe que:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

[...]

155. Com respeito à alegada violação do artigo 5º da Convenção Americana, mencionada somente pelos representantes em suas alegações finais, que não consta do escrito de solicitações e argumentos, este Tribunal considera que esta alegação é extemporânea; não teria impedimento, no entanto, para analisá-la em conformidade com o princípio *iuria novit curia*.¹²⁶

¹²⁶ Cf. *Caso das Meninas Yean e Bosico*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C, nº 130, par. 204; *Caso Cantos*. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C, nº 97, par. 58; e *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C, nº 94, par. 107.

156. Esta Corte salientou, em reiteradas oportunidades,¹²⁷ que os familiares das vítimas de violações dos direitos humanos podem ser, por sua vez, vítimas. O Tribunal considerou violado o direito à integridade psíquica e moral de alguns familiares das vítimas em virtude do sofrimento adicional por que passaram, em consequência das circunstâncias especiais das violações praticadas contra seus seres queridos e das posteriores ações ou omissões das autoridades estatais frente aos fatos.¹²⁸

157. Analisadas as circunstâncias do caso, com base na Convenção Americana, e à luz do princípio *iura novit curia*, a Corte considera provado o sofrimento da senhora Albertina Viana Lopes, mãe do senhor Damião Ximenes Lopes, pelo tratamento a ele dado pelo Estado, que culminou com sua morte. Foi ela quem entregou o filho à guarda da Casa de Repouso Guararapes, por encontrar-se enfermo, à espera de sua recuperação. Três dias depois da internação, no entanto, o encontrou em condições deploráveis e nada pôde fazer por ele. Ela tomou conhecimento do falecimento do filho ao chegar a sua casa depois de havê-lo deixado no hospital. Tudo isso lhe causou grande dor e tristeza. Depois da morte do filho sofreu grandes depressões e problemas de saúde. A esse respeito, sua filha, Irene Ximenes Lopes Miranda, na audiência pública perante esta Corte, declarou que:

[sua mãe] ficou com a vida completamente arruinada, até hoje sofre de depressão e diz que tem vontade de morrer, perdeu o gosto pela vida, também teve uma gastrite nervosa e em consequência uma úlcera duodenal que [...] foi tratada com muita dificuldade [...].

158. Igualmente, de acordo com as particularidades do caso, este Tribunal estima necessário considerar a situação do senhor Francisco Leopoldino Lopes, pai do senhor Damião Ximenes Lopes, da senhora Irene Ximenes Lopes Miranda e do senhor Cosme Ximenes Lopes, estes últimos irmãos da suposta vítima, já que, segundo o alegado pelos representantes e manifestado pela senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, entre os diversos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, eram sua mãe e seu pai, bem como os mencionados irmãos em particular, as pessoas afetivamente mais próximas dele.

159. A Corte considerou provado o sofrimento e angústia do pai da suposta vítima, senhor Francisco Leopoldino Lopes, que, embora estivesse separado da mãe do senhor Damião Ximenes Lopes, não havia rompido os laços familiares com o filho (par. 111.71 *supra*). O senhor Francisco Leopoldino Lopes sofreu com o falecimento do filho, que era tão jovem quando morreu, e viveu por muito tempo com um desejo de vingança, segundo declarou a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda perante a Corte.

¹²⁷ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 128; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 119; e *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 154.

¹²⁸ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 128; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 119; e *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 154.

160. A irmã do senhor Damião Ximenes Lopes, ademais do sofrimento e tristeza que lhe causou a morte do irmão, sofreu sequelas psicológicas, como uma depressão que durou mais de três anos, o que afetou suas relações familiares e a fez perder a capacidade de amamentar sua filha recém-nascida. Tendo um contrato de trabalho que se estenderia até 31 de dezembro de 2004, abandonou-o. Sofreu e reviveu de maneira constante as circunstâncias da morte do irmão, Damião Ximenes Lopes, perante os órgãos judiciais e de direitos humanos, uma vez que se dedicou à busca da verdade e da justiça com relação a esses acontecimentos, para o que participou ativamente do processo judicial interno e dos trâmites seguidos perante a Comissão e agora perante esta Corte. Em virtude disso, separou-se da família por longos períodos.

161. A angústia que sofreu a irmã do senhor Damião Ximenes Lopes se observa na declaração prestada na audiência pública perante a Corte, quando manifestou que:

no dia do enterro [do] irmão no cemitério [ela] se ajoelhou sobre o caixão dele e jur[ou] que [sua] alma não sossega[ria] enquanto não houvesse justiça no caso [de Damião Ximenes Lopes], e [faz] seis anos que [ela] busca justiça [...].

162. O senhor Cosme Ximenes Lopes, que também esteve internado em instituições psiquiátricas, em razão do vínculo afetivo e da identificação que havia entre os dois irmãos pelo fato de serem gêmeos, sofreu com a perda do senhor Damião Ximenes Lopes. Logo que recebeu a notícia da morte do irmão, entrou em estado de choque; em seguida, entrou em depressão e deixou de trabalhar.

163. A Corte considera, com base no acima exposto, que o Estado tem responsabilidade pela violação do direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5º da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo tratado, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e dos senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes.

X

VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 8.1 E 25.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA EM RELAÇÃO COM O ARTIGO 1.1 DO MESMO TRATADO (Direito às Garantias judiciais, à Proteção judicial e obrigação de respeitar os direitos)

Alegações da Comissão

164. Com relação à suposta violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, a Comissão Interamericana alegou, *inter alia*, que:

- a) no caso *sub judice* a falta de efetividade do processo interno pode ser demonstrada de duas maneiras: pelas omissões das autoridades que deixaram de realizar ações e investigações fundamentais para recolher todas as provas possíveis a fim de determinar a verdade dos fatos e pelas deficiências e falhas nas ações efetuadas;
- b) os erros na investigação mostram que as autoridades do Estado não procuraram efetivamente elucidar a verdade sobre a morte da suposta vítima por meio de uma investigação imediata, séria e exaustiva;
- c) a *notitia criminis* sobre a morte da suposta vítima chegou ao conhecimento das autoridades policiais no mesmo dia, por intermédio de sua família. O Delegado de Polícia de Sobral, no entanto, não instaurou imediatamente a investigação policial, mas somente 35 dias depois, em 9 de novembro de 1999. Segundo a Comissão essa demora afetou de maneira crucial a eficácia da investigação;
- d) em 27 de março de 2000, o Ministério Público apresentou a denúncia, na que tipificou a morte do senhor Damião Ximenes Lopes por agressão como uma morte por omissão ou privação de cuidados indispensáveis e alternativamente concluiu que, se a morte tivesse sido causada por agressão, o artigo 136 do Código Penal continuaria a ser a tipificação adequada;
- e) neste caso a atividade processual dos familiares da suposta vítima não é relevante para a análise do prazo razoável. Por conseguinte, as alegações do Estado de que as deficiências da investigação e da produção de prova poderiam ter sido supridas pela mãe do senhor Damião Ximenes Lopes, como assistente do Ministério Público na ação penal nº 674/00, carecem de fundamento;
- f) este caso não pode ser considerado complexo, como alegou o Estado, pelo suposto grande número de depoimentos. A conduta negligente e injustificada das autoridades estatais levou à demora do processo interno, uma vez que tardaram a iniciar as investigações, a realizar e comparecer às audiências, a expedir as intimações, notificações e cartas precatórias necessárias. As autoridades dedicaram-se a emitir meros autos interlocutórios sem motivação e por meses não se procedeu à execução de nenhuma diligência ou decisão. O volume de trabalho da Terceira Vara da Comarca da Secretaria de Sobral não pode servir de desculpa para a demora e os lapsos de inércia estatal; e
- g) a inexistência de uma sentença de primeira instância depois de seis anos da morte violenta do senhor Damião Ximenes Lopes e a situação atual do processo penal interno, ainda na fase de instrução, mostram que os familiares da suposta vítima se encontram em situação de denegação de justiça por parte das autoridades estatais.

Alegações dos Representantes

165. Com relação à suposta violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes indicaram, *inter alia*, que:

- a) a investigação policial apresenta uma série de irregularidades que comprometem a elucidação da morte do senhor Damião Ximenes Lopes. As autoridades competentes ignoraram evidência material e testemunhas oculares que corroboram que a morte do senhor Ximenes Lopes foi resultado de golpes. Dentre as falhas salientam-se: a indicação de que a morte ocorreu por “causa indeterminada”; a deficiência do laudo de necropsia, que levanta suspeitas sobre a independência da investigação, e o desaparecimento de provas importantes contra os responsáveis pela Casa de Repouso Guararapes;
- b) transcorridos seis anos da morte do senhor Damião Ximenes Lopes nenhuma pessoa ou instituição foi responsabilizada, já que até esta data não se proferiu decisão judicial alguma;
- c) enquanto dure a inércia no processo judicial para punir os responsáveis pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes, o Estado estará descumprindo sua obrigação de punir de maneira efetiva e em prazo razoável as violações de direitos humanos;
- d) este caso não apresenta particularidade alguma que o torne especialmente complexo. Cumpre salientar que os fatos foram objeto de investigação por vários órgãos e por particulares, gerando abundantes provas documentais e testemunhais; tanto as testemunhas quanto os acusados se encontram vivos e localizados e não há nenhum obstáculo, a não ser a falta de empenho das autoridades por essas ações no julgamento dos responsáveis;
- e) quanto à atividade processual dos interessados, a família do senhor Damião Ximenes Lopes fez tudo que estava a seu alcance para cooperar com os investigadores do Estado e promover o desenvolvimento do caso, para o que realizou inúmeras diligências e ações com relação à investigação policial e ao processo penal pela morte da suposta vítima;
- f) a possibilidade prevista na lei brasileira de que os familiares participem ativamente e colaborem na condução do caso, como assistente do Ministério Público na ação penal, não pode ser interpretada como substituição da responsabilidade do Estado de realizar uma investigação completa, imparcial, dentro de um prazo razoável, como parte da garantia do remédio legal;

- g) as ações dos agentes estatais obstruíram o processo contra os responsáveis pelos fatos;
- h) o Código de Processo Penal especifica que as ações criminais devem ser iniciadas e encerradas num período de 81 dias. Este caso se estende por mais de 2.200 dias, mais de vinte e oito vezes a duração estipulada no referido código; e
- i) os familiares da suposta vítima, em especial sua irmã Irene Ximenes Lopes Miranda, envidaram esforços extraordinários para cooperar e fazer avançar os procedimentos. Em consequência desses atrasos indevidos, que são atribuídos exclusivamente ao Estado, ao senhor “Damião [Ximenes Lopes] e a sua família [foram] negados seus direitos de acordo com os artigos 8º e 25 da Convenção Americana”.

Alegações do Estado

166. Com relação à suposta violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, o Estado salientou, *inter alia*, que:

- a) a seriedade do Estado na busca da justiça foi devidamente demonstrada na instrução do caso e na exposição dos fatos e argumentos apresentados na contestação da demanda, em que se faz uma descrição de todas as medidas adotadas pelo Estado para investigar as circunstâncias do falecimento do senhor Damião Ximenes Lopes e sancionar os responsáveis pelos maus-tratos e a morte desse paciente da Casa de Repouso Guararapes;
- b) o Estado adotou todas as medidas necessárias para sancionar na esfera penal os responsáveis pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes. No entanto, não se pode esquecer que no processo penal também devem ser observadas as garantias fundamentais dos acusados;
- c) no que se refere à investigação efetiva, não há que falar de violação por parte do Estado. As funções investigativas, acusadoras, de defesa e decisória são exercidas por órgãos diferentes e independentes. A eventual omissão de provas no âmbito da investigação policial não acarretou prejuízo algum, uma vez que estas poderiam ter sido supridas em juízo. Neste caso as provas produzidas foram aptas para demonstrar ao Ministério Público a materialidade do delito e indícios de uma autoria;
- d) já está concluída neste caso a fase de instrução da ação penal, devendo ser proferida a sentença nos primeiros meses de 2006; e

e) o Estado não violou os artigos 8º e 25 da Convenção, já que as investigações sobre a morte do senhor Damião Ximenes Lopes obedeceram a decisões legais, respeitando-se os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. A demora do processo penal é razoável, dado que se baseia na busca da verdade real, na complexidade da causa e nas peculiaridades do processo penal brasileiro.

Considerações da Corte

167. O artigo 1.1 da Convenção Americana dispõe que:

Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

168. O artigo 8.1 da Convenção Americana estabelece que:

[t]oda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
[...]

169. O artigo 25 da Convenção dispõe que:

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

170. A Comissão e os representantes alegaram neste caso a violação dos artigos 8º (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse tratado, em detrimento dos familiares da suposta vítima, com fundamento em que o processo penal que se iniciou para investigar, identificar e sancionar os responsáveis pelos maus-tratos e pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes ainda se encontra pendente, transcorridos mais de seis anos dos fatos, sem que até esta data se tenha proferido sentença de primeira instância (par. 112.43 *supra*). A ação civil de reparação, que busca uma compensação pelos danos, tampouco foi solucionada (par. 112.49 *supra*). A Corte julga necessário, por conseguinte, examinar as diversas diligências relacionadas com a investigação policial e o processo penal e a ação civil de reparação de danos que tramitam atualmente no âmbito interno. Esse exame deverá ser feito de acordo com o disposto nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, com relação aos familiares da suposta vítima.

171. O Tribunal deve determinar se os procedimentos foram desenvolvidos com respeito às garantias judiciais, em um prazo razoável, e se ofereceram um recurso efetivo para assegurar os direitos de acesso à justiça, de conhecimento da verdade dos fatos e de reparação aos familiares.

172. A Corte considera pertinente recordar que é um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, amparado no Direito Internacional dos Direitos Humanos, que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos em violação dos direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana.¹²⁹

173. Os artigos 8º e 25 da Convenção consolidam, com referência às ações e omissões dos órgãos judiciais internos, o alcance do mencionado princípio de geração de responsabilidade pelos atos de qualquer dos órgãos do Estado.¹³⁰

174. Em casos similares, esta Corte determinou que o esclarecimento de supostas violações por parte de um Estado de suas obrigações internacionais por meio da atuação de seus órgãos judiciais pode levar o Tribunal a examinar os respectivos processos internos. Isto posto, os procedimentos internos devem ser considerados como um todo, uma vez que a função do tribunal internacional é determinar se a integralidade dos procedimentos esteve conforme com as disposições internacionais.¹³¹

175. Para a realização dessa análise, a Corte considera que, de acordo com a Convenção Americana, os Estados-Partes estão obrigados a proporcionar recursos judiciais efetivos às vítimas de violações dos direitos humanos (artigo 25), os quais devem ser substanciados em conformidade com as regras do devido processo legal (artigo 8.1), tudo isso compreendido na obrigação geral, a cargo dos próprios Estados,

¹²⁹ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 140; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 111 e 112; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 108.

¹³⁰ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 141; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 28; e *Caso Herrera Ulloa*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C, nº 107, par. 109.

¹³¹ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 142; *Caso Lori Berenson Mejía*, nota 24 *supra*, par. 133; e *Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 30 *supra*, par. 120.

de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição (artigo 1.1).¹³²

176. Da análise dos fatos do presente caso deduz-se que foram as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda as que iniciaram e acompanharam as gestões, e nelas intervieram, para averiguar o que havia acontecido com o senhor Damião Ximenes Lopes, motivo por que o Tribunal passará a analisar se o Estado lhes proporcionou um recurso efetivo.

A) Investigação Policial e Diligências Relacionadas com a Morte do Senhor Damião Ximenes Lopes

177. Os Estados têm o dever de investigar as afetações aos direitos à vida e à integridade pessoal como condição para garantir esses direitos, conforme se desprende do artigo 1.1 da Convenção Americana. Neste caso, a Corte estabeleceu que o Estado falhou em seus deveres de respeito, prevenção e proteção e que é, por conseguinte, responsável pela violação do direito à vida e à integridade pessoal do senhor Damião Ximenes Lopes (par. 150 *supra*).

178. Em consequência dos fatos, o Estado iniciou uma investigação policial e realizou diversas diligências relacionadas com a morte do senhor Damião Ximenes Lopes. A Corte analisará se aquelas foram sérias, imparciais e efetivas e se não foram empreendidas como simples formalidade.¹³³

179. Considerando as circunstâncias violentas em que se deu a morte do senhor Damião Ximenes Lopes (par. 112.11 *supra*), este Tribunal julga que é necessário para a investigação de toda morte violenta observar regras similares às que constam do Manual para a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias das Nações Unidas. As autoridades estatais que conduzem uma investigação devem, *inter alia*: a) identificar a vítima; b) recuperar e preservar o material probatório relacionado com sua morte, a fim de colaborar em qualquer investigação; c) identificar possíveis testemunhas e obter suas declarações com relação à morte que se investiga; d) determinar a causa, forma, lugar e momento da morte, bem como qualquer procedimento ou prática que possa tê-la provocado; e e) distinguir entre morte natural, morte acidental, suicídio e homicídio. É necessário, ademais, investigar exaustivamente a cena do crime e se devem ser realizadas necropsias e análise dos restos humanos, de maneira rigorosa, por profissionais competentes e mediante o uso dos procedimentos mais adequados.¹³⁴

¹³² Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 143; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 147; e *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 169.

¹³³ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 92 e 93; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 143 e 144; e *Caso Gómez Palomino*, nota 21 *supra*, par. 77.

¹³⁴ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 96; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 177; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 224. Ver também Manual para a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Sumárias e Arbitrárias, das Nações Unidas, Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991).

180. Inicialmente, apesar da evidência de que se havia praticado violência contra Damião Ximenes Lopes, o médico Francisco Ivo de Vasconcelos, da Casa de Repouso Guararapes, que examinou a suposta vítima logo após sua morte, diagnosticou a causa da morte como “parada cardiorrespiratória” (par. 112.12 *supra*).

181. Com relação ao mencionado exame, o médico Francisco Ivo de Vasconcelos declarou, em 11 de janeiro de 2000, perante a Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, que o cadáver do paciente “estava no chão, onde fez o primeiro exame para tentar ver a causa de [sua] morte [...]”. Declarou também, em 11 de outubro de 2000, perante a Terceira Vara da Comarca de Sobral, que “passou a investigar a possível causa da morte e não percebeu nenhum tipo de objeto que pudesse ter asfixiado o paciente, não havia sinais de estrangulamento ou traumatismo, não havia tampouco sangramento externo, motivo por que [o declarante] atestou no certificado de óbito ‘parada cardiorrespiratória’. [O paciente] não apresentava nenhuma lesão externa, nenhuma escoriação, o sangramento havia desaparecido, não apresentava nenhum hematoma no nível do couro cabeludo, não apresentava sinais de estrangulamento, abri[u] a cavidade bucal para ver se encontrav[a] algum objeto e então pedi[u] à enfermeira que avisasse a família do paciente sobre sua morte e que preparasse toda a documentação [...]”.

182. Esta Corte considera que o referido médico Francisco Ivo de Vasconcelos, ao examinar o corpo da suposta vítima, não adotou as medidas adequadas, uma vez que, como salientou em sua declaração, examinou o cadáver e não informou que o corpo apresentava lesões externas, que foram descritas posteriormente no laudo da necropsia, embora conhecesse as circunstâncias de violência na Casa de Repouso Guararapes, bem como as condições especiais da suposta vítima (par. 112.9 e 112.56 *supra*). Das referidas declarações desprende-se que em seu exame o médico descartou possíveis causas da morte, mas não fundamentou seu diagnóstico de morte por parada cardiorrespiratória e ignorou a existência de lesões e deveria então ter determinado a realização de necropsia, a fim de proceder a um estudo exaustivo do cadáver da suposta vítima.

183. Ante a falta de clareza com relação às circunstâncias que cercaram a morte do senhor Ximenes Lopes, seus familiares levaram o corpo para o Instituto Médico Legal da cidade de Fortaleza, capital do Estado do Ceará, para a realização da necropsia.

184. O Instituto Médico Legal realizou a necropsia do senhor Damião Ximenes Lopes, concluindo que se tratava de “morte real de causa indeterminada” e deixando registrada a existência de diversas lesões, embora não mencionasse como teriam sido provocadas. Tampouco descreveu o exame do cérebro da suposta vítima, o que motivou o Ministério Público a pedir ao Delegado de Polícia que solicitasse ao Instituto Médico Legal esclarecimentos sobre o conteúdo da necropsia referente às lesões nela descritas. Após duas reiterações do Delegado de Polícia, o Instituto esclareceu que “[a]s lesões descritas [no laudo do exame cadavérico] foram provocadas por ação de instrumento contundente (ou por espancamento ou por tombos)” (par. 112.14 e 112.15 *supra*). Cumpre salientar que não foram tiradas fotografias do corpo do senhor Damião Ximenes Lopes.

185. Em 20 de junho de 2001, a Quinta Vara Cível, em que tramita a ação civil de reparação de danos, ordenou, como prova pericial, a realização da exumação do cadáver da suposta vítima. O relatório conclusivo mencionou novamente que a morte do senhor Ximenes Lopes era uma “morte real de causa indeterminada” (par. 112.16 e 112.54 *supra*).

186. A esse respeito, a senhora Lídia Dias Costa, na peritagem apresentada na audiência pública perante a Corte, declarou que na exumação do cadáver do senhor Damião Ximenes Lopes se pôde constatar que seu cérebro havia sido aberto como se faz nas necropsias, mas que não encontrava motivos justificados para que isso não fosse expresso ou descrito no laudo da necropsia realizada em 1999. Segundo a perita, trata-se de um procedimento de rotina e não há justificativa para não examinar o cérebro ou não descrever o que foi examinado. Declarou também que se poderia formular um diagnóstico, com base na evolução clínica do paciente, de morte violenta causada por traumatismo cranioencefálico (par. 47.4.a *supra*). O relatório do exame pós-exumático confirma que o crânio apresentava uma “craniotomia transversal”, resultado de exame pericial anterior (par. 112.16 *supra*).

187. Esta Corte considera que o protocolo da necropsia realizada ao senhor Damião Ximenes Lopes em 4 de outubro de 1999 não cumpriu as diretrizes internacionais reconhecidas para as investigações forenses, já que não apresentou, entre outros elementos, uma descrição completa das lesões externas e do instrumento que as teria provocado, da abertura e descrição das três cavidades corporais (cabeça, tórax e abdômen), referindo-se na conclusão à “causa indeterminada” da morte e, por conseguinte, tampouco mencionou o instrumento que as teria provocado. Por sua vez, a Direção Técnico-Científica do Instituto Médico Legal que realizou a exumação também concluiu que se tratava “de um caso de morte real de causa indeterminada”. Este Tribunal estima que os Estados, em atendimento a suas obrigações de investigar os delitos, devem designar uma autoridade competente para a realização das investigações forenses, entre as quais se inclui a necropsia, em observância das normativas interna e internacional. Neste caso está claro que o Instituto de Medicina Legal não realizou as investigações nem documentou os achados encontrados no decorrer da necropsia, conforme dispõem as normas e práticas forenses.

188. Por outro lado, no que se refere à investigação policial sobre a morte do senhor Damião Ximenes Lopes, está demonstrado que foi iniciada pela Delegacia Regional de Sobral em 9 de novembro de 1999, 36 dias depois do ocorrido na Casa de Repouso Guararapes (par. 112.18 *supra*).

189. Houve uma falha das autoridades estatais quanto à devida diligência, ao não iniciarem imediatamente a investigação dos fatos, o que impediu inclusive a oportuna preservação e coleta da prova e a identificação de testemunhas oculares. Os funcionários estatais tampouco preservaram ou inspecionaram a Casa de Repouso Guararapes ou procederam a uma reconstrução dos fatos para explicar as circunstâncias em que morreu o senhor Ximenes Lopes.

190. Em virtude dessa falta de investigação, os familiares da suposta vítima denunciaram perante diversos organismos os fatos relacionados com a morte de Ximenes Lopes e reivindicaram justiça no caso. A senhora Albertina Viana Lopes, mãe da suposta vítima, recorreu à Coordenação Municipal de Controle e Avaliação da Secretaria de Saúde e Assistência Social, e a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã da suposta vítima, recorreu à Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (par. 112.17 *supra*).

191. Todas as falências mencionadas demonstram a negligência das autoridades encarregadas de examinar as circunstâncias da morte do senhor Damião Ximenes Lopes e constituem graves faltas do dever de investigar os fatos.¹³⁵

B) Processo Penal

192. O artigo 25.1 da Convenção dispõe a obrigação dos Estados de garantir a todas as pessoas sob sua jurisdição um recurso judicial efetivo contra atos que violem seus direitos fundamentais.¹³⁶ Não basta a existência formal dos recursos, mas é necessário que eles sejam efetivos, ou seja, devem ser capazes de produzir resultados ou respostas às violações de direitos contemplados na Convenção.¹³⁷ A existência desta garantia constitui um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática, no sentido da Convenção.¹³⁸

193. O recurso efetivo do artigo 25 da Convenção deve tramitar-se conforme as normas do devido processo estabelecidas no artigo 8º desse tratado, do qual se depreende que as vítimas das violações dos direitos humanos, ou seus familiares, devem dispor de amplas possibilidades de ser ouvidos e de atuar nos respectivos processos, tanto na tentativa de esclarecer os fatos e punir os responsáveis, quanto na busca de uma devida reparação.¹³⁹

¹³⁵ Cf. *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 178; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 228.

¹³⁶ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 144; *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 214; e *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 137.

¹³⁷ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 144; *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 213; e *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 137.

¹³⁸ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 144; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 138; *Caso Palamara Iribarne*, nota 31 *supra*, par. 184; *Caso Acosta Calderón*. Sentença de 24 de junho de 2005. Série C, nº 129, par. 93; *Caso Yatama*. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C, nº 127, par. 169; *Caso das Irmãs Serrano Cruz*. Sentença de 1º de março de 2005. Série C, nº 120, par. 75; *Caso Tibi*, nota 111 *supra*, par. 131; *Caso 19 Comerciantes*, nota 108 *supra*, par. 193; *Caso Maritza Urrutia*, nota 111 *supra*, par. 117; *Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 30 *supra*, par. 121; *Caso Cantos*, nota 126 *supra*, par. 52; *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin* e outros, nota 126 *supra*, par. 150; *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C, nº 79, par. 112; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C, nº 74, par. 135; *Caso do Tribunal Constitucional*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C, nº 71, par. 90; *Caso Bámaca Velásquez*, nota 111 *supra*, par. 191; *Caso Cantoral Benavides*, nota 111 *supra*, par. 163; *Caso Durand y Ugarte*. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C, nº 68, par. 101; e *Caso dos "Meninos de Rua" (Villagrán Morales e outros)*, nota 108 *supra*, par. 234.

¹³⁹ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 93 e 146; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 144; *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 219; *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 125 *supra*, par. 147; *Caso das Irmãs Serrano Cruz*, nota 138 *supra*, par. 63; *Caso 19 Comerciantes*, nota 108 *supra*, par.

194. Em resposta aos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes a que foi submetido o senhor Damião Ximenes Lopes, e a sua posterior morte, o primeiro recurso que cabia ao Estado ter proporcionado era uma investigação efetiva e um processo judicial realizado de acordo com os requisitos do artigo 8º da Convenção, com vistas ao esclarecimento dos fatos, à punição dos responsáveis e à concessão de compensação adequada.

195. O artigo 8.1 da Convenção dispõe, como um dos elementos do devido processo, que os tribunais decidam os casos submetidos ao seu conhecimento em prazo razoável. A razoabilidade do prazo deve ser apreciada em relação com a duração total do processo penal. Em matéria penal este prazo começa quando se apresenta o primeiro ato de procedimento contra determinada pessoa como provável responsável por certo delito e termina quando se profere sentença definitiva e firme.¹⁴⁰

196. Para examinar se neste processo o prazo foi razoável, nos termos do artigo 8.1 da Convenção, a Corte levará em consideração três elementos: a) a complexidade do assunto; b) a atividade processual do interessado; e c) a conduta das autoridades judiciais.¹⁴¹

197. Com fundamento no exposto no capítulo sobre fatos provados, bem como nas alegações da Comissão, dos representantes e do Estado, este Tribunal considera que este caso não é complexo. Existe uma única vítima, que está claramente identificada e que morreu em uma instituição hospitalar, o que possibilita que o processo penal contra supostos responsáveis, que estão identificados e localizados, seja simples.

198. Ademais, do acervo probatório se desprende que a família do senhor Damião Ximenes Lopes cooperou na tramitação da investigação policial e dos procedimentos penal e civil, com a finalidade de dar andamento ao procedimento, conhecer a verdade do ocorrido e estabelecer as respectivas responsabilidades. A senhora Albertina Viana Lopes é assistente do Ministério Público no processo penal, o que possibilitou que a família da suposta vítima participe do processo e fiscalize seu desenvolvimento. Nesse ponto cabe recordar que embora as vítimas de violações de direitos humanos, ou seus familiares, devem dispor de amplas oportunidades de participar e ser ouvidos durante o processo de investigação e o trâmite judicial (par. 193 *supra*), a investigação deve ter um sentido e ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios, sem que a autoridade pública busque efetivamente a verdade.¹⁴²

186; *Caso Las Palmeras*. Sentença de 6 de dezembro de 2001. Série C, nº 90, par. 59; *Caso Durand y Ugarte*, nota 138 *supra*, par. 129; e *Caso dos "Meninos de Rua" (Villagrán Morales e outros)*, nota 108 *supra*, par. 227.

¹⁴⁰ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par.150; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 129; e *Caso Tibí*, nota 111 *supra*, par. 169.

¹⁴¹ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 151; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 132; e *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 171.

¹⁴² Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 93; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 144; e *Caso Gómez Palomino*, nota 21 *supra*, par. 79.

199. A demora do processo se deveu unicamente à conduta das autoridades judiciais. Em 27 de março de 2000, o Ministério Público apresentou a denúncia penal contra os supostos responsáveis pelos fatos e, transcorridos mais de seis anos do início do processo, ainda não se proferiu sentença de primeira instância. As autoridades competentes se limitaram a diligenciar o recebimento de provas testemunhais. Está provado que a Terceira Vara da Comarca de Sobral demorou mais de dois anos para realizar as audiências destinadas a ouvir as declarações de testemunhas e informantes e, em alguns períodos, não realizou atividade alguma com vistas à conclusão do processo (par. 112.29 *supra*). A esse respeito, esta Corte estima que não procede o argumento do Estado de que o atraso se deva, entre outros aspectos, ao grande número de declarações que teve de receber ou a ter tido de delegar a outras repartições judiciais o recebimento das declarações de testemunhas que não residiam em Sobral, ou ao volume de trabalho da repartição judicial que conhece da causa.

200. O Estado também alegou que o atraso no procedimento penal se deveu a que o Ministério Público, em 22 de setembro de 2003, aditou a acusação para incluir outras duas pessoas. Neste ponto é importante ressaltar que o Ministério Público é um órgão do Estado, motivo por que suas ações e omissões podem comprometer a responsabilidade internacional desse mesmo Estado. Esse Ministério tardou mais de três anos para aditar a denúncia para incluir os senhores Francisco Ivo de Vasconcelos, Diretor Clínico, e Elias Gomes Coimbra, auxiliar de enfermagem, ambos da Casa de Repouso Guararapes, apesar de ter sido o senhor Francisco Ivo de Vasconcelos o médico que atendeu o senhor Ximenes Lopes no dia de sua morte e o senhor Gomes Coimbra o enfermeiro que havia atendido a suposta vítima no decorrer de sua internação. O Centro de Apoio Operacional dos Grupos Socialmente Discriminados da Procuradoria-Geral de Justiça, do Ministério Público, em 25 de maio de 2000, dois meses após o início do processo penal, declarou ao promotor encarregado da causa referente à morte do senhor Damião Ximenes Lopes que, de acordo com o acervo probatório recolhido para essa finalidade, a denúncia deveria ser aditada, já que isso “constitu[ía] uma imposição institucional e legal”. A Corte considera que a referida alegação do Estado não é procedente para justificar a demora no procedimento penal.

201. Finalmente, após mais de dois anos do aditamento da acusação, o caso não progrediu de maneira significativa.

202. O Tribunal faz notar que o Estado informou em suas alegações finais que “já está concluída neste caso a fase de instrução da ação penal, devendo ser proferida a sentença nos primeiros meses de 2006”. No entanto, ficou demonstrado pela prova aportada pelas partes à Corte que o processo se encontra à espera de uma decisão interlocutória sobre o pedido de suspensão da apresentação das alegações finais por parte de um dos acusados originalmente e não está pronto para que o juiz profira sentença definitiva no caso (*supra* par. 112.42).

203. O prazo em que se desenvolveu o procedimento penal no caso *sub judice* não é razoável, uma vez que, após mais de seis anos, ou 75 meses de iniciado, ainda não se proferiu sentença de primeira instância e não foram apresentadas razões que

possam justificar esta demora. Este Tribunal considera que este período excede em muito aquele a que se refere o princípio de prazo razoável consagrado na Convenção Americana e constitui uma violação do devido processo.¹⁴³

204. Por outro lado, a falta de conclusão do processo penal teve repercussões particulares para as familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, já que, na legislação do Estado, a reparação civil pelos danos ocasionados por um ato ilícito tipificado penalmente pode estar sujeita ao estabelecimento do delito em um processo de natureza criminal. Por este motivo, na ação civil de reparação de danos tampouco se proferiu sentença de primeira instância, ou seja, a falta de justiça na ordem penal impediu que as familiares de Ximenes Lopes, em especial sua mãe, obtivessem compensação civil pelos fatos deste caso.

205. Pelo exposto, a Corte considera que o Estado não dispôs de um recurso efetivo para garantir, em um prazo razoável, o direito de acesso à justiça das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, mãe e irmã, respectivamente, do senhor Damião Ximenes Lopes, com plena observância das garantias judiciais.

• • •

206. A Corte conclui que o Estado não proporcionou às familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, a identificação, o processo e, se for o caso, a punição dos responsáveis e a reparação das consequências das violações. O Estado tem, por conseguinte, responsabilidade pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo tratado, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda.

XI REPARAÇÕES APLICAÇÃO DO ARTIGO 63.1 OBRIGAÇÃO DE REPARAR

207. Em conformidade com a análise realizada nos capítulos precedentes, a Corte declarou, com base no reconhecimento parcial de responsabilidade do Estado, a violação dos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes; com base nos fatos do caso e na prova apresentada a este Tribunal, a violação do artigo 5º da Convenção, em relação com o artigo 1.1 desse tratado, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e dos senhores

¹⁴³ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 153; *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 20 *supra*, par. 167 a 172; e *Caso Gómez Palomino*, nota 21 *supra*, par. 85.

Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, bem como a violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda. A Corte estabeleceu, em várias ocasiões, que toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano implica o dever de repará-lo adequadamente.¹⁴⁴ Para esses efeitos, o artigo 63.1 da Convenção Americana dispõe que:

[q]uando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

208. Tal como salientou a Corte, o artigo 63.1 da Convenção Americana reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do direito internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados. Desta maneira, ao ocorrer um fato ilícito imputável a um Estado, surge de imediato a responsabilidade internacional deste pela violação da norma internacional de que se trata, com o consequente dever de reparação e de fazer cessar as consequências da violação.¹⁴⁵ Essa responsabilidade internacional é diferente da responsabilidade no direito interno.¹⁴⁶

209. A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior à violação. Caso isso não seja possível, cabe ao Tribunal internacional determinar uma série de medidas para que, além de garantir o respeito dos direitos infringidos, sejam reparadas as consequências das infrações e estabelecido o pagamento de uma indenização como compensação pelos danos ocasionados¹⁴⁷ ou outras modalidades de satisfação. A obrigação de reparar, que se regulamenta em todos os aspectos (alcance, natureza, modalidades e determinação dos beneficiários) pelo direito internacional, não pode ser modificada ou descumprida pelo Estado obrigado, mediante a invocação de disposições de seu direito interno.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 174; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 195; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 294.

¹⁴⁵ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 175; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 196; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 295.

¹⁴⁶ Cf. *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 211; *Caso das Irmãs Serrano Cruz*, nota 138 *supra*, par. 56; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 108 *supra*, par. 73; e *Caso Cesti Hurtado. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de janeiro de 1999. Série C, nº 49, par. 47.

¹⁴⁷ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 176; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 197; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 296.

¹⁴⁸ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 175; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 197; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 296.

210. As reparações, como indica o termo, consistem nas medidas destinadas a fazer desaparecer os efeitos das violações cometidas. Sua natureza e seu montante dependem do dano provocado nos planos tanto material quanto imaterial. As reparações não podem implicar o enriquecimento nem o empobrecimento da vítima ou seus sucessores.¹⁴⁹

211. Em conformidade com os elementos probatórios recolhidos durante o processo, e à luz dos critérios anteriores, a Corte procede à análise das pretensões apresentadas pela Comissão e pelos representantes, bem como das considerações do Estado a respeito das reparações, com o objetivo de, em primeiro lugar, determinar quem são os beneficiários das reparações e em seguida dispor as medidas de reparação dos danos materiais e imateriais, as medidas de satisfação e as de não repetição e, por último, o relativo a custas e gastos.

212. A Corte resume a seguir os argumentos da Comissão Interamericana, dos representantes e do Estado sobre as reparações.

Alegações da Comissão

213. Com relação às reparações a Comissão alegou, *inter alia*, que:

a) os beneficiários das reparações são os senhores Albertina Viana Lopes, mãe; Francisco Leopoldino Lopes, pai; Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã; e Cosme Ximenes Lopes, irmão gêmeo.

b) Com relação ao dano material:

i. solicitou à Corte que fixe com equidade o montante da indenização correspondente ao dano emergente e lucro cessante; e

ii. com respeito ao lucro cessante, a Comissão observou que não houve perda de receita quanto à pensão por invalidez do Instituto Nacional do Seguro Social que a vítima recebia antes de sua morte. Salientou, entretanto, que a vítima poderia no futuro realizar atividades produtivas que aumentassem sua renda.

c) Com relação ao dano imaterial:

i. a Corte deve fixar com equidade o pagamento de uma compensação a título de dano imaterial, em razão da

¹⁴⁹ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 177; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 198; e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 297.

intensidade dos padecimentos a danos pessoais causados aos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes em consequência de sua morte e da busca de justiça no caso; e

ii. a pensão mensal e vitalícia concedida à senhora Albertina Viana Lopes é insuficiente como reparação por dano imaterial, já que o Estado não considerou todos os aspectos do conceito de dano material e imaterial e não respeitou os padrões internacionais de compensação por violação dos direitos humanos.

d) Com relação a outras formas de reparação, solicitou à Corte que ordene ao Estado que:

i. adote as medidas necessárias para dar efetividade a sua obrigação de supervisionar as condições de hospitalização ou internação das pessoas portadoras de deficiência mental nos centros hospitalares, inclusive adequados sistemas de inspeção e controle judicial;

ii. adote as medidas necessárias para evitar a utilização de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes nos centros de saúde, inclusive programas de treinamento e capacitação, ademais, da efetiva proibição e punição desse tipo de ação;

iii. implemente padrões mínimos para a elaboração de relatórios médicos, como os estabelecidos no Protocolo de Istambul;

iv. faça cessar de imediato a denegação de justiça a que continuam submetidos os familiares do senhor Ximenes Lopes no que diz respeito a sua morte;

v. leve o reconhecimento de responsabilidade parcial do Estado ao conhecimento da opinião pública de maneira oficial; e

vi. crie mecanismos de inspeção, denúncia e documentação de mortes, torturas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes de pessoas portadoras de deficiência mental.

e) Com relação às custas e gastos, ressaltou que a Corte deve ordenar ao Estado o pagamento daquelas em que incorreram os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes na tramitação do caso no âmbito nacional, caso existam, bem como na tramitação do caso perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Alegações dos Representantes

214. Com relação às reparações mencionaram, *inter alia*, que:

a) os beneficiários das reparações são os senhores Albertina Viana Lopes, mãe; Francisco Leopoldino Lopes, pai; Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã; e Cosme Ximenes Lopes, irmão gêmeo.

b) Com relação ao dano material:

i. relativamente ao dano emergente salientaram que os familiares incorreram em despesas que abrangem transporte entre os municípios de Sobral e Fortaleza para reunir documentos; sepultamento do senhor Damião Ximenes Lopes; traslado do corpo da vítima entre Sobral e Fortaleza para a realização da necropsia e medicamentos para os pais do senhor Ximenes Lopes. Solicitaram, por conseguinte, à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América). Incluem-se nesta rubrica despesas em instâncias nacionais e internacionais;

ii. com respeito ao lucro cessante, alegaram que uma pessoa portadora de deficiência mental pode chegar a ter uma vida produtiva. Considerando, portanto, a expectativa de vida da vítima e o salário mínimo do Estado, solicitaram que a Corte fixe com equidade a quantia de US\$67.550,00 (sessenta e sete mil e quinhentos e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) a favor do senhor Damião Ximenes Lopes. Igualmente, a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda passou três anos sem motivação para trabalhar e perdeu seu emprego após a morte de seu irmão. Solicitaram à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$41.850,00 (quarenta e um mil e oitocentos e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) a seu favor; e

iii. consideraram que a pensão concedida pela Lei nº 13.491 em favor da senhora Albertina Viana Lopes. Essa senhora recebe a pensão por invalidez que antes cabia ao senhor Damião Ximenes Lopes.

c) Com relação ao dano imaterial:

i. pelos sofrimentos experimentados pelo senhor Damião Ximenes Lopes, solicitaram à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$80.000,00 (oitenta mil dólares dos Estados Unidos da América) a seu favor;

ii. com respeito à senhora Albertina Viana Lopes, mãe da vítima, salientaram que passou a sofrer de depressão com a morte do filho, que atualmente é vítima de alguns distúrbios emocionais e que a pensão vitalícia estabelecida pelo Estado não pode ser considerada uma reparação para ela, nem para os demais familiares. Solicitaram, por conseguinte, à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) a seu favor. Salientaram também que a referida senhora foi vítima direta dos abusos e maus-tratos sofridos pelo filho, já que presenciou os suplícios a que o submeteram e foi, ademais, tratada de maneira desrespeitosa pelo diretor da Casa de Repouso Guararapes. Por esse motivo, solicitaram à Corte que aumente a quantia a ela destinada em US\$25.000,00 (vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América);

iii. relativamente ao senhor Francisco Leopoldino Lopes, pai do senhor Damião Ximenes Lopes, ressaltaram que sofreu de depressão por um longo período e crê que nunca se fará justiça no caso de seu filho. Hoje frequenta a igreja em busca de consolo espiritual. Solicitaram, por conseguinte, à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) a seu favor;

iv. quanto à senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã do senhor Damião Ximenes Lopes, a morte da vítima lhe trouxe sofrimento físico e psicológico; perdeu o emprego 26 dias depois dos fatos do caso e por três anos sofreu de depressão, a que lhe deixou sem motivação para trabalhar. Sofreu desgaste mental e emocional na busca de justiça, em virtude das inúmeras reuniões e audiências a que compareceu perante órgãos vinculados às áreas de saúde e direitos humanos e ao Poder Judiciário, e sentiu “humilhação por mendigar justiça”. Por sua vez, para o senhor Cosme Ximenes Lopes, irmão gêmeo do senhor Damião Ximenes Lopes, a morte da vítima trouxe desespero, uma vez que poderia eventualmente ser vítima do que ocorrera ao irmão, no caso de voltar a necessitar de serviços psíquico-hospitalares. Sofreu seis anos de frustração pela impunidade dos responsáveis e constante amargura pela perda de seu irmão gêmeo. Em vista do exposto, solicitaram à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$15.000,00 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um deles.

d) Com relação a outras formas de reparação, mencionaram que:

- i. reconhecem as iniciativas do Estado para melhorar as condições do atendimento psiquiátrico;
- ii. as denúncias de graves violações de direitos humanos cometidas em instituições de saúde mental devem ser eficazmente investigadas e todas as pessoas envolvidas devem ser responsabilizadas;
- iii. os órgãos de fiscalização devem estabelecer procedimentos de supervisão do funcionamento das unidades de saúde;
- iv. o Estado deve ordenar o fechamento das unidades psiquiátricas reprovadas pelo Programa Nacional de Avaliação dos Hospitais Psiquiátricos, que ainda estejam funcionando;
- v. o Estado deve aprovar e implementar o Projeto de Lei nº 429/2003, que estabelece o “Estatuto das Pessoas Portadoras de Deficiências”; e
- vi. o Estado deve adotar as medidas cabíveis para erradicar a prática de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; adequar as instituições psiquiátricas às condições exigidas pelos instrumentos internacionais que regulamentam a matéria e estabelecer a definitiva proibição e punição dessas práticas.

e) Quanto às custas e despesas, alegaram que:

- i. a família Ximenes Lopes incorreu em uma série de despesas relacionadas com diligências administrativas e processuais posteriormente à morte da vítima, motivo por que solicitaram à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América); e
- ii. a Justiça Global incorreu em despesas para a prestação de serviços jurídicos no litígio internacional. Solicitaram, portanto, que a Corte fixe com equidade a quantia de US\$20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) a seu favor. Além disso, os representantes indicaram as despesas em que incorreram a título de honorários de seus advogados no decorrer dos anos de tramitação do caso perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e solicitaram à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$25.000,00 (vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) a seu favor.

Alegações do Estado

215. Relativamente às reparações alegou, *inter alia*, que:

a) quanto aos beneficiários, não existe dano que reparar com relação aos senhores Francisco Leopoldino Lopes, Irene Ximenes Lopes Miranda e Cosme Ximenes Lopes e, com relação a senhora Albertina Viana Lopes, o dano moral por ela sofrido já foi reparado, tanto civil quanto simbolicamente.

b) Com respeito ao dano material:

i. a senhora Albertina Viana Lopes não sofreu perda patrimonial nem lucro cessante, já que percebe uma pensão mensal e vitalícia por morte do Instituto Nacional do Seguro Social. A pensão por morte só é destinada a pessoas que dependam financeiramente do falecido. Não cabe, por conseguinte, o pagamento de pensão por morte e lucro cessante aos demais familiares da vítima, uma vez que estes tinham renda própria e não dependiam economicamente do senhor Damião Ximenes Lopes;

ii. não há dano emergente, já que o processo penal foi promovido pelo Ministério Público;

iii. na ação civil de reparação de danos, a senhora Albertina Viana Lopes litigou gratuitamente;

iv. os gastos em que incorreram os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes foram efetuados voluntariamente, motivo por que não compete ao Estado indenizá-los; e

v. o Estado do Ceará concedeu à senhora Albertina Viana Lopes uma pensão mensal e vitalícia no montante de R\$308,00 (trezentos e oito reais). Essa pensão correspondente ao salário mínimo do Estado do Ceará, ajustável pelo mesmo índice de revisão geral aplicado aos servidores públicos estaduais. Essa pensão contribui para o orçamento familiar e é perfeitamente adequada à compensação pelo dano sofrido, sem que se configure o enriquecimento sem causa.

c) Quanto ao dano imaterial:

i. a senhora Albertina Viana Lopes promoveu uma ação civil de reparação por “danos morais” contra particulares e não

contra o Estado. Esse processo foi suspenso à espera do resultado da ação penal. Existe a possibilidade de que ocorra *bis in idem* neste caso, na hipótese de que na ação civil de reparação de danos se condene e se efetue o pagamento de uma indenização e que a Corte, por sua vez, decida condenar o Estado a pagar uma indenização “por danos morais” à senhora Albertina Viana Lopes. O mesmo dano estaria neste caso sendo duplamente reparado;

ii. o senhor Cosme Ximenes Lopes não tomou conhecimento da morte de seu irmão, não havendo, portanto, dano moral com base no desconhecido;

iii. a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda não pode ser considerada parte diretamente lesada, já que não mantinha relação próxima com o senhor Damião Ximenes Lopes;

iv. o pai do senhor Damião Ximenes Lopes não mantinha relação familiar com o filho, motivo por que não pode ser beneficiário de indenização alguma por dano imaterial;

v. o senhor Damião Ximenes Lopes tinha nove irmãos. Em consideração à noção de “justiça justa”, não se pode conceber o pagamento de indenização por danos morais apenas a dois irmãos. Não há como medir a dor familiar que decorre da morte de um parente, de modo que os mesmos critérios para a reparação da dor moral sofrida por um irmão devam ser utilizados para reparação do dano psíquico de todos os demais; e

vi. reconheceu “os danos morais” e seu dever de indenizar materialmente a mãe do senhor Damião Ximenes Lopes, razão pela qual efetuou o pagamento de uma justa indenização no âmbito interno, mediante a pensão vitalícia estadual, acumulada com a pensão federal e vitalícia por morte a favor da senhora Albertina Viana Lopes, as quais devem ser consideradas pela Corte. À senhora Albertina Viana Lopes já foram reparados o “dano moral” e o dano civil ocasionados. Os demais familiares da vítima indicados pela Comissão e pelos representantes são naturalmente alcançados pelas outras formas de reparação.

d) Com relação às outras formas de reparação, o Estado alegou que adotou todas as providências que se esperam de um Estado democrático de direito para evitar a repetição de eventos similares ao que atingiu o senhor Damião Ximenes Lopes. Adotou numerosas medidas no Município de Sobral, entre as quais estão as unidades especializadas no tratamento de pessoas portadoras de diversas

doenças. Adotou também, entre outras, medidas no âmbito nacional, tais como a aprovação, em 2001, da Lei nº 10.216 conhecida como “Lei de Reforma Psiquiátrica”; realizou um seminário sobre “Direito à Saúde Mental – Regulamentação e Aplicação da Lei nº 10.216”; e implementou diversos programas relacionados com os serviços de saúde. Por último, o Estado informou que efetuou reparações simbólicas, ao dar ao Centro de Atenção Psicossocial de Sobral (CAPS), em homenagem à vítima, o nome de “Centro de Atenção Psicossocial Damião Ximenes Lopes”, ao realizar a Terceira Conferência Nacional de Saúde Mental na denominada Sala Damião Ximenes Lopes; e ao declarar publicamente na audiência realizada perante a Corte o reconhecimento parcial de sua responsabilidade internacional pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4º e 5º da Convenção Americana.

e) Com relação às custas e despesas, alegou que nada há a ser ressarcido aos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes no âmbito interno e que tampouco efetuaram despesas com a tramitação deste caso, seja perante a Comissão, ou perante este Tribunal e, caso isso tenha ocorrido, não foram elas comprovadas.

Considerações da Corte

A) BENEFICIÁRIOS

216. A Corte considera como “parte lesada” o senhor Damião Ximenes Lopes, na qualidade de vítima das violações dos direitos consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, motivo por que será credor das reparações que fixe o Tribunal a título de dano material e imaterial.

217. Este Tribunal considera, ademais, como “parte lesada” as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, na qualidade de vítimas da violação dos direitos consagrados nos artigos 5º, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com seu artigo 1.1 (par. 163 e 206 *supra*). Esta Corte considera ainda como “parte lesada” os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, também familiares de Ximenes Lopes, na qualidade de vítimas da violação do direito consagrado no artigo 5º da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento (par. 163 *supra*). A Corte considera essas pessoas, por conseguinte, credoras das reparações que venha a fixar a esse respeito.

218. As senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, ademais, serão credores das reparações que o Tribunal fixe como consequência das violações cometidas em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, as quais serão distribuídas da seguinte maneira:

a) oitenta por cento (80%) da indenização respectiva deverá ser dividida em partes iguais entre as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda; e

b) vinte por cento (20%) da indenização respectiva deverá ser dividida em partes iguais entre os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes.

219. Caso os familiares credores das indenizações que sejam fixadas nesta sentença venham a falecer antes que lhes seja entregue a indenização de que se trata, o montante a eles devido será distribuído conforme o direito interno.¹⁵⁰

B) DANO MATERIAL

220. Esta Corte passa a determinar o dano material, que supõe a perda ou depreciação da renda da vítima e, quando cabível, de seus familiares, e as despesas efetuadas em consequência dos fatos no caso *sub judice*.¹⁵¹ A esse respeito, fixará um montante indenizatório que procure compensar as consequências patrimoniais das violações declaradas na presente sentença. Para resolver sobre o dano material, serão considerados os argumentos das partes, o acervo probatório e a jurisprudência do próprio Tribunal.

B.1. Perda de Ingressos

221. Os representantes e a Comissão solicitaram à Corte que determine uma indenização a título de perda de ingressos em favor do senhor Damião Ximenes Lopes.

222. Está provado que a única renda do senhor Damião Ximenes Lopes no momento de sua morte era a pensão por incapacidade que recebia do Instituto Nacional do Seguro Social. De acordo com o artigo 3º da Lei nº 8.212/91, como consequência da morte do beneficiário da pensão, surgiu o direito de seu dependente de passar a recebê-la. Neste caso, e em virtude de lei, o Estado mantém integralmente a pensão por morte a favor da senhora Albertina Viana Lopes, considerada dependente do senhor Damião Ximenes Lopes (par. 112.68 *supra*)

223. Do acima exposto, e dada a natureza da referida pensão, não ocorreu uma redução do percebido a esse título, motivo por que esta Corte considera que não procede a fixação de indenização por perda de ingressos a favor do senhor Damião Ximenes Lopes.

224. Por outro lado, os representantes alegaram que a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã da vítima, deixou seu emprego na Municipalidade de Ipueiras em

¹⁵⁰ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 192; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 203; e *Caso Gómez Palomino*, nota 21 *supra*, par. 123.

¹⁵¹ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 183; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 216; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 301.

consequência da morte do irmão e solicitaram à Corte que fixe a quantia de US\$41.850 (quarenta e um mil e oitocentos e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) a favor da referida senhora, a título de perda de ingressos.

225. Em vista das alegações dos representantes, esta Corte considera que há elementos para concluir que a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda deixou de perceber seus ingressos por algum tempo ao não poder trabalhar, em virtude da morte de seu irmão. Este Tribunal considera, por conseguinte, procedente fixar com equidade a quantia de US\$10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) como indenização a título de dano material a favor da referida senhora, a qual lhe deverá ser entregue.

B.2) Dano Emergente

226. Analisada a informação recebida pelas partes, os fatos do caso e sua jurisprudência, o Tribunal observa que, apesar de não terem sido aportados os comprovantes de despesas, é de presumir que os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes incorreram em diversos gastos funerários,¹⁵² bem como em outros gastos relacionados com o traslado do corpo da vítima da cidade de Sobral até a cidade de Fortaleza para a realização da necropsia. A Corte estima pertinente, portanto, fixar, com equidade, a quantia de US\$1.500,00 (mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) como indenização a título de dano emergente, a qual deverá ser entregue a senhora Albertina Viana Lopes.

C) DANO IMATERIAL

227. O dano imaterial pode abranger os sofrimentos e as aflições, o menoscabo de valores muito significativos para as pessoas e as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de existência das vítimas. Não sendo possível atribuir ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, a reparação integral às vítimas só pode ser objeto de compensação de duas maneiras. Em primeiro lugar, mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro ou a entrega de bens ou serviços apreciáveis em dinheiro, que o Tribunal determine em aplicação razoável do arbítrio judicial e em termos de equidade. Em segundo lugar, mediante a realização de atos ou obras de alcance ou repercussão públicos, que tenham como efeito, entre outros, reconhecer a dignidade da vítima e evitar a repetição das violações.¹⁵³

228. No caso *sub judice*, este Tribunal declarou que o Estado é responsável pela violação de direitos consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes; no artigo 5º da Convenção, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes e dos senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes; e nos artigos 8.1 e 25.1 da

¹⁵² Cf. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 108 *supra*, par. 207.

¹⁵³ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 188; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 219; e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 308.

Convenção, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes, todos em relação com o artigo 1.1 desse instrumento. O Estado deve, por conseguinte, reparar Damião Ximenes Lopes e seus familiares pelo dano causado.

229. Antes de passar a determinar as reparações cabíveis no presente caso, esta Corte estima oportuno referir-se à ação civil de reparação de danos interposta pela senhora Albertina Viana Lopes na jurisdição interna e à pensão vitalícia constituída pelo Estado do Ceará, mediante a Lei nº 13.491, a favor da referida senhora (par. 112.69 *supra*).

230. Com relação à ação civil de reparação de danos, o Estado alegou que a Corte deve evitar um *bis in idem* que ocorreria na suposição de que, por um lado, a ação civil de reparação de danos fosse declarada procedente na tramitação perante a jurisdição interna, com o consequente pagamento de uma indenização e, por outro, que a Corte decidisse condenar o Estado a pagar uma indenização por danos imateriais a favor da senhora Albertina Viana Lopes. Segundo o Estado o mesmo dano estaria sendo em consequência duplamente reparado. Aduziu, por sua vez, que o pedido da ação civil de reparação de danos havia sido interposto contra particulares e não contra o Estado.

231. A esse respeito, a Corte considera que as vítimas ou seus familiares mantêm o direito a que fazem jus de reclamar perante a jurisdição interna uma indenização dos particulares que pudessem ser responsabilizados pelo dano. Neste caso, Albertina Viana Lopes exerceu esse direito ao interpor a ação civil de reparação de danos, que ainda se encontra pendente de solução.

232. Em virtude da responsabilidade internacional em que incorreu o Estado, nasce para esse mesmo Estado uma relação jurídica nova que consiste na obrigação de reparar,¹⁵⁴ distinta da reparação que os familiares da vítima pudessem obter de outras pessoas físicas ou jurídicas. Por conseguinte, o fato de que tramite uma ação civil de reparação de danos contra particulares no foro interno não impede que a Corte ordene uma reparação econômica a favor da senhora Albertina Viana Lopes, pelas violações da Convenção Americana. Caberá ao Estado, na sua jurisdição, resolver as consequências que possam eventualmente advir da ação civil de reparação de danos que a senhora Albertina Viana Lopes interpôs na jurisdição interna.

233. O Estado também solicitou à Corte que declare que efetuou o pagamento de uma justa indenização no âmbito interno, por meio da pensão vitalícia estadual, como compensação do “dano moral”. A esse respeito, está demonstrado que o Estado do Ceará expediu a Lei nº 13.491, que determinou uma pensão mensal vitalícia a favor da senhora Albertina Viana Lopes, que atualmente alcança o valor de R\$323.40 (trezentos e vinte e três reais e quarenta centavos), desde 16 de junho de 2004, depois de mais de quatro anos da morte da vítima (par. 112.69 *supra*).

¹⁵⁴ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 175; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 196; e *Caso Baena Ricardo* e outros. Competência. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C, nº 104, par. 65.

234. A Corte reconhece o fato de que o Estado do Ceará estipulou *motu proprio* a referida pensão em benefício da senhora Albertina Viana Lopes. No entanto, em virtude das considerações expostas acima, este Tribunal estima procedente fixar uma indenização por dano imaterial a favor da mãe do senhor Damião Ximenes Lopes, ou de seus familiares, se for o caso, pelas violações de seus direitos humanos consagrados na Convenção Americana declaradas nesta Sentença (par. 163 e 206 *supra*), sem deixar de observar que a referida pensão constitui um benefício legal vitalício concedido à senhora Albertina Viana Lopes, que a Corte valoriza, independentemente das reparações que fixe a título de dano imaterial (par. 237.b e 238.b *infra*).

• • •

235. No caso *sub judice*, em consideração aos sofrimentos causados ao senhor Damião Ximenes Lopes, e que também produziram sofrimentos a alguns de seus familiares, mudança de suas condições de existência e a outras consequências de ordem não pecuniária, a Corte estima pertinente determinar o pagamento de uma compensação, fixada equitativamente, a título de danos imateriais.¹⁵⁵

236. Este Tribunal reconhece que às senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, foi causado um dano imaterial pela falta de uma investigação séria, diligente e efetiva por parte das autoridades estatais para determinar o ocorrido à vítima e, quando cabível, para identificar e punir os responsáveis. A Corte estima que neste caso não é pertinente ordenar o pagamento de compensação econômica a título de dano imaterial pela violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, levando em conta que esta sentença constitui, *per se*, uma forma de reparação¹⁵⁶ e considerando que os atos ou obras de alcance ou repercussão públicos especificados nos seguintes parágrafos significam uma devida reparação nos termos do artigo 63.1 da Convenção.

237. Em consideração aos diferentes aspectos do dano aduzidos pela Comissão e pelos representantes, a Corte considera os seguintes aspectos:

a) no que se refere ao senhor Damião Ximenes Lopes, este Tribunal leva em conta para a determinação da indenização a título de dano imaterial que está provado que este não recebeu assistência médica nem tratamento adequados como paciente portador de deficiência mental, que por sua condição era especialmente vulnerável e foi submetido a tratamentos cruéis desumanos e degradantes enquanto esteve hospitalizado na Casa de Repouso Guararapes,

¹⁵⁵ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 189; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 220; e *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 200.

¹⁵⁶ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 189; *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 309; e *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 200.

situação que se viu agravada com sua morte (par. 112.7, 112.8, 112.9, 112.11, 112.12, 112.56 e 112.57 *supra*);

b) na determinação da indenização a título de dano imaterial que cabe à senhora Albertina Viana Lopes, esta Corte toma em conta o fato de que é a mãe do falecido. Considera, ademais, que foi constatado o profundo sofrimento e angústia que lhe causou ver a situação deplorável em que se encontrava seu filho na Casa de Repouso Guararapes e seu consequente falecimento; e as sequelas físicas e psicológicas posteriormente produzidas (par. 112.70 e 157);

c) com respeito ao senhor Francisco Leopoldino Lopes, com a finalidade de determinar a indenização por danos imateriais, o Tribunal considera o fato de que era o pai do senhor Damião Ximenes Lopes, mantinha vínculo afetivo com ele e sofreu em consequência da morte do filho (par. 112.71 e 159 *supra*);

d) no que se refere à senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã do senhor Damião Ximenes Lopes, o Tribunal, para a determinação da indenização a título de dano imaterial, considera o sofrimento causado pela morte de seu irmão, com quem mantinha um laço afetivo estreito, o que lhe causou sofrimentos e sequelas psicológicas posteriores. A senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, ademais, ainda em detrimento do bem-estar de suas filhas, procurou justiça a partir da morte do irmão, para o que recorreu a diversos órgãos na jurisdição interna e internacional, o que a fez sofrer e reviver de maneira constante as circunstâncias da morte do irmão (par. 112.70, 160 e 161 *supra*); e

e) na determinação da indenização a título de dano imaterial que cabe ao senhor Cosme Ximenes Lopes, que também esteve internado em instituições psiquiátricas, a Corte considera o vínculo afetivo e a identificação que havia entre os dois irmãos e o fato de que o falecimento de seu irmão lhe causou dor e sofrimento, que esteve em estado de choque, sofreu depressão e deixou de trabalhar em consequência da morte do senhor Damião Ximenes Lopes (par. 112.71 e 162 *supra*).

238. Em consideração ao exposto, a Corte fixa com equidade o valor das compensações a esse título, nos seguintes termos:

a) para o senhor Damião Ximenes Lopes a quantia de US\$50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América), que deverá ser distribuída entre as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes;

- b) para a senhora Albertina Viana Lopes a quantia de US\$30.000,00 (trinta mil dólares dos Estados Unidos da América);
- c) para o senhor Francisco Leopoldino Lopes a quantia de US\$10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América);
- d) para a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, a quantia de US\$25.000,00 (vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América); e
- e) para o senhor Cosme Ximenes Lopes a quantia de US\$10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América).

239. A compensação determinada a favor do senhor Damião Ximenes Lopes será entregue em conformidade com o parágrafo 218 da presente Sentença e a compensação determinada a favor das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e dos senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes será entregue a cada um deles.

D) OUTRAS FORMAS DE REPARAÇÃO

(MEDIDAS DE SATISFAÇÃO E GARANTIAS DE NÃO REPETIÇÃO)

240. Nos seguintes parágrafos o Tribunal determinará as medidas de satisfação que procuram reparar o dano imaterial, que não têm alcance pecuniário, bem como disporá medidas de alcance ou repercussão públicos.¹⁵⁷

241. Para efeitos de uma desculpa pública aos familiares da vítima, a Corte acata e aprecia o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional realizado pelo Estado na audiência pública realizada em 30 de novembro de 2005, com relação ao presente caso (par. 36 e 63 *supra*). Nessa oportunidade, o Estado manifestou que:

reconhece a procedência da petição da Comissão Interamericana no que se refere à violação dos artigos 4º (Direito à vida) e 5º (Direito à integridade pessoal) da Convenção Americana.

242. Ademais, este Tribunal destaca o fato de que em 3 de novembro de 2005 o Estado deu ao Centro de Atenção Psicossocial de Sobral (CAPS), instalado na cidade de Sobral no âmbito da criação da Rede de Atenção Integral à Saúde Mental, o nome de “Centro de Atenção Psicossocial Damião Ximenes Lopes”. O Estado também deu à sala em que se realizou a Terceira Conferência de Saúde Mental o nome do senhor Damião Ximenes Lopes. Isso contribui para conscientizar quanto à não repetição de fatos lesivos como os ocorridos neste caso e manter viva a memória da vítima.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 193; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 228; e *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 264.

¹⁵⁸ Cf. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 108 *supra*, par. 236; *Caso Myrna Mack Chang*, nota 108 *supra*,

243. A Corte também reconhece que o Estado adotou internamente uma série de medidas para melhorar as condições da atenção psiquiátrica nas diversas instituições do Sistema Único de Saúde (SUS). Algumas dessas medidas foram adotadas pelo Município de Sobral, a saber: foi constituída uma comissão para investigar a responsabilidade da Casa de Repouso Guararapes em relação com a morte do senhor Damião Ximenes Lopes; foi implementada a Rede de Atenção Integral à Saúde Mental de Sobral; foi assinado no ano 2000 um convênio entre o Programa Saúde na Família e a Equipe de Saúde Mental do Município de Sobral; e foram criados uma Unidade de Internação Psiquiátrica no Hospital Dr. Estevão da Ponte do Município de Sobral; um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) especializado no tratamento de pessoas portadoras de psicose e neurose; um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) especializado no tratamento de pessoas dependentes de álcool e outras substâncias psicotrópicas; o Serviço Residencial Terapêutico; e uma unidade ambulatorial de psiquiatria regionalizada no Centro de Especialidades Médicas e equipes do Programa Saúde na Família. O Estado também adotou várias medidas no âmbito nacional, entre as quais estão a aprovação da Lei nº 10.216, em 2001, conhecida como “Lei de Reforma Psiquiátrica”; a realização do seminário sobre “Direito à Saúde Mental – Regulamentação e aplicação da Lei nº 10.216”, em 23 de novembro de 2001; a realização da Terceira Conferência Nacional de Saúde Mental em dezembro de 2001; a criação a partir de 2002 do Programa Nacional de Avaliação dos Serviços Hospitalares Psiquiátricos; a implementação em 2004 do Programa de Reestruturação Hospitalar do Sistema Único de Saúde; a implementação do “Programa de Volta para Casa”; e a consolidação em 2004 do Fórum de Coordenadores de Saúde Mental.

244. Este Tribunal valoriza que o Estado adotou as referidas medidas, cuja eficaz aplicação possibilitará o melhoramento do atendimento de saúde e sua regulamentação e fiscalização no âmbito do Sistema Único de Saúde.

a) Obrigação de Investigar os Fatos que Geraram as Violações no Presente Caso

245. Os familiares de vítimas de violações de direitos humanos têm o direito a um recurso efetivo. O conhecimento da verdade dos fatos em violações de direitos humanos como as deste caso é um direito inalienável e um meio importante de reparação para a suposta vítima e, quando cabível, para seus familiares, além de constituir uma forma de esclarecimento fundamental para que a sociedade possa desenvolver mecanismos próprios de desaprovação e prevenção de violações como essas no futuro.¹⁵⁹

246. Em consequência, os familiares das vítimas têm o direito, e os Estados têm a correspondente obrigação, a que o ocorrido seja efetivamente investigado pelas autoridades estatais, a que se inicie um processo contra os supostos responsáveis

par. 286; e *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones* (art. 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 27 de fevereiro de 2002. Série C, nº 92, par. 122.

¹⁵⁹ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 196; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 266; e *Caso Gómez Palomino*, nota 21 *supra*, par. 78.

por esses ilícitos e, se for o caso, de que lhes sejam impostas as sanções pertinentes (par. 170 a 206 *supra*).¹⁶⁰

247. Neste caso a Corte estabeleceu que, transcorridos mais de seis anos dos fatos, os autores dos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, bem como da morte do senhor Damião Ximenes Lopes, não foram responsabilizados, prevalecendo a impunidade (par. 170 a 206 *supra*).

248. A Corte adverte que o Estado deve garantir que em um prazo razoável o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, conferindo aplicabilidade direta no direito interno às normas de proteção da Convenção Americana.

b) Publicação da Sentença

249. Conforme o disposto em outros casos,¹⁶¹ como medida de satisfação, o Estado deverá publicar no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, uma só vez, o Capítulo VII, relativo aos fatos provados desta sentença, sem as respectivas notas de pé de página e, ademais, sua parte resolutiva. Para essas publicações fixa-se o prazo de seis meses, a partir da notificação da presente Sentença.

c) Estabelecimento de Programas de Capacitação

250. Ficou provado neste caso que no momento dos fatos não se dispensava adequada atenção ao tratamento e internação de pessoas portadoras de deficiência mental, como no caso da Casa de Repouso Guararapes, instituição que oferecia esse serviço no Sistema Único de Saúde. Embora se destaque o fato de que o Estado adotou diversas medidas destinadas a melhorar esse atendimento, este Tribunal considera que o Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem, bem como para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o tratamento a ser oferecido às pessoas portadoras de deficiência mental, de acordo com as normas internacionais sobre a matéria e as dispostas nesta Sentença (par. 130 a 135).

• • •

251. A presente Sentença constitui *per se* uma forma de reparação e satisfação para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes.

¹⁶⁰ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 197; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 219; e *Caso Blanco Romero*, nota 20 *supra*, par. 62 e 96.

¹⁶¹ Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 194; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 236; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 313.

E) CUSTAS E GASTOS

252. As custas e gastos estão compreendidas no conceito de reparação consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana. Compete ao Tribunal apreciar prudentemente e com base na equidade, seu alcance, considerando os gastos gerados nas jurisdições interna e interamericana e levando em conta sua comprovação, as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos.¹⁶²

253. A esse respeito, o Tribunal considera equitativo ordenar ao Estado que reembolse a quantia de US\$10.000.00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda do Brasil, que deverá ser entregue à senhora Albertina Viana Lopes para que, por um lado, compense as despesas em que incorreram os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes e, por outro, entregue ao Centro de Justiça Global uma quantia que julgue pertinente, para compensar as realizadas por essa organização.

F) Modalidade de Cumprimento

254. O Estado deverá pagar em dinheiro as indenizações e reembolsar as custas e gastos (par. 225, 226, 238 e 253 *supra*) em um ano, contado a partir da notificação desta sentença. No caso das outras reparações ordenadas deverá dar cumprimento às medidas em tempo razoável (par. 248 *supra*) ou naquele que esta sentença disponha especificamente (par. 249 *supra*).

255. O pagamento das indenizações estabelecidas a favor das vítimas será efetuado diretamente a elas. Se alguma delas vier a falecer, o pagamento será feito a seus herdeiros.

256. Se por causas atribuíveis aos beneficiários da indenização não lhes for possível recebê-la no prazo mencionado de um ano, o Estado consignará essas quantias a favor daqueles em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição bancária brasileira solvente e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancárias. Se a indenização não for reclamada ao cabo de dez anos, a soma respectiva será devolvida ao Estado, com os juros gerados.

257. O montante destinado à liquidação das custas e gastos gerados pelas gestões realizadas pelos familiares e pelos representantes nos procedimentos interno e internacional, conforme seja o caso, será transferido a senhora Albertina Viana Lopes (par. 253 *supra*), que efetuará os respectivos pagamentos.

258. O Estado deve cumprir as obrigações econômicas determinadas nesta Sentença mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente na moeda nacional do Brasil.

¹⁶² Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 208; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 237; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 315.

259. Os montantes fixados na presente Sentença a título de indenização, gastos e custas deverão ser entregues integralmente aos beneficiários, conforme o que se dispõe na Sentença. Não poderão, por conseguinte, ser afetados, reduzidos ou condicionados por motivos fiscais atuais ou futuros.

260. No caso de que o Estado incorra em mora, pagará juros sobre o montante devido, correspondente aos juros de mora bancários no Brasil.

261. Conforme determinou e praticou em todos os casos submetidos ao seu conhecimento, a Corte supervisionará o cumprimento da presente sentença em todos os seus aspectos. Esta supervisão é inerente às atribuições jurisdicionais do Tribunal e necessária para que este possa cumprir a obrigação a ele designada pelo artigo 65 da Convenção. O caso se dará por concluído uma vez que tenha o Estado dado cabal cumprimento ao disposto na Sentença. No prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado apresentará à Corte um primeiro relatório sobre as medidas adotadas para o cumprimento desta Sentença.

XII PONTOS RESOLUTIVOS

262. Portanto,

A CORTE,

DECIDE,

Por unanimidade,

1. Admitir o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, nos termos dos parágrafos 61 a 81 da presente Sentença.

DECLARA,

Por unanimidade, que:

2. O Estado violou, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, tal como o reconheceu, os direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, nos termos dos parágrafos 119 a 150 da presente Sentença.

3. O Estado violou, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e dos senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, o direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5º da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, nos termos dos parágrafos 155 a 163 da presente Sentença.

4. O Estado violou, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, nos termos dos parágrafos 170 a 206 da presente Sentença.

5. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação, nos termos do parágrafo 251 dessa mesma Sentença.

E DISPÕE,

Por unanimidade, que:

6. O Estado deve garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, nos termos dos parágrafos 245 a 248 da presente Sentença.

7. O Estado deve publicar, no prazo de seis meses, no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, uma só vez, o Capítulo VII relativo aos fatos provados desta Sentença, sem as respectivas notas de pé de página, bem como sua parte resolutiva, nos termos do parágrafo 249 da presente Sentença.

8. O Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos nesta Sentença, nos termos do parágrafo 250 da presente Sentença.

9. O Estado deve pagar em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, no prazo de um ano, a título de indenização por dano material, a quantia fixada nos parágrafos 225 e 226, nos termos dos parágrafos 224 a 226 da presente Sentença.

10. O Estado deve pagar em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e para os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, no prazo de um ano, a título de indenização por dano imaterial, a quantia fixada no parágrafo 238, nos termos dos parágrafos 237 a 239 da presente Sentença.

11. O Estado deve pagar em dinheiro, no prazo de um ano, a título de custas e gastos gerados no âmbito interno e no processo internacional perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a quantia fixada no parágrafo 253, a qual deverá ser entregue à senhora Albertina Viana Lopes, nos termos dos parágrafos 252 e 253 da presente Sentença.

12. Supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença e dará por concluído este caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto nesta Sentença. No prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte relatório sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento.

O Juiz Sergio García Ramírez deu a conhecer à Corte seu Voto Fundamentado e o Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade deu a conhecer à Corte seu Voto Separado, os que acompanham a presente Sentença.

Redigida em espanhol e português, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 4 de julho de 2006.

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Presidente

DIEGO GARCÍA-SAYÁN

ALIRIO ABREU BURELLI
CECILIA MEDINA QUIROGA

MANUEL E. VENTURA ROBLES
ANTÔNIO A. CANÇADO TRINDADE

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário

Comunique-se e execute-se,

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Presidente

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário



Detalhe da imagem da capa

Noticiário



Eleição e Posse dos Novos Membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça



Fotografia de 25 de setembro de 2015, com a nova composição do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça. Estão ausentes os seguintes membros: Dalva Pieri Nunes, Hugo Jerke, Luíza Thereza Baptista de Mattos, Márcio Klang, Sérgio Bastos Vianna de Souza, Márcia Alvares Pires Rodrigues, Luiz Fabião Guasque.

Em uma eleição sem votos brancos ou nulos, no dia 10 de agosto de 2015, o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça teve sua composição renovada. Participaram do pleito 172 Procuradores de Justiça (entre 185 aptos a votar), sendo eleitos dez novos integrantes para o biênio 2015/2017.

Foram eleitos os Procuradores de Justiça Márcia Alvares Pires Rodrigues (128 votos), Walberto Fernandes de Lima (120), Katia Aguiar Marques Selles Porto (112), Lilian Moreira Pinho (105), Joel Tovil (104), Sávio Renato Bittencourt Soares Silva (104), Maria Luíza de Lamare São Paulo (92), Dirce Ribeiro de Abreu (91), José Roberto Paredes (87) e Luiz Fabião Guasque (86). A suplência coube aos Procuradores de Justiça Luciana Sapha Silveira (73), Antonio Carlos da Graça de Mesquita (71), Roberto Moura Costa Soares (70), Elizabeth Carneiro de Lima (60), Darlei Gonçalves Bala (49) e Soraya Taveira Gaya (42).

No dia 25 de setembro, os eleitos tomaram posse em sessão solene. Os mandatos encerrar-se-ão em 24 de setembro de 2017.

A Mesa Receptora e Apuradora da eleição foi composta pelos Procuradores de Justiça Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, que ocupou sua presidência, Patrícia Silveira da Rosa e Augusto Dourado. Como suplentes, participaram da Mesa os Procuradores de Justiça Anderson Albuquerque de Souza Lima, Marcelo Daltro Leite e Claudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO

29-30, 36-38, 41, 43-44, 47, 290

AÇÃO RESCISÓRIA

136, 242, 247, 289

ASSISTÊNCIA SOCIAL

26

CAPITALISMO DE ESTADO

111-112, 117, 127, 135, 137-138

CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL

151, 158,

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

77-79, 81, 86, 88, 98, 100-102, 105, 109, 167, 170, 175, 221, 225-227, 229, 231, 235, 237-238, 242, 244-246, 249-250, 260, 289, 292-293, 354, 357, 373, 375

COLISÃO DE DIREITOS

53-54, 73-76

COMISSÃO INTERAMERICANA

401, 418-420, 422, 425, 436, 454, 459-460, 464-465,

CONFLITO DE DIREITOS

54, 73

CONTRADITÓRIO

46, 77, 79-81, 89, 93, 96, 102, 104, 105, 107, 172, 174, 176, 188, 227, 230, 239-240, 244-245, 250, 252, 296-297, 326

CONVENÇÃO DE PALERMO

17-18, 20, 22, 26

CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

19

CRIMINALIZAÇÃO

17, 21-22

DEMOCRACIA PROCESSUAL

77, 86, 90

DESGUALDADE DE GÊNEROS

193

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

19, 61, 72, 76, 79, 174, 194, 216, 308

DIREITO

à honra

54, 56-57, 60, 63, 71, 74-75

à imagem

63-64, 66-70

DIREITOS HUMANOS

17, 19, 25, 27, 42-43, 56, 62, 183, 208, 401, 418-419, 421, 424, 426-429, 436-439, 442-460

DOCTRINA NACIONAL

151, 167

ECONOMIA MISTA

111-112, 114, 118-120, 126-127, 129, 138, 284

EFICIÊNCIA

85, 91, 96, 105, 109, 112-114, 125, 127-129, 131-132, 134, 136-138, 265, 278, 284, 315

EMPRESAS ESTATAIS

111-113, 115, 119, 123, 129, 132-133, 135, 139, 346

ESTATUTO

da criança e do adolescente
24

do tráfico de pessoas
17-18, 26-27

EXPLORAÇÃO DO TRABALHO

23

FEMINILIDADES

193, 195-198, 200, 202-203, 206-208, 220-222

FINALIDADE ÚNICA DE LUCRO

111-112, 135

FISCAL DA ORDEM JURÍDICA

103, 225-226

GARANTISMO

29-31, 37-41, 49

HOMICÍDIO

43, 419, 421-422, 425, 430-432, 436, 439-440, 442, 445, 456-457, 463

IMAGEM-RETRATO

63, 66

INADIMPLEMENTO ANTECIPADO

151-154, 157-161, 163, 165-173, 175-176

INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

183, 241, 248, 251-252, 254, 259, 281

INSTITUTO ANGLO-SAXÔNICO

151, 155

INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO NA ECONOMIA

112, 115, 125, 134

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

151, 155, 168

LEGITIMADO ATIVO

225, 246-247, 251

LIBERDADE

de expressão

53-57, 59, 71, 73-75, 380-382

política

59

LIVRE

concorrência

111-112, 117, 120-123, 131, 133-134, 138

iniciativa

57, 111-112, 114-117, 120-122, 127, 132, 135, 137-138

mercado

112

MANDADO DE SEGURANÇA

231, 239, 247, 255, 257, 319-320, 328, 351-358, 360-361, 435, 464

MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

55, 58

MASCULINIDADES

193, 195-198, 200-204, 206-208, 214, 220-222

MEDIDA NEOPRIVATISTA

77, 90

MINISTÉRIO PÚBLICO

20, 29-33, 35-50, 91, 97, 103-104, 106, 141, 150-151, 177-178, 180-185, 189-191, 193, 225-261, 271-273, 276-283, 287, 289-292, 302, 314, 335, 344, 351-353, 356, 358, 360-361, 364, 367, 399-402, 404-405, 408, 432, 434-435, 444, 463-464

NEGÓCIOS PROCESSUAIS

77-78, 86-87, 89-90, 97-103, 105-106, 243, 260

NEOPRIVATISMO

77, 87, 90, 108

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

77-79, 86, 88, 102, 105, 109, 225-227, 229, 238, 244, 246, 250, 260

OFENSA À HONRA

53, 62, 66

ORDEM ECONÔMICA

57, 111-112, 120, 121, 122, 135, 189, 265

ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

41-42, 61, 151, 158

ÓRGÃO AGENTE

252, 257

ÓRGÃO INTERVENIENTE

252, 257, 259

PARTICIPAÇÃO

77, 83-84, 86, 90-91, 95, 105, 111, 113, 115-116, 124, 127, 129, 131, 135, 138, 144, 147, 163, 177, 186, 188, 194, 207, 210, 213, 215, 219, 221, 226-229, 235-236, 238-239, 244, 247, 257, 287, 314, 318, 338, 354, 357, 433, 435, 445

PATERNIDADE

193-196, 200, 207-215, 218-223

PERSECUÇÃO

20, 24, 32, 368

PRÁTICAS MONOPOLISTAS

111-112

PRECLUSÃO

231, 232-233, 253, 346, 375

PREVENÇÃO

17, 20-22, 26, 81, 147, 171, 207, 278, 429, 439, 442-443, 445, 454-455

PRINCÍPIO(S)

da boa-fé objetiva

151, 173

da confiança

166, 172, 324-325, 329, 349

da razoabilidade

71

da subsidiariedade

111-112, 121-123, 135

da unidade

123, 225, 230, 247, 250-251, 254, 258-260

de igualdade

71, 240, 315

de proporcionalidade

54, 57, 71-72, 389

PROTEÇÃO

17, 19-22, 25-26, 55, 57-59, 61, 63, 66-69, 75, 78, 85, 94, 103-105, 115-116, 133, 151, 172-174, 178, 189, 194, 213, 219, 237, 242, 244, 246-247, 260, 283-285, 304, 307, 313, 319-320, 323-327, 329-330, 334-337, 339-340, 342-343, 349, 385, 402-403, 418-420, 423, 436, 438, 446, 450, 455, 459

REFORMA POLÍTICA

265

SUPRESSÃO DO RECURSO

29-30, 36-38, 40-41, 43

TRADIÇÃO ANGLO-SAXÔNICA

29-30, 36, 42

TRADIÇÃO JURÍDICA

29-30, 42

TRÁFICO

de negros

18

de pessoas

17-23, 27

VÍTIMA

19-20, 22, 65, 186, 290-292, 296, 298-308, 363, 365-368, 393, 408, 410, 430, 433, 438, 446-448, 453

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/consulta-juridica/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