

**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
Tiffany Fiks
Pesquisa
Agnaldo Alves
Controle Administrativo

Davi Kaptzki
Editor-Chefe
Projeto Gráfico
Cristina Siqueira
 Lorena Tavares
Caroline Linhares
Revisão Ortográfica

Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa
Daniel Camelo
Rebeca Aismini
Diagramação

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

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

Redação e Administração

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

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

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

Trimestral

1995-2015 (1 - 58)
2016 (59,

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

José Roberto Paredes
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos
Subcoordenadora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

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
Katia 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**

José Roberto Paredes
Diretor-Presidente

• • •

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

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Presidente

EDITORIAL

As dificuldades políticas e econômicas por que vem passando o Brasil constituem verdadeiros desafios à ordem jurídica constituída. O momento requer estrito cuidado, atenção e respeito às normas que alicerçam o Estado de Direito, a fim de que sejam superados os obstáculos sem que haja retrocessos para o funcionamento da democracia nacional. Nesse contexto, o conhecimento científico-jurídico é fundamental para nortear os atos governamentais, sobrepujando quaisquer forças político-econômicas que busquem macular a forma e o conteúdo da juridicidade.

Fundada com o objetivo de disseminar o mais avançado conhecimento jurídico contemporâneo, a Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro vem cumprindo essa missão nos últimos 50 anos e, no primeiro trimestre de 2016, apresenta sua edição de número 59, com uma seleção de obras marcadas pela pluralidade dos temas abordados. A coleção de artigos, pareceres e acórdãos publicados nesta edição propõe-se a constituir um panorama do Direito brasileiro contemporâneo, abarcando os principais debates na academia e nos tribunais.

Nesta edição, na seção *Doutrina*, destacam-se estudos técnicos sobre a desnecessidade do controle judicial no procedimento investigatório criminal (PIC); o inquérito civil como instrumento efetivo e resolutivo na tutela dos interesses transindividuais; a “execução negociada” de políticas públicas em juízo; a ação popular e a ação civil pública como instrumentos de defesa dos direitos fundamentais de terceira dimensão e a cessão fiduciária em garantia de recebíveis performados e a performar. Ainda na seção *Doutrina*, apresentam-se análises jurídicas sobre o direito à integridade física e sua proteção penal; a OAB, a arbitragem e o acesso à Justiça e o instituto da interdição a partir da lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência. Por fim, dois artigos abordam aspectos institucionais pertinentes ao Ministério Público. O primeiro versa sobre a reparação mínima em favor da vítima de crimes violentos e a atuação ministerial e o segundo sobre a intervenção preventiva extrajudicial do Ministério Público no combate à corrupção.

Tratando da reforma política, a seção *Observatório Jurídico* traz sempre temas em voga na política nacional, enquanto a seção *Pareceres* reproduz trabalhos de indiscutível relevância jurídica. Os pareceres abordam a permissão de instalação de templos religiosos em área residencial, os estímulos fiscais para o desenvolvimento econômico em projetos com impactos favoráveis à preservação e à recuperação ambiental e a anulação de decreto expropriatório, invocando ausência de competência do Estado, o desvio de finalidade e a violação aos princípios da proporcionalidade e da impessoalidade. Por fim, incluiu-se embargo de declaração em apelação criminal, cujo objetivo era o de sanar vícios de contradição e de obscuridade, esclarecendo-se a dosimetria da pena dos acusados e o indevido afastamento da qualificadora reconhecida pelo júri, relativa à ocultação e à impunidade do crime praticado contra a vítima. Na

seção *Jurisprudência*, o foco continua sendo o Direito nos Tribunais superiores, com três acórdãos do Supremo Tribunal Federal, que tratam do dever de os autos serem remetidos ao referido tribunal, havendo indícios de prerrogativa de foro; da incompetência do Estado-membro para legislar sobre procedimento e julgamento de crimes de responsabilidade cometidos por governador e a vedação legal ao nepotismo. Os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça tratam da prevalência, sobre a anterior, da última sentença que transitou em julgado; da impossibilidade de impetrar-se mandado de segurança para reverter decisão judicial, bem como do devido momento procedimental de apresentação da defesa, seus documentos comprobatórios e testemunhas, e da faculdade do juiz de mudá-lo, a fim de buscar a verdade real dos fatos.

Na seção *Jurisprudência Internacional*, é reproduzida a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Nogueira de Carvalho e Outro *versus* Brasil, que tratou da falta de devida diligência no processo de investigação e de punição dos responsáveis pela morte do advogado defensor dos direitos humanos, Francisco Gilson Nogueira de Carvalho, que se dedicou a denunciar os crimes cometidos por um grupo de extermínio de que participariam policiais civis e outros servidores estatais, em Macaíba, Rio Grande do Norte.

Encerrando a Revista, apresentamos a seção Registro Histórico, com uma ação ordinária de perdimento de bens e função pública, de 1993, que versa sobre a aplicação de sanções a servidor público por praticar atos de improbidade administrativa, importando enriquecimento ilícito e violando dever de honestidade, legalidade e lealdade às Instituições, no exercício de cargo da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Inaugurando o conjunto das quatro edições de 2016, agradecemos a todos os colaboradores por honrar nossa publicação com suas obras e desejamos aos assinantes uma excelente leitura.

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

Procedimento Investigatório Criminal – PIC. Da Desnecessidade de seu Controle Judicial <i>Airton Pedro Marin Filho</i> <i>Aluildo de Oliveira Leite</i>	17
O Direito à Integridade Física e sua Proteção Penal <i>André Guilherme Tavares de Freitas</i>	31
A OAB, a Arbitragem e o Acesso à Justiça <i>Arnoldo Wald</i> <i>Arnoldo Wald Filho</i>	61
O Inquérito Civil como Instrumento Efetivo e Resolutivo na Tutela dos Interesses Transindividuais – Desjudicialização, Contraditório e Participação <i>Bruno de Sá Barcelos Cavaco</i>	81
A “Execução Negociada” de Políticas Públicas em Juízo <i>Eduardo José da Fonseca Costa</i>	109
Instrumentos de Defesa dos Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão: A Funcionalidade da Ação Popular e da Ação Civil Pública <i>Emerson Garcia</i>	137
Cessão Fiduciária em Garantia de Recebíveis Performados e a Performar <i>Jorge Lobo</i>	155
A Interdição a partir da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) <i>Luiz Cláudio Carvalho de Almeida</i>	175
A Reparação Mínima em Favor da Vítima de Crimes Violentos e a Atuação do Ministério Público <i>Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos</i>	191
A Intervenção Preventiva Extrajurisdicional do Ministério Público no Combate à Corrupção – Escala de Ação Progressiva como Fator de Emancipação Social <i>Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis</i>	207
Observatório Jurídico	
STF Subverteu a Constituição ao Julgar o Rito do Impeachment <i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	221

Peças Processuais

Pareceres

- Parecer Ministerial em Processo Judicial. Arguição de Inconstitucionalidade. Lei nº 6.782, de 19 de Agosto de 2010, do Município de Petrópolis. Permissão de Instalação de Templo Religioso em Área Residencial
Emerson Garcia **227**
- Parecer. Estímulos Fiscais para o Desenvolvimento Econômico em Projetos com Impactos Favoráveis à Preservação e Recuperação Ambiental
Ives Gandra da Silva Martins **231**
- Embargos de Declaração em Apelação Criminal. Crime de homicídio. Oposição com o Objetivo de Sanar Vícios de Contradição e Obscuridade, Esclarecendo-se a Dosimetria da Pena dos Acusados e o Indevido Afastamento da Qualificadora Reconhecida pelo Júri, Relativa à Ocultação e Impunidade do Crime Praticado Contra a Vítima
Nilo Augusto Francisco Suassuna **255**
- Parecer Ministerial em Processo Judicial. Mandado de Segurança. Impetrante que Busca Anular Decreto Expropriatório, Invocando Ausência de Competência do Estado, Desvio de Finalidade e Violação aos Princípios da Proporcionalidade e da Impessoalidade
Veronica C. R. Antunes Zylberman **263**

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Cível

- Ação Direta de Inconstitucionalidade. Arts. 56, Inc. XXI, e 93 da Constituição do Espírito Santo. Incompetência de Estado-Membro para Legislar sobre Processamento e Julgamento de Crimes de Responsabilidade Cometidos por Governador. Exigência de Autorização Prévia da Assembleia Legislativa para Instauração de Processo Contra o Governador por Prática de Crimes de Responsabilidade
Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.792 – Espírito Santo
Sessão Plenária, 12/02/2015 **275**
- Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Lei Proibitiva de Nepotismo. Vício Formal de Iniciativa Legislativa: Inexistência. Norma Coerente com os Princípios do Art. 37, Caput, da Constituição da República. Recurso Extraordinário Provido*
Recurso Extraordinário 570.392 – Rio Grande do Sul
Sessão Plenária, 11/12/2014 **325**

Jurisprudência Criminal

Inquérito – Detentor de Prerrogativa de Foro – Indícios. Surgindo Indícios de Detentor de Prerrogativa de Foro estar Envolvido em Fato Criminoso, Cumpre à Autoridade Judicial Remeter o Inquérito ao Supremo – Precedente: Inquérito nº 2.842, Relator Ministro Ricardo Lewandowski –, sob Pena de Haver o Arquivamento ante a Illicitude dos Elementos Colhidos

Inquérito 3.305 – Rio Grande do Sul

Primeira Turma, 12/08/2014 **337**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Cível

Processual Civil. Ofensa ao Art. 535 do CPC Não Configurada. Sentenças Contraditórias. Decisão Não Desconstituída por Ação Rescisória. Prevalência Daquela que por Último Transitou em Julgado

Recurso Especial nº 1.524.123 – SC (2015/0072592-5)

Segunda Turma, 26/05/2015 **349**

Jurisprudência Criminal

Constitucional. Mandado de Segurança Contra Ato Judicial. Inexistência de Ilegalidade, Teratologia ou Abuso de Poder. Denegação da Ordem

Mandado de Segurança nº 21.081 – DF (2014/0150177-4)

Corte Especial, 17/06/2015 **357**

Recurso Especial. Direito Processual Penal. Indicação do Rol de Testemunhas em Momento Posterior. Pedido Tempestivo. Inexistência de Preclusão e Violação do Contraditório. Deferimento Motivado. Princípio da Verdade Real

Recurso Especial nº 1.443.533 – RS (2014/0065295-8)

Sexta Turma, 23/06/2015 **373**

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória **385**

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Caso Nogueira de Carvalho e Outro *Versus* Brasil. Sentença de 28 de Novembro de 2006.

(Exceções Preliminares e Mérito) **387**

Registro Histórico

Ação ordinária de perdimento de bens e função pública. Delegado de Polícia. Evolução Patrimonial incompatível com a renda de agente público. Enriquecimento ilícito configurado (23/12/1993) **433**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **451**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



Procedimento Investigatório Criminal – PIC

Da Desnecessidade de seu Controle Judicial

Airton Pedro Marin Filho*
Aluildo de Oliveira Leite**

Sumário

1. Introdução. 2. Do Sistema Acusatório Brasileiro. 3. Autonomia do MP: Poder Investigatório. 4. Violação do Princípio da Legalidade. 5. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O presente estudo tem o objetivo de mostrar que cabe exclusivamente ao membro do Ministério Público a abertura de ofício do procedimento investigatório criminal, devendo ser observadas as regras internas de distribuição de serviços de cada Ministério Público e da Resolução nº 13/2006-CNMP. A investigação deverá estar concluída em 90 dias, podendo haver prorrogações sucessivas, por decisão do membro do Ministério Público responsável pela condução, caso haja necessidade de diligências faltantes. Por se tratar de procedimento administrativo próprio e interno do Ministério Público, somente há necessidade do controle do judiciário dos atos necessários à reserva constitucional de jurisdição (medidas cautelares penais, prisões preventivas e temporárias, busca e apreensão, quebra do sigilo das comunicações telefônicas, etc.).

Palavras-chave

Procedimento Investigatório Criminal – PIC. Resolução nº 13/2006-CNMP. Abertura. Controle Judicial. Desnecessidade.

1. Introdução

Tendo em vista a tentativa de início de uma construção jurisprudencial que tem sido debatida em alguns Tribunais de Justiça dos Estados, em considerar necessário o controle judicial sobre a abertura do Procedimento Investigatório Criminal instaurado pelo Ministério Público, em face de autoridades com foro por prerrogativa de função¹, torna-se imprescindível analisar a legalidade e as consequências desse controle sobre a atuação do Ministério Público brasileiro.

* Procurador de Justiça. Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia (Biênio 2015/2017).

** Promotor de Justiça – MP/RO. Diretor do CAEJ – Centro de Atividades Judiciais (Biênio 2015/2017).

¹ Ex.: TJPA, TJRN, TJMA e começando a discussão sobre o assunto – abertura e dilação de prazo – TJRO.

Somente a título de ilustração, para início do debate, o Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem suscitada no Inquérito nº 2.411 QO/MT decidiu que a autoridade policial não pode abrir de ofício inquérito policial para apurar conduta de pessoa com foro por prerrogativa de função perante o STF, devendo a abertura do inquérito ser condicionada à autorização do ministro-relator na Suprema Corte. Confira-se:

EMENTA: Questão de Ordem em Inquérito. 1. Trata-se de questão de ordem suscitada pela defesa de Senador da República, em sede de inquérito originário promovido pelo Ministério Público Federal (MPF), para que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) defina a legitimidade, ou não, da instauração do inquérito e do indiciamento realizado diretamente pela Polícia Federal (PF). 2. Apuração do envolvimento do parlamentar quanto à ocorrência das supostas práticas delituosas sob investigação na denominada “Operação Sanguessuga”. 3. Antes da intimação para prestar depoimento sobre os fatos objeto deste inquérito, o Senador foi previamente indiciado por ato da autoridade policial encarregada do cumprimento da diligência. 4. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema da instauração de inquéritos em geral e dos inquéritos originários de competência do STF: i) a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro; ii) qualquer pessoa que, na condição exclusiva de cidadão, apresente *notitia criminis* diretamente a este Tribunal é parte manifestamente ilegítima para a formulação de pedido de recebimento de denúncia para a apuração de crimes de ação penal pública incondicionada. Precedentes: INQ nº 149/DF, Rel. Min. Rafael Mayer, Pleno, DJ 27.10.1983; INQ (AgR) nº 1.793/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, maioria, DJ 14.06.2002; PET – AgR – ED nº 1.104/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, DJ 23.05.2003; PET nº 1.954/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, maioria, DJ 1º.8.2003; PET (AgR) nº 2.805/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ 27.02.2004; PET nº 3.248/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, DJ 23.11.2004; INQ nº 2.285/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 13.03.2006 e PET (AgR) nº 2.998/MG, 2ª Turma, unânime, DJ 06.11.2006; iii) diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, b, da CF e pelo RI/STF. A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos

relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF. 5. *A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, "b" c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis.* 6. Questão de ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado. (Inq 2411 QO/MT, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2007, DJe nº074, Divulgação em 24/04/2008, Publicação em 25/04/2008. Ementário nº 2316-1). (g.n.)

Observe-se que esse entendimento, aplicado no âmbito do STF, traz a lume a questão da impossibilidade de que a autoridade policial, de ofício, instaure inquérito policial para apurar condutas de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República. Todavia, não serve de paradigma para que eventualmente os Tribunais de Justiça deem *interpretação analógica, ou mesmo por simetria*, por si só, aos casos investigados pelo Ministério Público, cujos agentes detenham prerrogativa de foro nos Tribunais Estaduais, *por meio de Procedimento Investigatório Criminal – PIC*, por se tratar de instrumento próprio e interno do *Parquet*, inerente às suas próprias funções institucionais (art. 129, da Constituição Federal).

Nesse sentido, à luz dos fundamentos do *sistema acusatório brasileiro*, cabe a órgãos distintos as *funções de acusar (MP), defender (Defensor, OAB) e julgar (Judiciário)*.

No caso, o Procedimento Investigatório Criminal – PIC é *instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo Membro no Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal*, conforme está previsto no art. 1º da Resolução nº 13/2006 do CNMP.

Diante dessa definição, constata-se que o procedimento investigatório criminal, embora possua a mesma finalidade do Inquérito Policial, é procedimento diverso.

Lima² assim conceitua o Inquérito policial:

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

O PIC, regulamentado pelo CNMP por meio da Resolução nº 13, está inserido no próprio poder de investigação do Ministério Público previsto na Constituição Federal, este último confirmado pelo *Supremo Tribunal Federal* na *Repercussão Geral nº 593727*, por meio do Tribunal Pleno, que assim restou decidida, conforme informado no acompanhamento processual do STF³:

O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e *reconheceu o poder de investigação do Ministério Público*, nos termos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso extraordinário e negava ao Ministério Público o poder de investigação. Em seguida, *o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos*

² LIMA, Renato Brasileiro De. *Manual de Processo Penal*. 2ª ed. v. único, Bahia: Ed. JusPodivm, 2014, p. 107.

³ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697> (Acesso em: 20 ago. 2015).

membros dessa Instituição. Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 14.05.2015. (g.n).

Nesse contexto, detém o Ministério Público brasileiro o poder de promover privativamente a ação penal pública e exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, entre outros (art. 129, da CF/88). Logo, o Procedimento Investigatório Criminal é um dos instrumentos necessários à eficácia da persecução penal, ainda que o investigado seja autoridade com prerrogativa de função.

Dessa forma, não cabe ao Poder Judiciário adentrar na seara do poder investigatório do MP *sem ser provocado (ne procedat iudex ex officio)*. Tal situação viola a essência do sistema acusatório adotado pelo processo penal brasileiro. Na verdade, esse controle dar-se-á, apenas, nas questões atinentes à reserva constitucional de jurisdição.

Para melhor compreensão, é imprescindível destacar os seguintes pontos abaixo, que bem elucidam o debate.

2. Do Sistema Acusatório Brasileiro

Premissa fundamental do sistema acusatório é atribuir a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento. Essa premissa que o diferencia do sistema processual inquisitório, no qual as funções de acusação e julgamento estariam reunidas em um único órgão.

Atento a esse fundamento, Eugênio Pacelli⁴ é incisivo ao defender que é vedada a atuação judicial em substituição ao Ministério Público:

Ora, não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício da função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará. Violação patente – e recente – do sistema acusatório.

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal* – 13ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11.

Nessa mesma linha de raciocínio Choukr⁵ também argumenta que a intromissão do juiz na construção do acervo probatório não se justifica nem mesmo a título de proteção da pessoa acusada, porque esta já é acobertada pela presunção de inocência. O processualista é ainda mais incisivo ao concluir:

Dessa premissa decorrem várias consequências para todo o funcionamento do processo penal. Uma delas exige a *revisão conceitual do papel do juiz da fase anterior ao ajuizamento da ação penal para que*: (i) esse juiz não tenha atividades ou iniciativas de produção de provas ou meio de provas e (ii) *não seja esse juiz interveniente na investigação o mesmo que virá a ter conhecimento da causa* (em sua admissibilidade e seu mérito). (g.n.)

Nota-se que o autor adentra no ponto de debate ora proposto, que é a intervenção do judiciário na investigação pré-processual. Ele acertadamente conclui que tal situação viola o sistema processual acusatório e mais, afirma que o acusado, na verdade investigado, goza da presunção de inocência, portanto, totalmente dispensável o controle judicial nessa fase.

Nesse raciocínio, o fato do investigado possuir foro por prerrogativa de função não implica intervenção do Poder Judiciário na abertura da investigação pré-processual a ser realizada pelo Ministério Público, uma vez que nesse caso a investigação é iniciada pelo próprio órgão acusador, ou seja, por aquele que possui atribuição exclusiva para executar a persecução penal estatal. Logo, é dispensável a autorização judicial.

A dispensabilidade é devida ao fato de que a situação supracitada é diversa daquela em que a investigação é iniciada pela autoridade policial, pois a polícia judiciária não é a destinatária final da investigação, muito menos é a responsável pela formação da *opinio delicti*. Portanto, o Ministério Público e a polícia judiciária possuem funções distintas no sistema jurídico-penal pátrio.

É por esta razão, que não se pode admitir a aplicação do princípio da simetria entre a autorização judicial para abertura de inquérito policial perante o STF e a abertura de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público perante o Tribunal de Justiça Estadual.

Certamente a exigência que o Supremo impôs à Polícia Federal na questão de ordem do Inquérito nº 2.411 QO/MT (ementa já citada) não se amolda à hipótese de aplicação por simetria na esfera estadual em relação aos procedimentos investigatórios criminais instaurados pelo Ministério Público, pois se referem a situações distintas. Além disso, o procedimento investigatório criminal é instrumento

⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Modelos Processuais Penais*: Apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória. Organizadores: Antonio Oswaldo Scarpa e Gamil Foppel El Hireche. Bahia: Ed. JusPodivm, 2013, p. 219.

próprio e interno do *Parquet*, inerente às suas funções institucionais (art. 129, da Constituição Federal).

A doutrina mais moderna, atenta às atribuições constitucionais do Ministério Público, sustenta a ausência de controle judicial na atividade administrativa e investigativa do MP, até mesmo no momento da realização da promoção de arquivamento do inquérito policial.

Sabe-se que atualmente a sistemática processual penal permite ao magistrado discordar da promoção de arquivamento realizada pelo promotor de justiça e encaminhar o feito ao Procurador-Geral de Justiça, a quem cabe a última palavra, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal.

No entanto, doutrinadores como Pacelli, Fischer, Moreira e Pêcego sustentam que o arquivamento do inquérito policial deveria ficar restrito ao Ministério Público, sem qualquer participação judicial.

Pêcego⁶, assim, resume esse posicionamento:

*Não mais cabe ao judiciário exercer o controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal por parte do Ministério Público, aplicando o art. 28 do CPP quando julgar necessário, uma vez que atualmente descabe a outrem, que não seja o órgão do Ministério Público, privativamente promover a ação penal pública, na forma da lei (CF; art. 129, I), não havendo mais a nefasta figura do Promotor *ad hoc* de outrora, ou mesmo do procedimento judicial *ex officio* com relação às contravenções penais, como consta na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941.*

Tal entendimento, inclusive, foi inserido no Projeto de Lei nº 7987/2010, em trâmite para a reforma do Código de Processo Penal, visando à exclusão do artigo 28, atribuindo competência exclusiva ao Ministério Público para o arquivamento do inquérito, possibilitando somente à vítima e outros legitimados insurgirem-se perante o próprio órgão ministerial.

Note-se que a tendência doutrinária e também legislativa são no sentido de conferir condições para o Ministério Público executar, de forma ampla, suas funções, nos exatos termos previstos na Constituição Federal.

Assim, Pêcego conclui que não se pode mais admitir a ingerência judicial em esfera administrativa que não lhe compete atuar, uma vez que o controle do princípio da obrigação da ação penal pública deve se dar pelas mãos de quem detém legitimidade para fazê-lo.

⁶ PÊCEGO, Antonio José F. de S. A indevida submissão ao controle judicial do pedido de arquivamento do inquérito policial. *Temas Avançados do Ministério Público*. Organizadores: Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Wagner Marteleto Filho. Bahia: Ed. JusPodivm, 2015, p. 352.

Dessa forma, admitir a ingerência judicial na esfera administrativa do *Parquet*, no momento da abertura de procedimento investigatório criminal, seria um verdadeiro retrocesso ao *status* adquirido pelo Ministério Público na Constituição Federal de 1988.

3. Autonomia do MP: Poder Investigatório

Outro argumento fundamental é a autonomia do Ministério Público para promover investigações criminais, conforme assentou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Repercussão Geral nº 593727/MG, que teve acórdão publicado em 08/09/2015:

Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. *Poderes de investigação do Ministério Público*. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do *Parquet* estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Questão constitucional com repercussão geral. *Poderes de investigação do Ministério Público*. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a

qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/1994, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria. (RE 593727, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015).

Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a relevância do poder investigativo do Ministério Público está inserida na sua natureza institucional, ou seja, na própria função que a Constituição lhe atribuiu. Destacando-se trecho do voto do Min. Celso de Mello:

É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a instauração, pelo próprio Ministério Público, de investigação penal, atribuição esta reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos e que permite, ao Ministério Público, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República. (g.n.)

O Ministro supracitado adere à teoria dos poderes implícitos, partindo do pressuposto de que o poder investigativo do Ministério Público está implícito na sua própria função constitucional, uma vez que a outorga de competência exclusiva para propositura da ação penal pública importa necessariamente e implicitamente na outorga dos meios necessários à integral realização daquela competência.

Nesse diapasão, é imprescindível prestigiar a força normativa da Constituição, sendo inviável compreender as funções ministeriais apartadas das transformações operadas pelo sistema constitucional vigente. No ponto, Clève⁷ assevera que:

As normas constitucionais que disciplinam as funções do Ministério Público e também de outros órgãos e instituições estatais formam um sistema, significando isso que sua correta compreensão envolve esforço maior do que o consistente na singela leitura (interpretação simples e literal) das disposições constitucionais pertinentes.

Assim, para dar consistência ao texto constitucional no que tange à finalidade do Ministério Público, o STF na repercussão geral retrocitada reconheceu a autonomia da instituição para promover investigações criminais, especialmente porque essa atuação do *Parquet* não se confunde com a atuação da polícia judiciária, conforme explicou o Min. Gilmar Mendes em seu voto:

E não se confundem eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. E essa atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida que não está imune ao controle judicial simultâneo ou posterior. (g.n.)

É de extrema relevância esse posicionamento adotado pelo Min. Gilmar Mendes, em razão da distinção adotada entre procedimento investigatório do MP e inquérito policial e da delimitação que ele estabelece para o controle judicial sobre o procedimento investigatório do MP, que pode ser simultâneo ou posterior.

Note-se, nesse caso, que o citado Ministro não se refere a controle prévio ou pré-processual. Certamente, porque esse controle somente é indispensável em face do inquérito policial, o qual é promovido exclusivamente pela polícia judiciária. Além disso, eventuais abusos estarão sujeitos normalmente ao controle judicial.

Não resta dúvida que o poder de investigação do MP está no contexto constitucional, em razão da autonomia conferida pela própria Constituição Federal, não sendo viável suprimir do Ministério Público os meios adequados para o exercício das suas funções, daí o reconhecimento pelo próprio Supremo da sua autonomia investigativa na seara criminal.

⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Sobre o Ministério Público: Considerações acerca do seu regime constitucional e seu poder de investigação em matéria criminal. *Temas Avançados do Ministério Público*. Organizadores: Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Wagner Marteleto Filho. Bahia: Ed. JusPodivm, 2015, p. 45 e 46.

Ademais, a investigação criminal realizada pelo Ministério Público, nem de longe afeta a garantia do contraditório da pessoa investigada, pois ainda não sujeita ao crivo do judiciário durante a fase da *persecutio criminis*, seja ela possuidora de prerrogativa de foro ou não.

Em caso de eventuais violações, o sistema processual brasileiro contempla mecanismos para atacar ato estatal em desconformidade com a ordem jurídica, como, por exemplo, o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

Importante ainda pontuar que a investigação penal, enquanto procedimento extrajudicial, “não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância do postulado da bilateralidade da instrução criminal contraditória”. (RTJ 143/306-307, Rel. Min. Celso de Mello).

Assim, considerando que o sistema jurídico possui diversos meios de controle judicial simultâneo e posterior; e, considerando ainda a autonomia investigativa do Ministério Público, não se mostra razoável o controle judicial pré-investigatório, em face do autor privativo da ação penal pública, motivado exclusivamente pela condição da pessoa investigada, sem que, para tanto, haja previsão legal.

4. Violação do Princípio da Legalidade

Prerrogativas processuais destinadas a determinadas pessoas decorrem exclusivamente de previsão legal, seja constitucional ou infraconstitucional. O sistema de prerrogativas processuais na esfera penal encontra-se sedimentado na Constituição Federal, quando se trata da competência dos Tribunais que compõem o Poder Judiciário.

Diante disso, a CF/88 prevê prerrogativa de função aos ocupantes de determinados cargos e funções públicas perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, CF), o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, CF), os Tribunais Regionais Federais (art. 108, CF) e os Tribunais de Justiça dos Estados (CF: art. 29, X; art. 31; art. 96, III), e esses últimos também possuem competências para processarem e julgarem originariamente determinadas pessoas, conforme previsto nas Constituições Estaduais.

A doutrina de Lima⁸ ensina que a prerrogativa de função tem como finalidade resguardar a função exercida pelo agente, em razão do “interesse maior da sociedade de que aqueles que ocupam certos cargos possam exercê-los em sua plenitude”.

Além disso, o processamento de ações penais perante os Tribunais supracitados está disciplinado pelos seus respectivos Regimentos Internos, destacando-se que, perante o STF e o STJ, a regulamentação é feita também pela Lei Federal nº 8.038/1990.

⁸ Ob. cit. p. 452.

Em relação ao Procedimento Investigatório Criminal, por se tratar de procedimento próprio e interno dos Ministérios Públicos, encontra-se regulamentado pela Resolução nº 13/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, razão pela qual não faz sentido exigir-se controle prévio judicial para a sua instauração.

De mais a mais, o princípio da legalidade é de extrema relevância no Estado Democrático de Direito, sendo inclusive cláusula pétrea na Constituição Federal (art. 5º, II).

No que tange ao princípio da legalidade na esfera penal, Leonardo de Paula⁹ ensina: “a partir do princípio da legalidade, o Direito na verdade se faz assumir pela proibição, ou seja, aquilo que não é direito, a proibição, é o que está previsto através da normal geral inclusiva”.

O autor analisa as nulidades do processo penal à luz do princípio da legalidade e conclui:

A afirmação do processo penal só pode se dar pelo Devido Processo Legal que deverá preservar o princípio da estrita legalidade: *os representantes do Estado devem fazer tudo o que está previsto e como está previsto em lei*, caso contrário, não há forma, não há proteção, não há Estado, o Rei está nu. (g.n.)

Nessa linha, a ausência de previsão legal desse controle judicial em face do Ministério Público, por ocasião da abertura de procedimento investigatório criminal instaurado contra autoridade com prerrogativa de foro¹⁰, dispensa o titular da ação penal de comunicar ou solicitar previamente a abertura da referida investigação e, portanto, afasta qualquer nulidade eventualmente arguida.

Dessa forma, a função do Ministério Público de investigar e promover a ação penal, caso haja elementos suficientes, não pode ser condicionada ao controle preventivo do Poder Judiciário sob pena de ofensa à Constituição Federal no que tange às competências previstas ao *Parquet* e, conseqüentemente, ao princípio da legalidade.

5. Conclusão

Ante o exposto, conclui-se que *cabe exclusivamente ao membro do Ministério Público a abertura, de ofício, do procedimento investigatório criminal, ainda que instaurado em face de autoridade com prerrogativa de foro*, devendo ser observadas as regras internas de distribuição de serviços de cada Ministério Público e da Resolução nº 13/2006-CNMP, inclusive, no tocante a prazos e eventuais prorrogações.

⁹ De PAULA, Leonardo Costa. *A Nova Roupas do Rei, o Princípio da Legalidade no Processo Penal e o Direito. Temas de Direito Penal e Processual Penal. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto*. Organizadores: Antonio Oswaldo Scarpa e Gamil Föppel El Hireche. Ed. JusPodivm: Bahia, 2013, p. 363 e 369.

¹⁰ Resolução nº 13/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Por fim, ao procedimento investigatório criminal, por se tratar de procedimento administrativo próprio e interno dos Ministérios Públicos, *somente há obrigatoriedade de controle do judiciário dos atos necessários à reserva constitucional de jurisdição* (medidas cautelares penais, prisões preventivas e temporárias, busca e apreensão, quebra do sigilo das comunicações telefônicas, etc) e não na abertura, dilação de prazo e condução das investigações.

Biliografia

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 593727-MG. Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697> (acesso em: 20 ago. 2015).

_____. Inq 2411 QO/MT, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2007, DJe nº 074, divulgação em 24/04/2008, publicação em 25/04/2008. Ementário nº 2316-1. Disponível em: www.stf.jus.br.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Sobre o Ministério Público: Considerações acerca do seu regime constitucional e seu poder de investigação em matéria criminal. *Temas Avançados do Ministério Público*. Organizadores: Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Wagner Marteleto Filho. Bahia: Ed. JusPodivm, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Modelos Processuais Penais: Apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória. *Temas de Direito Penal e Processual Penal – Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto*. Organizadores: Antonio Oswaldo Scarpa e Gamil Foppel El Hireche. Bahia: Ed. JusPodivm, 2013.

De PAULA, Leonardo Costa. A Nova Roupas do Rei, o Princípio da Legalidade no Processo Penal e o Direito. *Temas de Direito Penal e Processual Penal. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto*. Organizadores: Antonio Oswaldo Scarpa e Gamil Foppel El Hireche. Ed. JusPodivm: Bahia, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro De. *Manual de Processo Penal*. 2ª ed. v. único, Bahia: Ed. JusPodivm, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal – 13ª ed., rev. e atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PÊCEGO, Antonio José F. de S. A indevida submissão ao controle judicial do pedido de arquivamento do inquérito policial. *Temas Avançados do Ministério Público*. Organizadores: Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Wagner Marteleto Filho. Bahia: Ed. JusPodivm, 2015.

O Direito à Integridade Física e sua Proteção Penal

André Guilherme Tavares de Freitas*

Sumário

1. O Direito à Integridade Física e a sua Delimitação Temporal. 2. Características do Direito à Integridade Física. 3. Ofensa à Integridade Física Penalmente Relevante. 4. Intervenção Penal em Determinadas Situações Ofensivas à Integridade Física. 5. Conclusão.

Preliminares

A deficiência comumente observada nos sistemas jurídicos em relação à eficaz e proporcional proteção ao Direito à Integridade Física deve ser objeto de séria preocupação e reflexão, pois cada vez mais esse direito essencial à existência humana é posto em segundo plano e, até mesmo, em situação de menor proteção quando comparado a outros direitos de patamar axiológico inferior.

A tendência no mundo moderno de supervalorização das posses materiais acaba por retirar o foco de direitos de extrema importância, fazendo com que a legislação e os operadores do direito recebam os influxos dessa reprovável filosofia e atribuam tratamento insuficiente a esse primordial Direito Humano.

A análise do Direito à Integridade Física na ótica da sua proteção penal exige o estabelecimento de algumas premissas conceituais, pois necessário precisar o alcance da expressão *Integridade Física* adotada no presente artigo e, ainda, quando o respectivo direito começa e termina, para, então, conhecermos os limites de incidência das respectivas normas protetivas.

O início da *Vida Humana* traz consigo o Direito à Vida e o Direito à Integridade Física do seu titular. A Vida Humana possui várias fases, da origem ao seu termo final, e, em consequência, o ordenamento jurídico deve tutelar a Integridade Física desde o seu início, independentemente da fase em que se encontre (pré ou pós-natal).

Assim, desde já, fincamos a premissa de entendermos como equivocada a postura de se estabelecer grau de importância à Integridade Física do Ser Humano em razão da fase da vida observada, salvo quando a diferenciação esteja baseada num critério de proteção reforçada aos mais vulneráveis, como é o caso das crianças, idosos, e nascituros. Devemos ter em mente que todos têm Direito à Integridade Física, pouco importando origem, condição social, sexo, fase da vida, etc., e a quebra dessa igualdade não pode ser tolerada ou aceita quando desgarrada de situações especiais ou diferenciadas que a justifiquem, sempre na ótica do vetor da proporcionalidade.

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro.

Por outro lado, válido mencionar que a renunciabilidade do Direito à Integridade Física deve estar sempre combinada com o preceito da Dignidade da Pessoa Humana, o que conduz à vedação de inúmeros comportamentos que coisifiquem ou animalizem o Ser Humano, como também permite outras situações nas quais haja a preponderância válida de um dos direitos que eventualmente esteja em rota de colisão com o Direito à Integridade Física, ou, ainda, quando este último possa sofrer validamente as restrições que o respectivo titular queira fazer dentro da margem possível de sua liberdade de autodeterminação.

Passemos, então, a expor alguns conceitos e esclarecimentos necessários à compreensão do tema, para, após, avaliar as possíveis restrições válidas ao Direito à Integridade Física e a abrangência de sua proteção penal.

1. O Direito à Integridade Física e a sua Delimitação Temporal

A compreensão deste direito passa, primeiramente, pelo estabelecimento de um conceito que lhe seja próprio, levando em conta o respectivo bem jurídico (a *Integridade Física da pessoa humana*). O Direito à Integridade Física é aquele que assegura a proteção do Ser Humano e das suas diversas funções biológicas, sempre que não estiver em causa a sua sobrevivência, pois nessa hipótese estaremos diante do Direito à Vida.¹

Falar em Integridade Física é ter em conta a conservação do corpo e da saúde do Ser Humano, que podem ser atingidos de forma direta, quando a conduta lesiva for direcionada à pessoa enquanto ser vivo, ou indireta, através de comportamentos que afetem coletivamente a saúde e o bem-estar. Assim sendo, o Direito à Integridade Física é desrespeitado através de condutas ofensivas ao corpo ou à saúde, conforme claramente estabelecido no correspondente tipo incriminador (art. 129, *caput*, do Código Penal).

Inicialmente o Direito à Integridade Física fora tido como aquele atingido apenas em situações de agressões físicas à pessoa, contudo, atualmente, esse direito é invocado não só de forma isolada, mas, outrossim, no contexto de outros direitos, como é o caso do direito à segurança, à saúde, ao meio ambiente equilibrado e à qualidade de vida (respectivamente, art. 5º, *caput*, art. 6º, e art. 225, *caput*, da Constituição da República).

O bem jurídico *integridade física* abrange tanto a *integridade corporal* quanto a *psíquica*, isto é, relaciona-se com o direito ao são e livre desenvolvimento da pessoa, sendo o Ser Humano unidade indissolúvel psicofísica, pelo que a tutela da saúde humana deveria ser única.² Entretanto, essa noção de cunho

¹ Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. v. I – Parte Geral, tomo III – Pessoas, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 164.

² Nesse sentido, entre outros: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 158; SOLDINI, Maurizio. *Argomenti di Bioetica*. Armando Editore: Roma, 2002, p. 104; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 28.

mais civilista não foi encampada pelo legislador penal brasileiro, que se vincula à noção *corporal-objetiva*, em razão da clara autonomização que estabelece entre os crimes contra a integridade física (ou corporal) e os crimes contra a honra.

Isto fica evidente quando se constata a nítida separação em capítulos distintos no Código Penal entre os crimes contra a integridade física e os crimes contra a honra (art. 129, arts. 138 a 141) e, apesar de haver previsão de um tipo penal incriminador do crime contra a honra com a utilização de violência ou vias de fato (art. 140, §2º), o legislador determina que o agente seja punido de forma cumulativa com as penas do crime contra a honra acrescida das penas correspondentes à violência, o que denota a intenção de não confundir a violência corporal com a violência psíquica. Ademais, na Lei de Tortura (Lei nº 9.455/1997) constata-se claramente a separação entre a violência física e psíquica, associada, respectivamente, ao sofrimento físico e mental (art. 1º).

Contudo, não se pode deixar de considerar que certas ofensas ao corpo ou a saúde acabam também por gerar abalos psíquicos, transitórios ou permanentes, que, em não raras vezes, geram maior transtorno ou são de mais difícil recuperação do que as lesões corporais correlatas. Por esse ângulo, as *lesões psíquicas* devem ser veementemente consideradas e punidas no âmbito do crime de lesão corporal, na medida em que sejam conexas com a saúde física e, em consequência, fisicamente objetiváveis. Assim o faz, aliás, o Código Penal, e até mesmo de forma qualificada (art. 129, §§1º e 2º).

Apesar do Direito à Integridade Física ser violado através de ofensas ao *corpo* ou à *saúde*, nem sempre haverá coincidência entre essas duas formas de violação, pelo que não podem ser as mesmas vistas como sinônimas. Pode-se observar ofensa ao corpo sem que tenha havido ofensa à saúde, como no caso de lesão corporal leve, isto é, sem qualquer outra consequência ou sofrimento para a vítima (incapacidade para o trabalho; enfermidade incurável; etc.). Por outro lado, pode haver ofensa à saúde sem que exista necessariamente ofensa corporal, como no caso de ingestão compulsória de substância entorpecente, que, embora possa gerar bem-estar transitório à vítima, ofende sua saúde.

Em relação ao momento no qual surge o Direito à Integridade Física e até aonde perdura, isto é, os limites temporais de conservação desse direito, acreditamos que a mesma assertiva aplicada ao Direito à Vida também aqui se aplica, pois se há Vida Humana a tutelar, conseqüentemente, haverá Integridade Física. A existência de Vida Humana pressupõe a materialização de um corpo humano vivo, ainda que em fase de formação; assim, havendo ofensa à Vida também haverá ofensa à Integridade Física desse corpo. Por ser o Direito à Vida mais abrangente, abarca o Direito à Integridade Física, motivo pelo qual as garantias normalmente relacionadas ao primeiro também se estendem ao segundo, com algumas ressalvas.

Com esta realidade, estabelece a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): “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". (art. 4º, nº 1). Na qualidade de *ius Cogens*,³ este pacto é de observância obrigatória no âmbito interno brasileiro, pelo que, natural e juridicamente, o *momento da concepção* deve ser visto como o marco inicial da Vida e do corpo humano e coincidir com o momento do início da proteção e relevância jurídica do Ser Humano em formação, prevalecendo, desta forma, sobre qualquer outra definição que se queira estabelecer, inclusive a civilista do nascimento, pois negar a qualidade de pessoa ao nascituro é o tratar como mero objeto. Não pode a proteção à Integridade Física de alguém estar subordinada ao grau de consciência ou de compreensão que possua sobre sua própria existência ou dignidade, pois todos os Seres Humanos, pelo fato de o serem, devem ser protegidos em seus direitos, principalmente aqueles mais vulneráveis. Portanto, dissentimos totalmente da opinião que vincula a tutela penal da Integridade Física ao marco inicial do nascimento, sob pena de deixarmos ao total desamparo o Direito Humano correspondente à incolumidade corporal do nascituro, que não receberá qualquer proteção.⁴

Porém, lamentavelmente, diversos ordenamentos jurídico-penais, incluindo-se aí o brasileiro, além de não tutelarem abrangentemente a Vida Humana pré-natal, a ponto de incriminarem apenas o aborto doloso, deixam a Integridade Física do nascituro ainda mais desguarnecida, pois as lesões pré-natais no conceito não recebem, em regra, relevância penal específica, sendo exemplo raro de criminalização dessa conduta o observado no Código Penal espanhol, no qual as ofensas à Integridade Física do nascituro são punidas tanto a título doloso (art. 157) quanto culposo (art. 158).

Todavia, não será a formalidade da lei que dirá quando natural e efetivamente existe uma Integridade Física a proteger e, a existência deste bem jurídico não pode ser confundida com a capacidade jurídica, pois a Vida e o corpo do nascituro existem independentemente da capacidade jurídica que no futuro lhe será atribuída; são fenômenos da natureza não condicionados a regras jurídicas, isto é, não decorrem do Direito, pois, com a concepção há Integridade Física a tutelar. Aliás, a própria lei civil destaca essa assertiva, conforme se constata no art. 2º do Código Civil: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

Estabelecido o marco inicial da existência do Direito à Integridade Física, cabe agora avaliarmos quando este direito se extingue, desobrigando, assim, a interferência do sistema jurídico em sua tutela, incluindo-se aí, evidentemente, o Direito Penal.

³ Entende-se como *ius Cogens* o conjunto de normas dotadas de imperatividade própria e autonomia em relação às Nações, vinculando-as ao seu cumprimento independente de suas vontades e soberanias, sendo, por conseguinte, possível afirmar tratar-se de um direito supraconstitucional, pertencente a um constitucionalismo global, capaz de vincular e, até mesmo, preponderar sobre as regras constitucionais de cada Estado.

⁴ Sustentando que a proteção jurídico-penal da integridade física do nascituro tem início a partir do nascimento, ver, entre outros: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, tomo I* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 208; DIAS, Augusto Silva. *Crimes contra a vida e a integridade física*. 2ª ed. Lisboa: aafdl, 2007, p. 87.

A morte é o termo da Vida; fala-se aqui da morte natural, isto é, “a cessação das diversas funções vitais, seguindo-se a decomposição do organismo”.⁵ O momento da morte possui grande relevância, sendo um fenômeno natural e jurídico do qual decorrem diversos efeitos, como o da perda da personalidade jurídica.

No âmbito penal, a morte assume especial relevância, pois a proteção da Vida Humana, nesta abrangida a Integridade Física, termina com a morte. Apesar de observarmos a proteção penal da “paz dos mortos” ou da “integridade do cadáver”,⁶ tais tutelas situam-se num plano completamente diverso de análise. A ciência jurídica adere ao fenômeno natural *morte*, conforme observado no art. 6º do Código Civil brasileiro, no qual se estabelece que a existência da pessoa natural, e da sua personalidade, termina com a morte, tendo sido extirpado do direito contemporâneo a denominada *morte civil*.⁷

Ainda após a morte há um prolongamento da existência do Ser Humano, denominada de *vida moral*, pois mesmo os defuntos são considerados em seus interesses e direitos, como no caso da preservação da honra ou da não extração de órgãos contra a vontade do falecido. Inclusive, afirma-se doutrinariamente que o cadáver também possui dignidade, por constituir uma extensão do Ser que aquele corpo habitou⁸ e deve, portanto, receber do Direito o mesmo tratamento conferido à pessoa a quem se refere.⁹

A ciência jurídica, ao contrário da medicina, não estabelece o momento no qual a morte acontece, apenas se preocupa com os aspectos jurídicos relacionados à morte, partindo do pressuposto de que ocorrerá.¹⁰ Atualmente, na maioria dos países do mundo a certificação da morte passou a adotar como referência do instante de sua ocorrência a parada de funcionamento do sistema nervoso central, isto é, a extinção completa de todas as funções cerebrais, a chamada *morte cerebral*, que funciona inclusive como parâmetro para retirada de órgãos e tecidos, destacando-se que, para os especialistas, a diagnose da morte encefálica é vista como provavelmente a mais segura da medicina.

⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. v. I – Parte Geral, tomo III – Pessoas, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 478.

⁶ Conforme observado nos arts. 209 a 212 do Código Penal brasileiro; no § 167 e § 168 do Código Penal alemão (StGB); nos arts. 253º a 254º do Código Penal português; no art. 526 do Código Penal espanhol.

⁷ A “morte civil” era uma sanção imposta às pessoas condenadas à privação dos direitos civis, bem como aos condenados à morte física. Consistia essa sanção na transmissão dos bens aos sucessores e na dissolução do casamento existente, bem como em tudo o mais que decorresse da cessação da existência do Ser Humano, ou seja, o indivíduo, apesar de vivo, era tratado como se morto estivesse. Em França, essa sanção era estabelecida na versão inicial do Código Napoleão (art. 22º e ss.), tendo sido posteriormente suprimida por uma lei de 31 de Maio de 1854.

⁸ A vida moral do homem após sua morte nem sempre foi reconhecida, pois o cadáver humano recebia de uma forma geral dos ordenamentos jurídicos a qualidade de coisa, como observado no Direito Português à época do Código de Seabra.

⁹ Cf. DA SILVA, Manuel Gomes. Esboço de uma Concepção Personalista do Direito – Reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos. *Separata à Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. 1965, p. 93 e ss; 183 e ss; 188 (apud OTERO, Paulo. *Direito da Vida. Relatório Sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 71).

¹⁰ No âmbito da Medicina elencam-se algumas características para se observar a ocorrência da morte total, como a desidratação do corpo, que gera a perda de peso, a perda da mucosa dos lábios, o enrugamento da pele, a perda da transparência das córneas, o esfriamento do corpo e a rigidez cadavérica.

Assim, no âmbito da ciência médica, passou a haver quase que um consenso a respeito de a Vida terminar quando cessa a atividade do sistema nervoso, isto é, quando o cérebro deixa de funcionar, sendo nesse momento a pessoa declarada morta.¹¹ Com esta premissa, alguns ordenamentos jurídicos estabeleceram como momento de verificação da morte a cessação irreversível das funções do tronco encefálico (*morte encefálica*), órgão responsável pela manutenção dos processos vitais do corpo, como a pressão arterial e a função respiratória; é assim no Brasil, conforme a Lei nº 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997, regulamentadora do transplante de órgãos e tecidos, na qual se prevê que qualquer retirada de órgãos ou tecidos “deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica” (art. 3º).¹²⁻¹³

Acreditamos ser o critério da *morte cerebral* mais condizente com a natureza humana, pois a vida vegetativa, presente na natureza de uma forma geral, não é suficiente para atribuir a algo a qualidade de Ser Humano. O cérebro é justamente nosso órgão mais sensível, sede da consciência e das funções intelectivas e, uma vez perdido, também se perde o Ser Humano. Uma pessoa encefalicamente morta perde de forma irreversível a possibilidade de pensar e de sentir; faltando-lhe o cérebro, falta-lhe o centro de integração, responsável pela estruturação das diversas funções do corpo numa unidade, pois este órgão é a sede da consciência e das funções intelectivas. Uma coisa é estar biologicamente vivo (células e tecidos vivos), fato que se verifica nas situações de pré-morte (coma irreversível e estado vegetativo persistente); outra coisa é estar humanamente vivo. Portanto, havendo a *morte cerebral* não há que se falar mais em tutela da integridade física, pelo que, qualquer lesão que seja praticada naquele corpo que eventualmente esteja biologicamente vivo (ou, nem isso), deverá ser avaliada no contexto de outros tipos penais que não os dirigidos à proteção da integridade física do Ser Humano.

¹¹ Cf. ZATZ, Mayana. In: Entrevista – Páginas Amarelas. *Revista Veja*. São Paulo: Editora Abril, ed.2050, ano 41, nº 9, 5 mar. 2008, p. 11-15.

¹² Em Portugal, a Lei nº 141, de 28 de Agosto de 1999, prevê em seu art. 2º que “a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral”; a Lei Alemã de Transplantes de Órgãos, do ano de 1997, em seu §3, II, nº 2 estabelece como pressuposto do transplante a “perda definitiva e irreversível do funcionamento geral do córtex cerebral, do cerebelo e do tronco encefálico”; ainda nesse país verifica-se nas diretrizes da junta consultiva científica da Câmara Federal de Médicos (1998): “A morte encefálica é definida como o estado de irreversível extinção das funções gerais do encéfalo, do cerebelo e do tronco encefálico (...) Com a morte encefálica, verifica-se, de modo científico-medicinal, a morte do homem”.

¹³ Mesmo consagrado o critério da morte encefálica como parâmetro de definição do instante da morte, há forte orientação a nível mundial (v.g. Alemanha; Japão) no sentido de se adotar o critério da morte total, isto é, considerar que o Ser Humano vive, mesmo após a morte encefálica, enquanto as funções vitais do corpo se mantiverem através de tratamento médico intensivo; sustentam que uma pessoa com morte encefálica pode ter uma temperatura normal do corpo, os batimentos cardíacos, o funcionamento dos órgãos, etc., e, até mesmo, no caso de gestante, é possível dar a luz após essa ocorrência (Cf. ROXIN, Claus. *A proteção da vida humana através do Direito Penal*. Conferência realizada no dia 07 de Março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso: 03 abr. 2008). No entanto, a maior parte dos seguidores do critério da morte total aceita, com a morte cerebral, a interrupção do tratamento médico intensivo, como também, o transplante de órgãos e tecidos, isto é, os defensores do critério da morte total concordam, na prática, com o critério da morte cerebral como definidor do instante da morte.

Ressalta-se que o momento *morte* cabe à medicina definir, razão pela qual, havendo dúvida sobre seu advento, devemos nos guiar pela máxima do *in dubio pro vita* e partir do pressuposto que há Vida Humana e Integridade Física a serem preservadas naquele corpo. Essa conclusão decorre do *princípio da maxivalorização dos Direitos Humanos*, que exige a atribuição da maior efetividade possível a estes, pois sua eficaz proteção configura um elemento estruturante do Estado Democrático.

2. Características do Direito à Integridade Física

O Direito à Integridade Física consiste na incolumidade física da pessoa e da sua saúde; visa assegurar ao Ser Humano a proteção contra ofensas ao seu corpo e a sua saúde, de forma a impedir que a pessoa, como unidade biológica, e suas diversas funções sofram interferências prejudiciais de terceiros, em todas as hipóteses nas quais não esteja em causa sua existência, a fim de não o confundir com o Direito à Vida. Mencionamos que o Direito à Integridade Física não se prolonga após a morte do indivíduo, o que não significa dizer que o respeito aos mortos e à integridade do cadáver fiquem à margem do necessário respeito e proteção; isto acontecerá na esfera de outro direito que não o ora estudado.¹⁴

Insta esclarecer que o direito ao próprio corpo, decorrente do Direito à Integridade Física, permite ao Ser Humano fazer determinadas disposições acerca de seu corpo, ou parte dele, para após a sua morte, porém, as ofensas que vierem a ser causadas no cadáver ou em parte dele não poderão ser tidas como ofensa à Integridade Física, pois essa, necessariamente, pressupõe um Ser Humano vivo.

Nesse sentido, observa-se que no Código Penal os *crimes contra o respeito aos mortos* são objeto de capítulo em separado, no qual são tipificados o *impedimento ou perturbação de cerimônia religiosa* (art. 209), a *violação de sepultura* (art. 210), a *destruição, subtração ou ocultação de cadáver* (art. 211) e o *vilipêndio de cadáver* (art. 212); não há, contudo, tipicidade penal autônoma para as condutas ofensivas à memória do falecido, pelo que, caso o comportamento reprovável não se enquadre em um desses tipos, a conduta será atípica penalmente.¹⁵

O Direito à Integridade Física abrange o direito sobre o próprio corpo, que se subdivide em direito sobre o corpo inteiro e sobre as partes separadas, e

¹⁴ Entendendo que o Direito à Integridade Física se estende após a morte, e disto decorre o direito de respeito ao cadáver, ver: SANT'ANNA, Aline Albuquerque. *A nova genética e a tutela penal da Integridade Física*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 39.

¹⁵ Acreditamos ser acertada a defesa do bem jurídico honra após a morte da pessoa, pois sua natureza imaterial permite uma consideração desapegada da carne e da vida física, apesar de não ser comum nos códigos penais da modernidade essa tipicidade autônoma prevista no Código Penal português (art. 185º) e no Código Penal alemão (§189), pois aqueles normalmente condicionam a proteção da honra do defunto a algum ato material de vilipêndio do sepulcro ou do cadáver, conforme visualizado no Código Penal espanhol (art. 526), no Código Penal italiano (arts. 407 a 413) e no Código Penal francês (artículo 225-17). Importante mencionar que o Código Civil português estabelece: "os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular" (art. 71º, nº 1).

desse decorre o direito às decisões individuais sobre intervenções e tratamentos médicos ou cirúrgicos, exames e perícias médicas,¹⁶ inspeções e contatos corporais, eventuais modificações corporais com intuito estético¹⁷ e retirada de componentes ou materiais integrantes do corpo humano (cabelo, unha, sangue, saliva, etc.); o direito ao corpo compreende ainda o corpo vivo ou morto, o que não se confunde, como já dito, como a persistência do Direito à Integridade Física após a morte.

O fato do titular do Direito à Integridade Física ter direito sobre o próprio corpo não conduz à afirmação de que possa o exercer de forma livre e absoluta. Apesar de haver certa margem de liberalidade ao titular desse direito, a regra é que continua sendo indisponível, e isto porque o mesmo se agrupa entre os chamados *Direitos de Personalidade*, isto é, possui tão íntima ligação com o seu titular que com ele se confunde, pelo que sua disposição pode importar em dispor de si próprio como pessoa humana, situação inadmitida pelo mandamento universal da Dignidade da Pessoa Humana.

Com esse pressuposto, os ordenamentos jurídicos em geral estabelecem acertadamente um regime para os Direitos de Personalidade com o intuito de limitar sua plena abdicção, como é o caso do brasileiro, em seu art. 11 do Código Civil: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.¹⁸

Sem embargo, possui o Direito à Integridade Física certa margem de disponibilidade, a fim de permitir que o respectivo titular usufrua e retire os possíveis proveitos. As normas que declaram esse direito e buscam protegê-lo também têm a vertente de normas permissivas. Todavia, a permissão de aproveitamento e a disponibilidade desse direito não são absolutas, pois, caso o fossem, seria legítima a automutilação ou outras ofensas graves à incolumidade física praticadas pelo próprio titular do direito, ou, ainda, a equiparação desse a um objeto.

O ponto peculiar dos Direitos de Personalidade é o de não permitir a sua própria *supressão* ou *desfiguração*, seja por terceiros, seja pelo titular, pois no arbítrio da própria liberdade inerente a cada um não se inclui a possibilidade de *privar ou ofender gravemente* sua integridade física ou do próximo, ou, ainda, de pretender se *coisificar*, mas sim o direito da pessoa de afirmar-se e desenvolver-se como fim e não como meio para qualquer outra finalidade.¹⁹ Assim, dentro da esfera de disponibilidade admitida, poderá o Ser Humano fazer concessões sobre

¹⁶ Cf. GOMES, Orlando. *Direito Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 153.

¹⁷ No Código Civil brasileiro localiza-se a seguinte previsão: “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

¹⁸ Igualmente no âmbito português observa-se norma expressa acerca da limitação da disponibilidade dos Direitos de Personalidade, nos termos do art. 81º, nº 1, do Código Civil: “toda limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública”.

¹⁹ Cf. NEUNER, Carl. *Wesen and Arten der Privatrechtsverhältnisse*. Kiel: Schwers'che Buchhandlung, 1866, p. 16 e ss. (*apud* CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direitos da Personalidade*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXVII, 1991, p. 165).

seu corpo ou parte dele para serem efetivadas em vida ou no *post-mortem*, desde que não ofensivas à Dignidade da Pessoa Humana e não comprometedoras da sua Vida ou saúde.

É sempre importante frisar que o dever de respeito à Dignidade da Pessoa Humana dirige-se à coletividade em geral, bem como ao próprio titular do direito que esteja em análise ou em vias de colisão com outros direitos, isto é, há uma autovinculação do próprio titular do Direito à Integridade Física ao preceito da Dignidade da Pessoa Humana, motivo pelo qual ninguém pode renunciar à própria dignidade. Por outro lado, esta mesma dignidade confere autonomia ou margem de liberdade dispositiva, pois, caso contrário, estaríamos escravizando o titular em seu próprio direito; a margem de disponibilidade do Direito à Integridade Física deve decorrer do equilíbrio ponderativo entre a Dignidade da Pessoa Humana irrenunciável e a liberdade ou autonomia do titular do direito, para usufruí-lo da maneira que lhe convenha; aí está a justa medida de disponibilidade da incolumidade física do Ser Humano.

Atento a esses fatores, o legislador estabeleceu certa margem de disponibilidade desse direito, conforme norma expressa do art. 13 do Código Civil: “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Prossegue o parágrafo único desse dispositivo: “O ato previsto nesse artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.

Creemos que a margem de concessão e disponibilidade que possui o titular do Direito à Integridade Física deve estar relacionada, em regra, aos atos capazes de gerar lesão corporal leve, pois esses não irão comprometer sua vida e nem de forma considerável sua saúde, motivo pelo qual se incluem na esfera de abrangência da liberdade e autonomia do titular do direito,²⁰ mesmo que o ato de disposição não esteja em conformidade com a *moral* ou com os *bons costumes* (v.g.: sadomasoquismo; lutas de vale tudo; venda de cabelos).

Dessa forma, temos como válidos os negócios jurídicos ou atos de cessão, onerosos ou gratuitos, que tenham por objeto a separação de partes do corpo humano para o fim de disposição, desde que essas partes possam se reconstituir naturalmente, ou seja, não importe em diminuição permanente da Integridade Física, bem como a sua retirada não comprometa a Vida ou a saúde do indivíduo que as cede.²¹ Apesar de a Integridade Física ser um bem suscetível de apreciação pecuniária em algumas circunstâncias (v.g. venda de cabelos, de sêmen), não está autorizado que seja equiparada a patrimônio e, conseqüentemente, coisificada.

²⁰ Com a mesma orientação: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – parte geral, 13ª ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 369. Adotando orientação semelhante, porém através da cláusula dos bons costumes, entre outros: FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE (*Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I – dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 291).

²¹ Cf. PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Curso de Direito Civil*. v. 1. 2000, p. 159. ORLANDO GOMES. v. 1, 2000, p. 155.

Sublinhe-se, o ato de consentimento daquele que irá sofrer a ofensa à integridade física não é absolutamente livre e sem parâmetros; contudo, a permissibilidade deve ser analisada com a referência do fato lesivo (lesão à Integridade Física) a ser gerado a partir do consentimento, e não esse último por si só,²² porquanto eventual imoralidade do consentimento (v.g.: tatuagens com objetos obscenos ou suástica; alteração do rosto para fins de práticas ilícitas) não será fator decisivo para a análise do ato de disposição e das lesões advindas desses, ou seja, não se pode punir ou reprimir a ocorrência de uma lesão corporal consentida com o simples argumento da sua imoralidade, feita a ressalva das hipóteses em que essa imoralidade tiver a qualidade no ordenamento jurídico de *ilegalidade* (v.g.: *doping*).

O ato de disposição do próprio corpo será, em geral, contrário ao ordenamento jurídico quando sair da esfera das lesões *simples*. Em relação aos fatos lesivos geradores de lesões graves ou gravíssimas a regra há de ser a indisponibilidade, somente excepcionada nas hipóteses adequadas à Dignidade da Pessoa Humana (v.g.: doação de órgãos ou tecidos; esterilização voluntária; algumas cirurgias estéticas); logo, o caráter grave e irreversível da lesão deve servir *essencialmente*, apesar de *não unicamente*, para estabelecer a vedação da disponibilidade.²³

A Dignidade da Pessoa Humana deve ser respeitada inclusive em relação aos atos de disposição *post-mortem*, para que não se equipare o cadáver humano à mercadoria ou objeto comercializável, pois, embora o cadáver não seja mais “pessoa”, é inapropriado ser tido como “coisa”. A adequação do cadáver no ordenamento jurídico não decorre de mero formalismo, mas, antes, fruto de uma estruturação histórico-cultural, na qual, desde o direito romano, recebe um tratamento especial, mais moldado à pessoa do que a objeto inanimado, em recurso que pode ser denominado de tutela *post-mortem* ou *pós-eficácia da personalidade*.²⁴ Justamente por isso, no Brasil se veda o comércio de cadáveres ou parte dele (art. 14 do Código Civil: “é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”). Ressalva-se, contudo, os cadáveres antigos, relacionados a fins arqueológicos, que devem ser tidos como bens móveis e, como tais, comercializáveis.

O Direito à Integridade Física abrange o dogma da *intangibilidade do corpo humano*, que é o direito de não ser tocado ou receber qualquer intervenção ou invasão em seu corpo sem a anuência do respectivo titular, excepcionados sempre os casos de colisão desse direito com outro, hipótese na qual, prevalecendo o segundo, a intangibilidade do corpo humano é relativizada ou afastada temporariamente (v.g.: prisão com o emprego de força física, em razão da resistência do preso ao ato;

²² Conforme orientação doutrinária pacífica mencionada por: MANUEL DE COSTA ANDRADE. *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, tomo I* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 290.

²³ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, tomo I* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 291.

²⁴ Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. v. I – Parte Geral, tomo III – Pessoas*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 498-499.

corte de cabelo compulsório dos custodiados no sistema prisional; instalação da pulseira eletrônica no corpo do preso; colheita compulsória de material orgânico para fins de prova; coação física para evitar suicídio).

Dar causa à ofensa permanente à Integridade Física em situações de colisão de direito só deve ser tolerada quando o direito prevalente na hipótese concreta for de patamar superior ou igual, e não for exigível outra via de salvaguarda do direito protegido nas circunstâncias concretas. O Ser Humano tem o direito de resistir e de se opor aos atentados ao seu próprio corpo e, até mesmo, ao de terceiros (legítima defesa ou estado de necessidade de terceiros), salvo quando esses atos ofensivos à Integridade Física estejam sendo praticados em consonância com o ordenamento jurídico material.

As fontes ideológicas de destaque do constitucionalismo moderno não são uníssonas quanto à declaração do Direito à Integridade Física, que por vezes é colocado de forma indireta, ou seja, no contexto do *direito à segurança*, conforme observado no parágrafo 1º da *Declaração de Direitos de Virgínia* de 1766²⁵, e no art. 2º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, originária da Revolução Francesa, ou, ainda, sequer é mencionado, como ocorre na *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte* de 1776.²⁶ Na *Constituição* de 1787 desse mesmo país, o Direito à Integridade Física é relacionado à garantia do *non bis in idem* e ao direito à segurança contra buscas e apreensões arbitrárias.²⁷

Os documentos acima mencionados, nítidos expoentes do liberalismo, por centrarem o sistema político no reconhecimento dos direitos e na Dignidade da Pessoa Humana, consequentemente consagram expressa ou implicitamente, ou ainda direta ou indiretamente, o Direito à Integridade Física, que por ora será qualificado como um *direito inato* (parágrafo 1º da Declaração de Direitos da Virgínia), um *direito natural e imprescritível do homem* (art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem de 1789) e, modernamente, um *Direito Humano*, conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 3º: “Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”).

Por se incluir indubitavelmente no que se denomina *ius Cogens*, a consagração constitucional do Direito à Integridade Física é forçosa e inquestionável, ainda que não haja menção expressa no texto formal da Constituição, por ser consequência óbvia do reconhecimento do Ser Humano e de sua dignidade como centro do Estado Democrático de Direito,²⁸ motivo pelo qual esse direito existe fática e juridicamente independentemente de previsão formal nos textos constitucionais; está inserido na Constituição material de qualquer Estado e qualquer norma jurídica que ao mesmo se refira apenas o declara, não o constitui.

²⁵ Texto original de autoria de GEORGE MASON.

²⁶ Redigida por THOMAS JEFFERSON e reduzida pelo Congresso Continental.

²⁷ As primeiras cartas foram influenciadas pelo Iluminismo Francês, que apregoa o domínio da razão, isto é, o uso da própria razão sem ser direcionada pela Igreja ou pelo Estado; é a busca da verdade, através da razão e da filosofia.

²⁸ Cf. BADENI, Gregorio. *Reforma constitucional e instituciones política*. Buenos Aires: *Ad Hoc*, 1994, p. 317-318.

3. Ofensa à Integridade Física Penalmente Relevante

Mencionamos anteriormente que a ofensa à Integridade Física é o mal causado ao corpo ou à saúde do Ser Humano. Em grande parte dos casos concretiza-se no chamado *dano anatômico: ofensa ao corpo* (escoriação, equimose, ferida, luxação, fratura, cicatriz, aleijão, mutilação, etc.), *externa ou interna*, capaz de gerar ou não perturbação funcional e *ofensa à saúde* (alteração na sensibilidade, na motricidade, nas funções vegetativas – digestão, respiração, circulação, excreção – na atividade sexual, no psiquismo).²⁹

As chamadas condutas de *autolesão* não são adequadas a essa espécie delitiva e, dependendo dos fins buscados pelo agente, poderão encontrar tipicidade em outras normas incriminadoras (v.g.: estelionato). O objeto da conduta ofensiva deverá ser o *corpo humano vivo de pessoa diversa do ofensor*. Devem ser tidas como integrantes do corpo humano as próteses que estejam a ele ligadas em caráter permanente, em razão de comporem o próprio corpo (prótese dentária; perna mecânica; placas de metal em ossos; etc.).

Por outro lado, não serão tidos como integrantes do corpo humano objetos ou aparelhos que não permaneçam direta e permanentemente integrados ao Ser Humano (óculos; aparelho de surdez; etc.),³⁰ motivo pelo qual a lesão a tais objetos poderá configurar crime de dano.

A partir desse raciocínio, devemos entender também que a lesão a eventuais partes do corpo humano que tenham sido separadas dele provisória ou definitivamente também não serão analisadas no contexto dos crimes contra a Integridade Física.

A ofensa caracterizadora dos crimes contra a Integridade Física poderá ter duas naturezas, *ofensa ao corpo* ou *ofensa à saúde*. A ofensa ao corpo se traduz em todo malefício causado à vítima no seu bem estar físico, que poderá envolver uma diminuição ou lesão de substância corporal, uma perda de órgãos, membros ou pele, alterações físicas (v.g.: corte de cabelo), ou até mesmo a pintura de partes do corpo da vítima com substâncias de difícil remoção.³¹

Já a ofensa à saúde pode ser caracterizada pelo prejuízo gerado à normalidade das funções corporais da vítima. Inclui-se aí a geração, manutenção ou agravamento de uma doença ou sofrimento, independentemente da possibilidade de cura ou da sua duração, que poderão, eventualmente, ser relevantes para fins de qualificar o crime de lesão corporal.

Em qualquer hipótese, há de ser considerada a *significância da lesão*, para que o fato possa ganhar relevância penal no âmbito dos crimes contra a

²⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 7. Responsabilidade Civil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 61.

³⁰ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 206.

³¹ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 206.

Integridade Física. A significância da lesão deverá ser avaliada de acordo com critérios objetivos, sem perder de vista, contudo, fatores individuais da vítima, o que não se confunde com a avaliação subjetiva e arbitrária que essa possa fazer do evento; observe-se o exemplo de um mero arranhão no rosto, que será insignificante para quase todos, porém para os que usam a imagem como profissão poderá representar lesão significativa.

Atenção deve-se ter para o fato de que a ausência de lesão concreta no atuar não é sinônimo de insignificância da ofensa, pois nos crimes tentados que não chegam a produzir qualquer consequência física (*tentativa branca*) não há resultado material. Nessas hipóteses, deverá ser avaliado se a conduta era idônea a produzir resultado lesivo significativo, e, em caso positivo, o agente há de ser punido pela conduta tentada correspondente ao crime almejado.

Destaca-se que a necessidade de aptidão para produzir resultado lesivo significativo não está expressa no Código Penal brasileiro na norma que menciona a tentativa (art. 14). Todavia, a potencial lesividade da conduta, decorrente do *princípio da lesividade*, deve ser tida como preceito (expresso ou implícito) vinculador de todo tipo penal incriminador, motivo pelo qual aquelas condutas de expressão insignificante deverão ser vistas como indiferente penal. No âmbito brasileiro, a Suprema Corte vem sedimentando seu posicionamento acerca da necessidade de lesão significativa para a configuração de determinados crimes, máxime os patrimoniais, entendimento esse que pode ser adaptado aos crimes contra a Integridade Física. Estabeleceu essa Corte que um comportamento não terá relevância penal, em razão da sua insignificância jurídica, quando forem preenchidos os seguintes requisitos: *a) conduta minimamente ofensiva do agente; b) ausência de risco social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) relativa inexpressividade da lesão jurídica.*³²

A necessidade de causar um mal, ou melhor, a intencionalidade de causá-lo, ou a geração deste de forma culposa, faz com que as condutas relacionadas a *tratamentos médicos*, não raras vezes produtoras de lesões no corpo (cicatrizes; edemas; remoção de tecidos ou órgãos; etc.), não sejam tidas como condutas ofensivas à Integridade Física, à luz do ordenamento jurídico-penal, pelo que, sequer encontrarão tipicidade penal, não havendo necessidade de avaliá-las na etapa da ilicitude, pois, independente do bem ou mal causado, têm a nítida intenção de curar o paciente, motivo pelo qual, atuando o médico, ou outro profissional legalmente autorizado, de acordo com as regras técnicas da profissão em sua intervenção ou tratamento, sua conduta, ainda que gere lesão ao corpo ou à saúde do paciente, não poderá ser tida como ofensiva à Integridade Física, pelo que será atípica penalmente.

Extremamente ilustrativo é o Código Penal português, que em seu art. 150º, nº 1, menciona:

³² Entre outros, consultar o Informativo nº 557 do Supremo Tribunal Federal.

As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com a *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

Com efeito, sublinhe-se, em situações tais acreditamos que a conduta do médico ou profissional correlato sequer chega a ingressar na esfera da tipicidade penal, isto é, não chega a se adequar a um tipo penal incriminador para, depois, ter a sua ilicitude excluída pelo exercício regular da profissão (exercício regular de um direito – art. 23, III, do Código Penal) ou estado de necessidade (art. 24 do Código Penal); condutas dessa ordem têm a natureza de atípicas penalmente.

Evidentemente que nessa concepção não estão incluídas aquelas condutas que, muito embora possam ter a intenção curativa, estejam baseadas em experimentos ou tratamentos não convencionais, isto é, não se relacionem a *legis artis* da medicina (conhecimentos e técnicas inerentes à medicina acadêmica tradicional), ou ainda, as que tenham sido praticadas com a inobservância das regras técnicas pertinentes, hipótese última que, normalmente, deverá ser avaliada no contexto do tipo penal negligente (art. 129, §6º, do Código Penal brasileiro), porém, quando geradoras de lesões corporais leves, são abrangidas pelo consentimento do ofendido.

É preciso atentar ainda para as intervenções médicas arbitrárias, ou seja, aquelas que apesar de terem a intenção curativa, não contam com a anuência do paciente ou de seu representante legal. Esse proceder, no âmbito do Código Penal brasileiro, deve ser analisado à luz da infração penal de constrangimento ilegal (art. 146), se for o caso, sem perder de vista a própria ressalva legal de que não será crime a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por eminente perigo de vida (art. 146, §3º, I).

Em relação às *lesões psíquicas*, mencionamos anteriormente que não só podem como devem ser consideradas e punidas no âmbito do crime de lesão corporal, sempre que estiverem em conexão com a saúde física e, em consequência, forem fisicamente objetiváveis (art. 129, §§1º e 2º do Código Penal) serão analisadas penalmente no âmbito do crime de lesão corporal sempre que causarem ou forem efeito de uma ofensa ao corpo; outro tipo de perturbação do bem estar psíquico só será tratada como ofensa à incolumidade física quando configurar *lesão da saúde*, isto é, quando prejudicar a normalidade das funções corporais da vítima.³³

³³ Cf. FARIA, Paula Ribeiro. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 206-207.

Já mencionamos que o Direito à Integridade Física deve ser respeitado e protegido desde o momento do início da Vida Humana, pelo que, as *lesões pré-natal*, isto é, aquelas causadas no feto durante a gravidez, devem ser analisadas à luz das infrações penais contra a Integridade Física, pois não há motivo razoável para afastar das ofensas à integridade corporal ou à saúde de *outra pessoa* ou de *outrem* aquelas geradas no Ser Humano pré-natalício, sob pena de deixarmos sua incolumidade física em total desamparo, o que não seria digno de um legítimo Estado Democrático de Direito.

4. Intervenção Penal em Determinadas Situações Ofensivas à Integridade Física

a) O Terceiro e as Condutas de Autolesão

Acreditamos que a ausência de um tipo penal incriminador específico para as condutas dolosas de incitamento ou auxílio à prática autolesiva de lesão corporal grave não se justifica e deveria existir da mesma forma que se verifica com as condutas de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122 do Código Penal), por estarmos diante de bem jurídico indisponível, como regra. Além disso, a ausência de tipicidade penal fere o princípio da proporcionalidade, em face da possibilidade de se responsabilizar penalmente aquele que concorre de forma culposa para alguém se autolesionar, e restar impune o que colabora de forma dolosa.

Sem embargo, há de se refletir sobre o cabimento da responsabilização penal daquele que instiga, induz ou auxilia alguém a uma prática autolesiva grave, em decorrência da assunção, com esse comportamento, da *posição de garante* e, conseqüentemente, da criação de um dever específico para esse de evitar a ocorrência do resultado lesivo ao bem jurídico protegido. A relevância penal da conduta daquele que se omite em evitar a ocorrência de um resultado lesivo, quando tinha o dever específico de atuar, encontra previsão legal no Código Penal (art. 13, §2º, c).

É crível observar ser o comportamento daquele que incita ou ajuda alguém a se autolesionar de forma grave uma *ingerência* sobre o bem jurídico Integridade Física, isto é, uma fonte de perigo ou um reforço de um perigo já existente a esse bem jurídico, cujo dever de respeito e proteção é dirigido a todos, já que há aí um comportamento ilícito, passível, portanto, de responsabilização penal pelo resultado lesivo para o qual contribuiu.

Em relação à conduta do indivíduo que coopera culposamente para alguém se autolesionar, a mesma encontrará adequação direta no tipo incriminador da lesão corporal culposa (art. 129, §6º, do Código Penal), caso o resultado se refira a uma lesão corporal grave, pois, se for causada apenas uma lesão leve, estaremos diante da esfera de disponibilidade da vítima, e a conduta será irrelevante penalmente.³⁴

³⁴ O Supremo Tribunal Federal alemão, em hipótese semelhante, porém relacionada ao crime de

Agora, nos casos de lesão corporal de qualquer natureza, quando um indivíduo dolosamente provoca o atuar de uma pessoa que, por culpa ou erro, acaba por se autolesionar, estaremos diante da chamada *autoria mediata*, na qual o primeiro será responsabilizado penalmente pela lesão corporal provocada na vítima-instrumento.

A indisponibilidade do Direito à Integridade Física e o dever universal de sua tutela obrigam os membros da coletividade a agir sempre que se deparam com uma situação de autolesão grave, ainda que a contragosto daquele que se autolesiona, sob pena de prática criminoso de omissão de socorro, ou responsabilização pelo resultado lesivo que vier a sofrer (lesão corporal grave) nos casos dos agentes incumbidos de enfrentar o perigo nessas situações (bombeiros; policiais; etc.).

A conduta daquele que impede de forma arbitrária o desfecho da prática autolesiva grave configura-se, nitidamente, um atuar em estado de necessidade de outrem, pelo que não poderá ser responsabilizado pela coação (que é lícita), bem como, em regra, não deverá ser responsabilizado penalmente pelas eventuais lesões leves que vier a causar naquele que salvou, ou em terceiros, em decorrência do atuar.

b) Comportamentos a Próprio Risco

Ações a próprio risco são mais comuns em atividades desportivas que envolvam violência ou contatos físicos de maior intensidade (lutas; futebol; hockey; rugby; etc.) e nas atividades profissionais de risco (bombeiros; policiais; seguranças; etc.); porém, podem também serem vistas em atividades outras, de lazer ou do cotidiano (montanhismo; cavalgada; limpeza de janelas; etc.).

Ao adotar um comportamento arriscado para si, sem que esteja incidindo em erro, o agente assume o risco da ocorrência de uma lesão a sua Integridade Física decorrente dessa atividade. Em coerência com o que falamos no tópico dedicado à autolesão, não se pode ter como legítima qualquer atividade, profissional ou não, na qual nitidamente já se evidencie a possibilidade de ocorrer lesão corporal que ultrapasse a qualidade de leve. Note-se que, algumas atividades poderão gerar lesão grave nos seus participantes, porém, em via de exceção, isto é, algo não almejado, não incluído nas consequências normais das mesmas.

Agora, tratando-se de atividade na qual é evidente, de plano, a possibilidade de lesão corporal de natureza grave no indivíduo que irá a empreender, ou até

homicídio, entendeu que determinado indivíduo deveria ser responsabilizado por homicídio negligente por ter organizado uma corrida de motos na qual um dos corredores tinha ingerido bebida alcoólica e veio a falecer durante a competição em decorrência de um acidente gerado por sua própria culpa (BGHSt 7, 112 ss; *apud* ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Lisboa: Veja, 2004, p. 279). Porém, em 1984, mudou sua linha de decisão e dispôs: "Autocolocação em perigo, desejadas e realizadas de modo responsável, não estão compreendidas no tipo dos delitos de homicídio ou lesões corporais, ainda que o risco que se assumiu conscientemente se realize. Aquele que instiga, possibilita ou auxilia tal autocolocação em perigo não é punível por homicídio ou por lesões corporais" (BGHSt 32, p. 262; *apud* ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Tradução: Luís Greco. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 109).

mesmo o risco sério de morte, a mesma deve ser tida como ilegítima, proibida e, conseqüentemente, impedida de se realizar por ato do poder público ou de seus agentes e, até mesmo, por iniciativa de particulares, tendo em vista o dever de solidariedade, respeito e proteção universal dos Direitos Humanos, aqui, em especial, do Direito à Integridade Física (e, por vezes, até mesmo do Direito à Vida), além do que, a inércia daqueles que poderiam evitar a atividade gravemente arriscada e não o fazem, configura conduta de relevância penal relacionada à omissão de socorro (art. 135 do Código Penal) ou a crime omissivo impróprio (art. 13, S2º, do Código Penal).

Já nos casos em que a atividade arriscada é capaz de, em regra, gerar apenas lesões leves, entendemos que a mesma situa-se na margem de disponibilidade e de autodeterminação daquele que a desempenha, logo, não há razão para ser vedada, salvo quando em total descompasso com o preceito da Dignidade da Pessoa Humana, isto é, quando se observar a completa coisificação do indivíduo, situação na qual deve ser proibida.³⁵

Mesmo nas profissões que tenham o risco em sua essência, como no caso dos bombeiros, a possibilidade dos profissionais que as exercem sofrerem lesões corporais graves não pode ser a regra, e sim, exceção, decorrendo daí justamente sua legitimidade; seria incoerente dizer que o Estado obrigaria seus agentes a sofrer lesões corporais graves como regra, pois, se assim fosse, estaríamos diante de um atentado sério à Dignidade da Pessoa Humana, que escapa aos princípios de solidariedade humana, que não anuem com a autoextinção ou com a autolesão grave como regra.

Oportuno destacar que, nas profissões arriscadas, caracterizadas por uma imposição estatal do dever de atuar, caso os agentes que as desempenham venham a sofrer lesões em decorrência do proceder, não poderão ser responsabilizadas por tais lesões as pessoas em favor das quais se empreendeu a conduta de salvamento, pois ao impor um dever de atuar não pode o Estado endossar a terceiros a responsabilidade penal pelas eventuais conseqüências danosas dessa obrigação que criou; soaria como total incoerência e, por conseguinte, contrário ao princípio constitucional da razoabilidade.³⁶

Na hipótese de o terceiro cooperar para a conduta de alguém que se coloca em risco, tratando-se de risco à incolumidade física, a questão acaba por se misturar com a autolesão e a cooperação de terceiro, que já mencionamos acima. Porém, há ainda a situação na qual o terceiro, apesar de em colaboração com a vítima da lesão, atua com o domínio do fato, hipótese denominada de *heterocolocação em risco*. Nesta, não será a pessoa que causará lesão em seu próprio corpo, mas sim um

³⁵ Lembre-se aqui do clássico exemplo do anão que, em espetáculo circense em França, se permitia ser objeto de arremesso à distância por integrantes da plateia. A atividade era capaz de gerar apenas lesões leves no anão, porém ainda assim não foi permitida por ser ofensiva à Dignidade da Pessoa Humana. Trazendo para a modernidade, observamos alguns programas televisivos que possuem quadros onde os participantes anuem em sofrer lesões corporais em situações vexatórias.

³⁶ Cf. ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Lisboa: Veja, 2004, p. 280.

terceiro, que atua com a anuência daquela e não intenciona, diretamente, causar-lhe ofensa à incolumidade física, isto é, o indivíduo se expõe com plena consciência do risco a uma situação de perigo que é obra exclusiva (ou preponderantemente) de terceiro. Envolve esse tema o *consentimento do ofendido* e o *grau de disponibilidade* do bem jurídico Integridade Física.

Desde já, assinalamos que deverá ser responsabilizado penalmente esse terceiro quando possuir um especial dever de proteção ou garantia em relação à pessoa lesionada em sua Integridade Física, pois seu dever de garantia impede que exponha a perigo o bem jurídico a ser guarnecido; igualmente deverá ser responsabilizado quando seu atuar infringir uma proibição jurídica expressa.³⁷ De uma forma ou de outra, já seria responsabilizado, pois, em todos os casos, seu comportamento representou fonte de perigo (art. 13, §2º, c, do CP).

Frise-se que o consentimento do ofendido não pode afastar o dever de proteção do garantidor e nem validar um atuar em confronto direto com o ordenamento jurídico. Aqui a liberdade de autodeterminação da vítima não é tão elástica, diante da necessidade de sua proteção por seu garantidor, salvo se a vítima estiver capacitada, de fato e juridicamente, a dispor do bem jurídico lesionado, situação que pode ser verificada quando a regra de garantia decorre exclusivamente de ter sido o garantidor a fonte de perigo, e não em outra hipótese na qual o dever de garantia decorra, por exemplo, de relações de parentesco ou tutela.

Nos casos em que o consentimento do ofendido envolver uma possibilidade de ser gerada em si lesão corporal de natureza grave, a responsabilidade penal daquele que causa diretamente essa lesão só poderá ser afastada quando a ponderação dos bens em conflito justificar esse proceder ou quando baseada em princípios de solidariedade humana, tudo, evidentemente, em conformidade com a Dignidade da Pessoa Humana (consentimento para que alguém dirija em velocidade excessiva para salvar uma vida, vindo a gerar um acidente; consentimento para retirada de um órgão; etc.). Assim, nos casos em que a vítima consente em manter relação sexual com parceiro infectado por vírus da AIDS, por exemplo, a responsabilidade penal daquele que infectou não será afastada.³⁸

Mesmo nas situações de lesões corporais culposas, o grau da lesão produzida deverá ser avaliado para fins de análise do cabimento do consentimento do ofendido em relação à conduta arriscada, em razão da disponibilidade do bem jurídico Integridade Física não estar relacionada à intencionalidade da conduta que o ofende e sim ao grau da lesão produzida.³⁹

³⁷ Cf. GEPPERT (*apud* ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Lisboa: Veja, 2004, p. 285).

³⁸ Nesse sentido, entre outros: GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 227.

³⁹ Porém, essa não é a orientação da doutrina, quase que a unanimidade (Cf. PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 97; GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 223).

Nas demais hipóteses de intervenções cosméticas, mesmo que pareça, objetivamente, “irracional” o ato, ou, ainda, que não resulte em melhoria “sensível”, ainda assim o comportamento não será violador dos *bons costumes* e, em consequência, da Dignidade da Pessoa Humana. Ressalva-se, contudo, que por vezes a cirurgia estética pode estar associada a fins terapêuticos e, como tal, se submeterá ao regime geral das intervenções médicas-cirúrgicas.

c) Cirurgias Deformadoras

Para além da questão das cirurgias estéticas se localiza outra modalidade de intervenção na incolumidade física do indivíduo, tendente a alterar sua imagem física, porém com objetivo diverso do *embelezamento*, ou melhor, daquilo que objetivamente possa ser considerado como tal, que são as *intervenções voluntárias deformadoras da aparência física* e que, como tais, têm a característica da definitividade ou permanência. Tais hipóteses relacionam-se às situações nas quais o indivíduo, voluntariamente, pretende deformar sua aparência física através, *v.g.*, de alteração da mandíbula; de modificação da arcada dentária; bipartição da língua; de implantes de chifres; coloração da esclera (parte branca do olho). A deformação pode ter os mais variados motivos, entre os quais o de pretender parecer-se fisicamente com os animais ou aproximar-se de aberrações.

Já mencionamos que o dever de respeito e proteção do Direito à Integridade Física envolve, inclusive, um *dever de autoproteção*, o que impede o Ser Humano de promover ou permitir que promovam em seu corpo atos deformadores, sem que esses estejam relacionados à proteção de um bem jurídico maior como a Vida. Desta forma, as alterações físicas destinadas a assemelhar o Ser Humano a um animal (*v.g.* modificações na face para se assemelhar a um lagarto; implante de ossos ou matéria sólida no rosto para formar feição animalésca) ou qualquer outra intervenção deformadora ou aberrante, devem ser tidas como ofensivas à Dignidade da Pessoa Humana, quando geradoras de modificações definitivas ou permanentes, diante do nítido descompasso com os *bons costumes*.

Por livre e ilimitada vontade não podemos nos deformar fisicamente; não podemos nos causar um nítido malefício corporal, nos coisificar, nos animalizar, nos transformar em aberrações. O ato de consentimento que envolva a geração de deformidade no Ser Humano, isto é, a produção de anormalidade física no indivíduo, sem razões sérias que justifiquem, deve ser tido como inválido, responsabilizando-se penalmente aqueles que, ao amparo desse consentimento inválido, produzam ou concorram para a produção do respectivo resultado.

A pretensão de se deformar atenta nitidamente contra os mandamentos básicos de respeito e proteção ao Direito à Integridade Física, motivo pelo qual a imoralidade e ilicitude desse comportamento são evidentes, além de ser questionável a lucidez e integridade mental daqueles que intencionem gerar em si uma deformação, pondo em dúvida, por conseguinte, sua capacidade para consentir.

d) Práticas Desportivas e *Doping*

Não cremos que em determinados esportes, ainda que de contato físico, o atleta consinta que lhe seja gerada lesão corporal ao praticar a modalidade correspondente, ou seja, um jogador de futebol, ao ingressar no campo para uma partida, não está consentindo com as possíveis lesões corporais que lhe sejam causadas; para nós, o mais plausível é que esse atleta, definitivamente, não quer que alguém lhe machuque durante o jogo, o que, por conseguinte, prejudica a aplicabilidade da excludente do consentimento.

Apesar da orientação majoritária da doutrina estabelecer genericamente que o consentimento é a excludente de ilicitude apropriada para lesões resultantes da prática adequada do desporto, como também das ofensas corporais negligentes geradas por inobservância das regras da modalidade,⁴⁰ nos posicionamos ao lado daqueles que entendem por reduzir o campo de abrangência do consentimento no desporto, em razão da participação na competição desportiva não pressupor necessariamente um consentimento penal a justificar as lesões sofridas.⁴¹ Além do mais, há também uma questão prática, pois se de consentimento se tratar, imprescindível será sua demarcação, e se cada desportista irá consentir, o que redundaria numa rede de manifestações de vontade nem sempre iguais, que, ou inviabilizaria a prática da modalidade desportiva, ou trataria a participação na competição como uma ficção de consentimento, hipóteses com as quais não se pode anuir.⁴²

Nos esportes que não pressupõem agressões mútuas, ou seja, não envolvem lutas entre os participantes, porém tenham no seu desenrolar normal o contato físico, as lesões que forem geradas no adversário, desde que leves, estarão no contexto da excludente do exercício de um direito (de praticar o desporto). Já as lesões graves ingressam no excesso e, portanto, adquirem relevância penal.

Agora, nos esportes cuja prática envolve diretamente uma lesão no adversário, como é o caso das lutas, o ato de participar da competição ou do embate importa em consentir na ofensa corporal que porventura lhe for conseguinte, porém, ainda assim, não anuímos com a possibilidade de estarem autorizadas nesse contexto lesões outras que ultrapassem o grau de simples, por não soar como lícito uma prática que envolva, de plano e de forma corriqueira, a possibilidade de lesões corporais graves.

Igressando agora na questão do *doping*, não resta dúvida de que há neste proceder uma interferência na incolumidade física do atleta, posto ser fato notório

⁴⁰ Cf. GÜNTHER, HIRSCH, JESCHECK, WEIGEND e SCHAFFSTEIN, entre outros (*apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 299.

⁴¹ Cf. ROXIN, KIENAPFEL, BURGSTALLER, e COSTA ANDRADE (*apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 315 e ss.).

⁴² Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 300.

e cientificamente comprovado que as substâncias empregadas no *doping* geram malefício à saúde, motivo pelo qual, a invasão da integridade corporal daquele que se submete ao emprego desses métodos pode ser tida como ofensiva à Integridade Física.

Apesar de a longo prazo poder gerar consequências mais gravosas, as substâncias utilizadas no *doping*, na instantaneidade em que são ingeridas ou injetadas no organismo, são vistas como causadoras de ofensas leves à saúde, motivo pelo qual poderia se questionar sobre estarem abrangidas pela margem de disponibilidade do titular do Direito à Integridade Física que se submete à aplicação dessa química. A esse questionamento devemos responder negativamente, tendo em vista que há clara violação dos bons costumes na prática da dopagem no esporte. Assim se conclui, desde logo, em razão da proibição expressa constante do ordenamento jurídico tanto nacional quanto internacional.

O art. 2º do Código Mundial Antidoping da Agência Mundial Antidopagem – AMA, organismo mundial independente fundado em 1999 e responsável, a nível internacional, pela promoção e coordenação da luta contra a dopagem no desporto em todas as suas formas, do qual Brasil é signatário, estabelece as situações que representam violações das normas *antidoping*, entre as quais se inclui a ingestão ou aplicação de substâncias proibidas no atleta ou competidor. Esta proibição não está baseada em mero formalismo ou positivismo vazio, mas sim, como o próprio Código Mundial salienta, “visa preservar os valores intrínsecos característicos do desporto”, valores esses muitas vezes descritos como “o espírito desportivo”, que constitui a essência do olimpismo e se traduz no “jogo limpo”. Destaca, ainda, que o “espírito desportivo é a celebração do pensamento humano, corpo e espírito” e que a “dopagem é contrária à essência do espírito desportivo”.

No Brasil, a Lei nº 9.615, de 24 de Março de 1998, que instituiu normas gerais sobre desporto, estabelece em seu art. 11, VII, que compete ao Conselho Nacional de Esportes – CNE, órgão vinculado ao Ministério dos Esportes, expedir diretrizes para o controle de substâncias e métodos proibidos na prática desportiva. No exercício dessa atribuição o CNE expede resoluções, de periodicidade, em regra, anual, com a lista de substâncias e métodos proibidos na prática desportiva.

Note-se que, em geral, nos ordenamentos jurídicos a dopagem encontra vedação expressa, pelo que sua contrariedade clara ao sistema moral e legal impede que a margem de disponibilidade do titular do Direito à Integridade Física alcance a possibilidade de permitir validamente a aplicação ou ingestão da substância dopante. Apesar de a dopagem se caracterizar nitidamente como uma conduta de autolesão, vale lembrar que a soberania sobre o próprio corpo não é de plenitude ilimitada, pois quando extrapolar as barreiras da esfera individual daquele que se autolesiona, o direito penal está autorizado a intervir.

No entanto, no âmbito do direito penal brasileiro, a questão ainda não recebeu atenção específica, motivo pelo qual, caso a conduta relacionada ao *doping* não encontre tipicidade penal genérica em algum dispositivo (v.g.: art. 33 da Lei nº

11.343/06; art. 278 e art. 280 do Código Penal), inevitavelmente a conclusão será pela atipicidade.⁴³

e) Ato de Correção e de Castigo

A existência do direito de castigo possui ligação, na seara penal, com o crime de maus tratos, previsto no art. 136 do Código Penal, do qual deflui a ilação de ser a conduta do educador penalmente relevante somente a partir do momento que abusar do direito/dever de educar, isto é, quando utilizar esse poder de forma ilegítima, imoderada ou excessiva.

Apesar de legítimos os fins de corrigir e de fazer valer sua autoridade, não possuem os pais ou educadores a permissibilidade de adotar livremente qualquer via para alcançar esses fins, mas tão somente aquelas que apresentem proporcionalidade pedagógica e forem socialmente cabíveis e adequadas às hipóteses, pelo que há de se estabelecer limites para os meios de correção ou de disciplina a serem utilizados, ou seja, o justo fim não autoriza o excesso do meio, abuso esse que poderá ocorrer através da violência física (castigo corporal) ou da violência moral (ameaça extremada; terror à vítima; humilhação; ridicularização).⁴⁴ O *ius corrigiendi* ou *disciplinandi* há de ser exercido sempre de forma moderada para ser considerado legítimo; desta forma, não estão vedados os meios de correção ou disciplina, mas apenas o seu emprego imoderado, como ocorre nos casos de uso de cinta ou outros objetos para agressão física, a surra, a palmatória, etc.; hipótese diversa se observa quando os pais, moderadamente e com finalidade educativa, aplicam nos filhos algumas palmadas ou tapas, puxões de orelha ou cabelo, etc.⁴⁵

Desde logo cabe frisar estarem os castigos físicos em desuso social e serem desaconselhados pela moderna pedagogia, além de externarem, em grande parte das vezes, pretextos para desafogo de traumas, tensões e complexos de pessoas insuscetíveis de administrarem suas deficiências.⁴⁶ O exercício do direito de correção visa propiciar um bem ao educando, pelo que seria contraditória a busca desse bem através de um mal (ofensa à integridade física). Por outro lado, essa não é a via única e nem a recomendável para a educação; há outras vias adequadas, menos gravosas e mais proveitosas para se educar (princípio da proporcionalidade).

⁴³ O que não acontece em Portugal, que conferiu relevância penal específica a diversos comportamentos inerentes ao *doping*, nos termos da Lei nº 27/2009, que tipifica penalmente, entre outros comportamentos, o “tráfico de substâncias e métodos proibidos” (art. 43º) e a “administração de substâncias e métodos proibidos” (art. 44º).

⁴⁴ Para ilustrar, transcreve-se o seguinte julgado: “O poder de correção e disciplina, em especial dos pais com relação aos filhos, deve ser exercido com moderação, constituindo o abuso, o emprego de violência excessiva, como no caso retratado nos autos, a prática delitiva de maus-tratos” (Apelação Criminal nº013020000066 – Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo – Des. Rel. Alemer Ferraz Moulin, j. 22/09/2004).

⁴⁵ Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal* – Parte Especial, v. 2, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 137-138.

⁴⁶ Nesse sentido ver decisão proferida pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (RT 724/690).

Temos como inadmissível a utilização de violência, capaz de gerar lesões corporais no educando, por ocasião do exercício do direito de correção. Dessa forma se conclui, pois o Direito à Integridade Física só pode ser renunciado (e, ainda assim, não totalmente) por seu titular; logo, seria uma incoerência do sistema admitir que esse direito, ligado intimamente à essência do Ser Humano, possa ser por terceiro renunciado, pessoa essa, diga-se, justamente encarregada de velar (e, em grande parte das vezes, representar) pelos interesses daquele sujeito aos atos de correção.

Temos nessa situação, máxime na relação pais e filhos incapazes civilmente (por idade ou por anomalia psíquica), exceção à regra geral da representação, pois, muito embora os pais tenham capacidade para representar, e conseqüentemente consentir ou renunciar em nome dos filhos incapazes, o representante legal não pode de forma indiscriminada (inclua-se aí, também, em seu proveito próprio) dispor da integridade física do representando.

Estamos diante, nas palavras de ROXIN, de uma *decisão de natureza existencial*, posto versar sobre um Direito Humano, motivo pelo qual não pode haver representação em tais hipóteses.⁴⁷ A decisão de dispor da própria incolumidade física é uma liberdade pessoal, que não deve, por conseguinte, se comunicar ao representante legal, salvo em situações extremadas, como nos casos em que a vida do representado esteja em risco.

Observe-se ainda que, em relação ao direito de castigo dos pais sobre os filhos, os princípios gerais que regem o poder paternal ou familiar nos informam competir aos pais velar pela segurança e saúde dos seus filhos, promovendo seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, não podendo faltar com seus deveres ou abusar de sua autoridade (art. 1637 do Código Civil brasileiro).

Não se pode crer que o encarregado pela segurança, saúde e desenvolvimento de uma pessoa esteja autorizado a gerar nela lesão corporal, ainda que a pretexto do direito de corrigir ou da vontade de educar. Seria completamente contraditório e incompatível com a dignidade do Ser Humano em desenvolvimento. O direito de castigo não pode servir para acobertar os maus tratos infantis, e muito menos para justificar a renúncia de um direito (à Integridade Física) por parte de quem não é o seu titular e nem está autorizado, na qualidade de representante legal, a dispor desse direito em seu próprio favor.

Estamos convictos de que o direito de correção dos pais só pode se utilizar da violência física quando não chegar ao ponto de causar (ou intencionar) lesões corporais, sejam essas de qualquer natureza (leves ou graves), encontrando, pois, o limite do exercício desse direito de correção a barreira última da violência física contra a pessoa não geradora de lesão corporal, que no âmbito brasileiro denomina-se *vias de fato* (art. 21 da Lei de Contravenções Penais – Decreto-Lei nº 3.688/1941).

⁴⁷ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 215.

Esta assertiva esta consagrada na denominada “Lei da Palmada” (Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014), que modificou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), acrescentando alguns dispositivos legais, entre os quais o art. 18-A:

A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso do castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

Foi ainda mais específico o legislador no dispositivo legal em referência, quando dispôs, em seu parágrafo único: “Para os fins desta Lei, considera-se: I – castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva ampliada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão; II – tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize”. Em que pese não ter trazido a novel lei nenhuma forma de sancionamento penal, mas tão somente civil e administrativo, representou grande avanço, ao consagrar expressamente a vedação do excesso nos meios de correção ou castigo.

O direito de castigo ou correção necessariamente deve estar associado ao fim de *educação* ou de *ensino*, sendo que o primeiro compreende toda a atividade docente destinada a aperfeiçoar, na ótica intelectual, moral, técnica ou profissional, a capacidade individual, e o segundo, tomado em sentido mais amplo que o de educação, refere-se ao provimento de conhecimentos formadores da cultura. Assim, o direito de correção pode ser exercido por pais, tutores, curadores, diretores de colégio ou de institutos profissionais, professores, chefes de oficina ou contramestres, etc., isto é, por todos aqueles que tenham o encargo legal ou convencional de educar, sendo sempre vedado o abuso possível de causar dano à vida ou saúde.

Contudo, importante enaltecer que o limite do exercício do direito de correção dos educadores em geral não pode se confundir com aquele relacionado ao poder familiar dos pais em relação aos filhos, isto é, não é tão elástico quanto esse, diante da maior proximidade natural e legal existente entre pais e filhos, bem como dos deveres e direitos mais profundos e efetivos atribuídos pela natureza e pela lei aos pais, de forma que, os atos de violência física, não geradores de lesão corporal (tapas; palmadas; beliscões; puxão de cabelo; etc.) possíveis de serem admitidos em relação aos pais para com seus filhos, não podem ser permitidos em relação aos demais educadores.

Nas escolas e demais institutos educacionais correlatos não são mais admissíveis os castigos corporais, sendo opinião uníssona e generalizada nas nações civilizadas que a violência como meio de educação deve ser repelida, ou seja, não mais considerada como coberta pela tarefa pedagógica e de ensino,⁴⁸ por irritar ou deprimir, ao invés de cativar o afeto e a confiança; por fomentar a hipocrisia, atrofiar a dignidade, paralisar a vontade, ocasionar em suma, verdadeira ruína psíquica e, por vezes, física, da qual bem poucos podem refazer-se depois de libertos de tão bestial e furibunda disciplina.⁴⁹

Questão de importante avaliação refere-se à possibilidade do direito de castigo ser exercitado em face da criança ou adolescente de outrem. Em relação ao total estranho, evidentemente que não haverá para esse qualquer direito ou dever de correção ou castigo, porém, acreditamos que poderá haver a transmissibilidade do seu exercício para determinadas pessoas que, por relação de parentesco (tios; avós; etc.), contratual (babá; empregada) ou de fato (vizinho; amigo), tenham proximidade com a criança e gozem da confiança pessoal do encarregado pela educação,⁵⁰ hipóteses nas quais os castigos físicos podem ser admitidos na mesma proporção do observado para o titular do direito, cujo exercício fora transferido provisoriamente para tais personagens.

f) Persecução Penal

A obrigatória atuação do Estado na investigação, processamento e execução da sanção penal em não raras vezes envolve uma relativização de Direitos Humanos dos autores das práticas delitivas. Os Direitos Humanos dos agentes delinquentes, em especial, o Direito à Liberdade e o Direito à Integridade Física podem ser eventualmente atingidos pela atividade estatal de persecução penal, como ocorre nos casos de lesões corporais produzidas naquele que resiste à prisão.

Desse modo, sendo a persecução penal uma situação de *colisão de direitos*, coloca-se como pressuposto indispensável para a busca da solução a aplicação do *princípio da proporcionalidade*, pois esse, através dos seus subprincípios, utiliza a *metodologia da ponderação de interesses*, que é justamente o método a ser adotado para a solução da colisão de direitos.

Sem embargo, sobre o Direito à Integridade Física do autor do fato criminoso acreditamos haver possibilidade de relativização em determinadas situações de colisão com outros direitos também de acentuada importância, individuais ou coletivos. Contudo, deve-se sempre ter atenção para o pressuposto de que uma medida penal, principalmente uma sanção penal, não pode ser livremente estabelecida pelo legislador, pois, entre os ramos do Direito, o Direito Penal é aquele

⁴⁸ Cf. FÁRIA, Paula Ribeiro. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 216.

⁴⁹ Ilustrativo é o acórdão sobre o tema constante na Revista dos Tribunais nº 329/536.

⁵⁰ Cf. FÁRIA, Paula Ribeiro. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, tomo I (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias). Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 215.

que possibilita ao Estado a intervenção mais severa, sentida e estigmatizante na individualidade humana, e o fato de alguém ter a qualidade de investigado, processado ou condenado criminalmente não significa dizer que deixou de ser sujeito de direitos. Sua Dignidade Humana deve permanecer preservada como a de qualquer outro indivíduo.

Para se falar que uma medida penal, ou mais especificadamente, que uma sanção penal é ofensiva à Dignidade da Pessoa Humana, algumas características devem estar presentes, entre as quais a *irreversibilidade*. Toda e qualquer sanção penal que seja por natureza irreversível indubitavelmente é atentatória à Dignidade da Pessoa Humana, visto extirpar a possibilidade de recuperação do delinquente. A pena nunca pode chegar a tal ponto que não permita o regresso do condenado ao estado que ostentava antes de sua punição (*status quo ante*). Qualquer sancionamento que impeça o regresso ao estado anterior do condenado é naturalmente indigno. Possuem essa qualidade a pena de prisão perpétua, a pena de morte e as penas de amputação de membros.

Uma sanção penal que vem sendo adotada em alguns países, mas que ainda não ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, denomina-se *contenção química da libido* e pode ser tida como compatível com a Dignidade da Pessoa Humana, tendo em vista que, os estudos científicos desenvolvidos sobre a matéria informam ser essa providência reversível, ou seja, uma vez cessada a aplicação medicamentosa, é possível ao condenado recuperar sua libido.

O fato de eventual sanção penal promover a malvista *invasão corporal*, como ocorre nos casos de dispositivos anexados ao corpo do apenado para saber onde está, se está consumindo drogas, se está ingerindo álcool, não é um argumento válido, por si só, para se ter a pena como vedada. Muitos repetem, equivocadamente, que o corpo humano fora abandonado como sede de sancionamento penal há tempos e, permitir que volte a ser, configuraria um retrocesso social. O fato de uma sanção penal ter sido retirada do sistema jurídico não impede que em oportunidade futura retorne de forma idêntica ou reestruturada à modernidade, desde que, evidentemente, não ofenda os mandamentos universais e constitucionais pertinentes.

Vemos incrédulos que uma sanção penal não seja tida como cruel quando intervém em um Direito Fundamental que é a liberdade e seja taxada de cruel pelo único motivo de intervir em outro direito da mesma natureza que é a incolumidade física, considerando que tais direitos compõem o mesmo grupo por alguns denominados de *fundamentalíssimos*,⁵¹ isto é, integram o núcleo dos Direitos Fundamentais, com íntima ligação com a Dignidade da Pessoa Humana (Direitos Humanos).

Devemos sempre ter em mente a ideia de estar na Dignidade da Pessoa Humana o limite da relativização da garantia à incolumidade física daqueles que estejam cumprindo uma sanção penal, máxime uma pena privativa de liberdade,

⁵¹ Cf. NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudo sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 73.

conforme, aliás, enaltecido em julgamento proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no qual se asseverou: “toda a pessoa privada de liberdade tem direito a viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade pessoal e o Estado deve garantir-lhe o direito à vida e à integridade pessoal.”⁵²

Dessa forma, poderá o Estado, através dos seus agentes, ofender a incolumidade física do apenado quando for necessário para garantir direito de outro apenado que porventura esteja em confronto, ou até mesmo, de terceiros que não tenham a qualidade de presos, como ocorre nas situações de motim; de libertação de reféns; etc. O Estado também é autorizado a eventualmente ofender a incolumidade física do preso para evitar que esse fuja ou pratique atos (ou continue a praticar) configuradores de infrações disciplinares relacionadas aos deveres dos presos, ou ainda, para manter a boa ordem e disciplina no interior da unidade prisional, desde que haja, evidentemente, proporcionalidade no atuar, posto não poder, livremente, vilipendiar o Direito à Integridade Física do preso. Como exemplo, podemos citar o corte de cabelo coercitivo do preso, utilizado nas penitenciárias para manter o padrão e disciplina entre os detentos, garantindo, assim, a ordem interna, além de se prestar para evitar a propagação de parasitas como o piolho.

Devemos observar que em relação ao preso a obrigação do Estado envolve também a necessidade de velar pela sua Vida e saúde no sentido de fazer cessar eventuais perigos que envolvam esses direitos, ainda que tenham origem em comportamento do próprio titular, motivo pelo qual se justificam as atitudes invasivas na incolumidade física do preso para implementar alimentação forçada ou tratamento médico coercitivo, sempre que houver risco à Vida ou grave perigo à saúde, podendo ser citado o exemplo de Portugal, onde há norma expressa nesse sentido (art. 35º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade, aprovado pela Lei nº 115/2009).

No entanto, a relativização do Direito à Integridade Física do preso só pode ir, em regra, até os atos capazes de gerar lesão corporal simples, salvo situações excepcionais a serem analisadas concretamente, posto ser um contrassenso entender que o Estado, na qualidade de primeiro garantidor dos Direitos Humanos do preso, possa nessa condição os atingir de forma grave. Imprescindível esclarecer que a possibilidade de ofensa à Integridade Física do preso não se configura como um dever do Estado, mas sim um eventual reflexo do exercício de outro dever que acaba por gerar lesões corporais (v.g. dever de impedir a fuga). No entanto, em nenhuma hipótese a ofensa à incolumidade física do preso, seja de qual natureza for (simples, grave ou gravíssima), pode estar relacionada a atos de expiação, castigo, tortura, degradação, ou qualquer outra hipótese ofensiva à Dignidade da Pessoa Humana, que permanece de observância e respeito obrigatórios também para o indivíduo privado de liberdade em razão de sanção penal.

⁵² Voto proferido pelo Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade na Resolução sobre Medidas Provisórias de Proteção, ditada em 30 de Setembro de 2006, que versou sobre a Penitenciária de Araraquara situada na unidade federativa de São Paulo, Brasil.

5. Conclusão

Buscamos no presente estudo primordialmente esclarecer o alcance do Direito à Integridade Física e as possibilidades de sua renúncia válida, pois é enganoso pensar que a definição deste direito, sua extensão e limites são de fácil compreensão através de mera leitura das codificações; seu desconhecimento, ainda que parcial, deságua na deficiência em sua proteção. Muito mais poderia ser dito, porém, fugiria aos objetivos do presente, ou cansaria demasiadamente o leitor; este trabalho buscou trazer, de forma sucinta, mas não superficial, alguns aspectos tidos como de extrema relevância.

Trata-se de direito de estrutura complexa, confundido, constantemente, com outros direitos, além de receber certo menosprezo pelo ordenamento jurídico pátrio, que, por vezes, não o tutela adequadamente, furtando-o da interferência do Direito Penal e, em outras, o coloca em patamar inferior ao de outros direitos de ligação mais tênue com a essência do Ser Humano.

Para a efetiva proteção do Direito à Integridade Física inúmeras medidas são necessárias, a começar por providências parlamentares, entre as quais mudanças em nossa legislação, para que sua tutela penal seja integral e abrangente de todas as fases da existência humana, além de se atribuir sancionamento penal proporcional à gravidade representada pela ofensa ao corpo e à saúde; tais fatores não dispensam a concreta e eficaz proteção a ser empreendida pelos operadores do direito incumbidos desta nobre função, que, para tanto, precisam conhecer profundamente o direito em análise, colocando sua tutela, máxime a penal, em prática e, na medida do possível, preferencialmente.

Enxergar a ofensa a este direito, com frequência, como uma infração de menor potencial ofensivo, ampliar as hipóteses de sua disponibilidade, permitir seu gerenciamento de forma ampla e ilimitada, ainda que pelo próprio titular, é incentivar “oficialmente” que os ataques à integridade física do Ser Humano se multipliquem e fortaleçam.

É sempre importante sublinhar que o dever de respeito à Dignidade da Pessoa Humana dirige-se à coletividade em geral, bem como ao próprio titular do direito que esteja em análise ou em vias de colisão com outros direitos, isto é, há uma autovinculação do próprio titular do Direito à Integridade Física ao preceito da Dignidade da Pessoa Humana, motivo pelo qual ninguém pode renunciar a sua própria dignidade. O que ocorre no contexto da disponibilidade possível da incolumidade física é uma incidência menos latente do preceito da dignidade, o que, por conseguinte, viabiliza certa tolerância do ordenamento jurídico em relação aos atos de disposição, a fim de se encontrar a justa medida entre a Dignidade da Pessoa Humana e a liberdade de autodeterminação, de fruição do próprio corpo e, quando for o caso, de outros direitos associados (v.g. direito de privacidade; direito de liberdade religiosa; etc.).

O Direito à Integridade Física resulta da própria natureza humana, sendo, pois, um direito congênito, isto é, pelo simples fato de existirmos, nos são atribuídas posições jurídicas fundamentais, capazes de impor aos demais o necessário respeito e proteção e que nos acompanham até o final de nossa existência física; não é, pois, mera normatividade, simples direito derivado da lei, mas sim é referente e indissociável da própria natureza humana, configurando-se em noção pré-jurídica, que não só preexiste ao ordenamento jurídico e ao Estado, como também vincula esses ao seu respeito e proteção.

A ordem jurídica objetiva garantir as condições de existência e desenvolvimento social, e sendo a Vida e a Integridade Física do Ser Humano seus pressupostos, evidentemente que devem receber proteção primordial, por se traduzirem em elemento essencial de qualquer organismo social e jurídico.⁵³

Por fim, imprescindível frisar: a obrigatoriedade de respeito à incolumidade física do Ser Humano é uma garantia indelével, que cada um de nós traz gravada no próprio coração e evidencia-se pelo *clamor das consciências e brados da natureza*, que nos chega aos ouvidos pela *Voz do Eterno*.⁵⁴ Decorre do respeito a Deus e à pessoa, além de integrar as bases permanentes e sólidas de toda a legislação, mesmo que sem menção expressa, por ser, na qualidade de direito natural, a *duplicata ideal do direito positivo*, isto é, a perfeita justiça, o *justo por lei* e o *justo por natureza*, servindo de paradigma de inspiração do legislador na elaboração de normas, uma espécie de princípio regulador do direito positivo, um guia supremo da legislação,⁵⁵ um direito que, vale sublinhar, nasce com o próprio Ser Humano, decorre de sua essência humana, motivo pelo qual, quanto mais o direito positivo se aproxima do pleno reconhecimento do Direito à Integridade Física, mais se aperfeiçoa e, conseqüentemente, quanto mais se afasta, mais obra de forma equivocada ou injusta.

⁵³ Cf. D'ABREU, A.J. Teixeira. *Curso de Direito Civil*, v.1. Coimbra: Imprensa Academia de Coimbra, 1910, p. 38-39.

⁵⁴ Cf. TEIXEIRA, Antônio Ribeiro de Liz. *Curso de Direito Civil Portuguez, ou Commentario às Instituições do Sr. Paschoal de Mello Freire sobre o mesmo Direito*, v. I. 2ª ed. Coimbra, 1848, p. 65 e ss. (*apud* OTERO, Paulo. *Direito da Vida – Relatório sobre o Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 51).

⁵⁵ Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. 1. Parte Geral, 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8.

A OAB, a Arbitragem e o Acesso à Justiça¹

Arnoldo Wald*
Arnoldo Wald Filho**

“A mediação, conciliação, arbitragem e negociação são essenciais para reduzir litígios. É preciso desenvolver a cultura da mediação. O objetivo não é retirar mercado de trabalho dos advogados, mas proporcionar um novo caminho para a atuação desses profissionais” (Marcus Vinicius Furtado Coêlho, *OAB firma Acordo de Cooperação com o MJ para promover mediações*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/27224/oab-firma-acordo-de-cooperacao-com-o-mj-para-promover-mediacoes>. Acesso em: 03.07.2014).

“Considerando que os métodos alternativos de solução de conflitos (MASC), como a mediação, a conciliação e a negociação, entre outras formas de resolução extrajudicial, configuram processos comunicativos, educativos e participativos com comprovado potencial de prevenir e reduzir litígios e possuem flexibilidade procedimental para serem utilizados por todos os atores do sistema de justiça.” (MJ - Portaria Interinstitucional nº 1.186, de 02.07.2014. Institui a Estratégia Nacional de Não Judicialização - ENAJUD).

“1) Obrigatoriedade do Curso de arbitragem nas faculdades de Direito (bacharelado); 2) Criação de câmara de arbitragem nas seccionais da OAB.” (Propostas apresentadas pelo Professor Arnoldo Wald e aprovadas por unanimidade pelo Plenário da OAB, na XXI Conferência Nacional dos Advogados, 20 a 24 de novembro de 2011, Curitiba, Paraná. Anais. V. 2, 2012, p. 1197).

“*Just as health is not found primarily in hospitals or knowledge in schools, so justice is not primarily to be found in official justice-dispensing institutions.*” (Marc Galanter, Justice in many rooms: courts, private ordering and indigenous law. *Journal of Legal Pluralism*, n. 19, 1981, p. 17).

* Advogado, parecerista, árbitro, professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), doutor honoris causa da Universidade de Paris II, e membro da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI).

** Advogado em Brasília, São Paulo e Rio de Janeiro; Membro do Conselho Federal da OAB.

¹ Artigo elaborado para o volume: “A Ordem dos Advogados do Brasil e o Acesso à Justiça”, da Coleção “Acesso à Justiça”, publicado pelo Ministério da Justiça.

"(...) les notions de droit ne cessent d'évoluer et leurs rares moments de stabilité sont plus apparents que réels" (Philippe Jestaz, *Une question d'épistémologie à propôs de l'affaire Perruche'*, RTDCiv., 2001, p. 457).

"Les faibles sont parties à la conquête du droit" (Louis Josserand, *Évolutions et actualités*. Paris: Sirey, 1936, p. 160).

Sumário

1. Introdução. 2. A Evolução das Soluções Extrajudiciais. 3. A Arbitragem no Brasil. 4. A sua Aplicação às Pequenas Causas. 5. A Participação da OAB. 6. Conclusões. Referência Bibliográfica.

Resumo

O presente artigo aborda a evolução das soluções extrajudiciais e da arbitragem no Brasil, a aplicação da arbitragem nos Juizados Especiais, assim como a participação da Ordem dos Advogados do Brasil na arbitragem, sugerindo um sistema novo de arbitragem eficaz e eficiente em todo o território nacional, garantindo o acesso à Justiça de todas as classes sociais inclusive das menos favorecidas, mediante uma sistematização própria do instituto destinada às causas de pequeno valor sem prejuízo de manter, para os outros casos, o regime tradicional. Haveria assim um aumento do mercado de trabalho dos advogados e maior rapidez e eficiência na distribuição da justiça.

Palavras-chave

Arbitragem – pequenas causas. OAB – Acesso à justiça. Arbitragem.

Abstract

This article outlines the evolution of non-judicial solutions and arbitration in Brazil, the resolution of disputes by arbitration within the Special Courts, the participation of Brazilian Bar in arbitration, as well as suggests a new arbitration system that is effective within all domestic territory, thereby ensuring access to Justice to individuals from all social classes including the less favored ones, through a systematization of the institute directed at causes of lesser value, notwithstanding the maintenance of the traditional regime for other cases. There would, thus, be an increase in labor market for lawyers and more efficiency and rapidness in the provision of justice.

Keywords

Arbitration – small and less complex cases. Brazilian Bar – access to justice. Arbitration.

1. Introdução

O advogado é, na palavra de Rui Barbosa, o “defensor do homem” com uma dupla função individual e social. É assim o auxiliar da Justiça nos termos da Constituição² e o catalisador das soluções do processo judicial e das formas extrajudiciais de composição dos conflitos que asseguram “a paz social”³. Mas é também o combatente vigilante que assegura ao cidadão tanto a segurança jurídica como o aprimoramento do direito, adaptando-o e, se necessário, reformulando-o, diante das novas circunstâncias e especialmente da evolução tecnológica.

Essas funções múltiplas são realizadas simultaneamente pelos profissionais e pelos seus órgãos de classe, que também exercem uma missão de caráter público, na criação, aplicação e evolução da ciência e da prática jurídicas.

Em particular, a Ordem dos Advogados, pelo seu Conselho Federal e pelos Conselhos Seccionais, colabora com o Estado para assegurar a melhor e mais rápida distribuição da Justiça, que se torna ainda mais necessária nas fases de crises e de incerteza, em decorrência das grandes transformações econômicas e sociais sofridas pelo mundo e especialmente pelo nosso país. É, pois, natural e até indispensável que a classe, pelos seus órgãos, participe dessa verdadeira revolução jurídica e judiciária que está sendo realizada, especialmente desde o início do século.

Nos últimos cinquenta anos, houve relevantes modificações legislativas e jurisprudenciais. Conceitos fundamentais, como o contrato, a propriedade, a responsabilidade civil e a família, estão tendo novas características e regimes jurídicos distintos dos que existiram anteriormente. No plano judiciário, a mudança de competência e organização do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, atribuindo-lhes novas funções na uniformização da jurisprudência, transformaram a fisionomia do nosso Poder Judiciário.

No presente artigo examinaremos sucessivamente a evolução das soluções extrajudiciais, a evolução da arbitragem em nosso país, sua aplicação às pequenas causas, a participação da OAB na arbitragem e finalmente, apresentaremos as nossas conclusões.

2. A Evolução das Soluções Extrajudiciais

Em algumas décadas, mudaram substancialmente o mundo, o Brasil, o Direito e a Justiça, mas nós, advogados, mantivemos sempre a mesma fidelidade aos nossos ideais.

O Brasil se tornou a sexta ou a sétima economia do mundo e fez novas parcerias, comerciais e industriais, com países de culturas distintas, como a China, a Índia e a África do Sul. A internet passou a dominar o mundo e privatizamos parte dos nossos serviços públicos.

² CF, 1988 “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

³ David Rene. “Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains”, In: *Archives de Philosophie du Droit*, nº 8, Paris: Sirey, 1963, p. 8.

No campo jurídico, restauramos o Estado de Direito, aprovamos a Constituição de 1988 e as suas sucessivas emendas, promulgamos o novo Código Civil e estamos aprovando um novo Código de Processo Civil. Enfim renovamos o nosso direito em todas as áreas.

Cresceu a importância do Judiciário, que adquiriu maiores dimensões, com a criação de novas instituições, para a uniformização do nosso direito e o aprimoramento do judiciário, como o STJ e o CNJ e, por outro lado, o STF assumiu um papel construtivo mais relevante tornando-se basicamente uma Corte constitucional.

Novos ramos do direito se multiplicaram, com grandes repercussões, abrangendo a proteção do consumidor, do meio ambiente e numerosas outras áreas.

O Brasil passou a ter uma inflação de processos em curso, e ninguém mais nega a crise da Justiça, que ainda não consegue julgar as causas em tempo razoável, como determina a Emenda Constitucional nº 45.

Por outro lado a globalização e o desenvolvimento tecnológico ensejaram uma maior complexidade no campo contratual e um aumento das relações internacionais com repercussões no campo jurídico⁴.

Tivemos também uma mudança cultural relevante com a nova função social atribuída pela Constituição e pelo Código Civil ao contrato, à propriedade e à empresa.

Finalmente todos esses fatores levaram a reconhecer que devemos superar uma cultura do litígio⁵ para fazer prevalecer a conciliação⁶ e a arbitragem, acabando com a mentalidade para a qual o reconhecimento e a concretização do direito só se dão por meios judiciais⁷.

O Conselho Nacional de Justiça fez de 2009 o “ano da conciliação” e estamos assistindo, em todos os Estados, a verdadeiros mutirões para implantá-la com bons resultados.

A arbitragem constitui uma solução construtiva dos litígios, realizada por árbitros privados de modo organizado e, em geral, institucional, que completa a atuação do Poder Judiciário, nos casos de conflitos referentes a direitos disponíveis.

Embora referida na legislação anterior, a arbitragem foi, por longo tempo, considerada um “instituto de raríssimo, ou quase nenhum, uso entre nós”⁸, sendo pouco conhecida, até o fim do século passado⁹.

⁴ ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Les juges dans la mondialisation*, Paris: Seuil, 2005, *passim*.

⁵ DIAS TOFFOLI, José Antônio. Cultura do conflito precisa ter um fim, *Correio Braziliense*, Brasília, 27.06.2010, p. 18; Andriighi, Nancy. *Seminário no STF: painel aborda uso de mediação nos contratos da Copa*, 02.05.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178489&caixaBusca=N>. Acesso em: 08.07.2014.

⁶ UYEDA, Massami. Justiça tem que ser conciliatória, diz ministro, *Revista Consultor Jurídico*, 20.01.2009.

⁷ MENDES, Gilmar. *Pronunciamento na Abertura do Ano Judiciário*, 02.03.2009; Nalini, José Renato. Discurso proferido no IASP em 21.02.2014, resumido na *Revista Letrado*, nº108, p. 13, jan./fev. 2014.

⁸ Voto do Min. Sálvio de Figueiredo no REsp 15.231/RS, j. 12.11.1991, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, nº 20, abr./jun.2003, p. 400.

⁹ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 207-216.

Houve, assim, uma verdadeira revolução a partir da promulgação da Lei nº 9.307/1996, do reconhecimento da sua constitucionalidade pelo STF, da ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque e da jurisprudência do STJ que já se sedimentou na matéria.

O Poder Judiciário brasileiro não tem conseguindo fazer face ao número excessivo de casos que chegam aos juízes e tribunais a cada ano¹⁰.

O Supremo Tribunal Federal proferiu mais de 90.000 decisões em 2013¹¹, e o Poder Judiciário chega a levar mais de 10 anos para decidir uma disputa, o que demonstra que os tribunais brasileiros não podem satisfazer todas as necessidades da população. Essa situação coloca em questão a eficácia do direito de acesso à justiça, fundado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal¹², assim como a resolução das disputas em prazo razoável¹³.

O Judiciário brasileiro e o Congresso Nacional têm se esforçado para encontrar alternativas que possam ajudar o país a superar essa situação. Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004, e várias outras leis foram promulgadas, criando mecanismos como: (i) a criação da “súmula vinculante”; (ii) a necessidade de repercussão geral para que um recurso extraordinário seja admitido pelo STF; e (iii) a decisão dos recursos repetitivos pelo STJ com reflexos nos tribunais de todo o país.

Também foi implantado um programa para melhorar a gestão do Poder Judiciário, com o estabelecimento de 30 metas a serem atingidas em cinco anos¹⁴. Adicionalmente, muitos estudiosos, membros da Administração Pública e do próprio Judiciário, têm defendido uma redução da litigiosidade. No entanto, apesar desses esforços, os tribunais brasileiros ainda não conseguem atender às necessidades da nossa crescente e complexa estrutura econômica, que requer rapidez e especialização dos mecanismos de resolução de disputas.

A partir do fim do século XX, métodos alternativos de solução de controvérsias, tais como a arbitragem, a mediação e a conciliação, ganharam importância em todos os níveis da sociedade brasileira. Muitas instituições foram criadas¹⁵ e a solução extrajudicial de disputas foi incentivada pelos tribunais

¹⁰ O Relatório do CNJ, “Justiça em Números 2013”, revela que, o número de processos em tramitação no Judiciário brasileiro cresceu 10,6% nos últimos quatro anos e chegou a 92,2 milhões de ações em tramitação em 212. Não há, até o momento, dados estatísticos de 2013. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf. Acesso em: 08.07.2014.

¹¹ Supremo Tribunal Federal, *Relatório de Atividades 2013*, p. 26. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStf/ConhecaStfRelatorio/anexo/relatorio2013.pdf>. Acesso em: 08.07.2014.

¹² O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal estabelece que: “(...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)”

¹³ A Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004, acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação: “(...) LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.(...)”

¹⁴ STF, Planejamento estratégico (2009-2013). Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Planejamento_Estrategico_Aprovado__2_.pdf. Acesso em: 10.07.2014.

¹⁵ Além da arbitragem da mediação e da conciliação, os chamados *dispute resolution boards* também passaram a ser mais utilizados. Vide, a respeito, Arnoldo Wald, *A arbitragem contratual e os dispute boards*, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 6, p. 9-24, jul./set. 2005.

estaduais e federais, havendo uma cooperação, cada vez maior, entre os árbitros e o Poder Judiciário. O Ministro Cezar Peluso, quando Presidente do STF, ressaltou, em seu discurso de posse, a importância dos meios alternativos de solução de litígios no Brasil, considerando a impossibilidade de resolver pelo Poder Judiciário todas as disputas que lhe são submetidas em prazo razoável¹⁶, como já o tinham feito, anteriormente, os Ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie, quando exerceram a chefia do Poder Judiciário.

Podemos afirmar que até o fim do século passado, nem a arbitragem, nem a mediação e a conciliação tinham sido utilizadas frequentemente, pois raras eram as ocasiões nas quais os conflitos eram solucionados fora do Poder Judiciário. Foi nos últimos vinte anos que se fez uma verdadeira revolução, que ainda está no seu início, mas que poderá transformar e modernizar a justiça brasileira, diminuindo os processos judiciais e, assim, reduzindo os prazos e os custos das soluções das divergências entre particulares e mesmo entre o cidadão, as empresas e o Estado.

A conciliação passou a ser desenvolvida, sob o impulso do Poder Judiciário liderado pelo Conselho Nacional de Justiça e com a colaboração dos tribunais de justiça. Foi diagnosticado o problema do judiciário com o estudo de estatísticas que evidenciaram quais as áreas nas quais se multiplicavam os litígios, entre as quais se destacavam as relações com concessionários, instituições financeiras, a previdência social e entidades públicas em geral, sendo estas últimas responsáveis por cerca da metade dos processos relativos a indenizações, a pensões e a aposentadorias. Foram realizados vários mutirões pelos diversos tribunais, com grande sucesso, permitindo reduzir substancialmente a carga do judiciário. Por outro lado, iniciou-se uma parceria entre as diversas cortes de justiça, como foi o caso da TJSP e TRF da 3ª Região, fazendo com que a população se acostumassem a usar esse novo modelo de solução de litígios.

Em 02 de julho de 2014, foi aprovado pelo Poder Executivo o Plano da ENAJUD (Estratégia Nacional da Não Judicialização), elaborado pelo Ministério da Justiça, lançando ampla campanha de instituição da conciliação e da mediação inclusive mediante utilização tanto dos serviços públicos como de convênios com empresas privadas¹⁷.

Segundo informa a imprensa, até o momento, os quatro bancos mais importantes do país e o maior grupo varejista anunciaram que assinarão um termo de compromisso prometendo dar prioridade aos chamados mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios, inclusive criando centros internos de mediação¹⁸. A AGU coordenará os mecanismos de conciliação, inclusive no plano tributário e previdenciário. É a primeira vez que se institucionaliza a organização, no plano nacional, de medidas para completar a ação do Poder Judiciário pelo recurso aos meios extrajudiciários. Cabe atribuir essa iniciativa ao Ministro da

¹⁶ Vide o discurso de posse do Min. Peluso como presidente do STF, proferido em 23.04.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoPeluso.pdf>. Acesso em: 10.07.2014.

¹⁷ Portaria Interinstitucional nº 1.186, de 02.07.2014, DOU-I, de 03.07.2014. p. 62.

¹⁸ *O Estado de São Paulo*, 5 julho 2014, p. 3.

Justiça, José Eduardo Cardozo, que continuou, desenvolveu e institucionalizou o esforço já anteriormente feito por seus antecessores, e pelos Ministros-chefes da AGU Gilmar Mendes e Antonio Toffoli e o seu atual chefe Ministro Luís Inácio Adams, que encorajaram e criaram a arbitragem no plano federal.

A imprensa lembra que, enquanto os processos judiciais demoram até cerca de duas décadas, a divergência pode ser resolvida, na mediação e na conciliação, em alguns meses, e com custos menores, considerando-se os prejuízos das partes decorrentes da espera da solução judicial.

Trata-se de iniciativa que, somada com as reformas já realizadas, é decisiva “para fazer a Justiça brasileira ingressar no século XXI”¹⁹.

Tanto a arbitragem, como a mediação e a conciliação, oferecem ao advogado um amplo campo de atuação profissional, além de melhorar o clima social e econômico do País e de retificar a imagem que se tem, no exterior, em relação à eficiência das soluções de litígios no país²⁰.

Acresce que o bom funcionamento desses novos institutos constitui também um facilitador do comércio internacional e um ingrediente importante de caráter regional para fazer de cidades como São Paulo, não apenas o centro financeiro da América Latina, mas também o de solução dos litígios extrajudiciários²¹, pois respeitamos o Estado de Direito e não temos ingerência política nas decisões da Justiça ou dos árbitros, ao contrário do que acontece em alguns outros países.

3. A Arbitragem no Brasil

No Brasil, embora a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) tenha sido promulgada em 1996, a possibilidade de recorrer à arbitragem, como meio legítimo para a resolução de litígios, já era prevista nas Ordenações Portuguesas (em vigor no Brasil até o século XIX) e na primeira Constituição brasileira, de 1824. A arbitragem também estava mencionada no Código Comercial de 1850 e no Regulamento 737 (que disciplinava os atos de comércio), bem como nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973. Todavia, era raramente utilizada para a resolução de conflitos tendo sido adotada, excepcionalmente, para a solução de alguns conflitos em matéria de delimitação de fronteiras, pontualmente em algumas pouquíssimas questões internas. Por essa razão, até 1940, havia poucas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros em matéria de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, que somavam apenas nove até 1980²².

¹⁹ Artigo citado na nota anterior.

²⁰ *Doing Business 2014 (Brazil)*, publicação do Banco Mundial, coloca o Brasil no 121º lugar na eficiência para obter o cumprimento e execução dos contratos.

²¹ WALD FILHO, Arnaldo. São Paulo: capital da arbitragem na América Latina, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 23, p. 45-48, out./dez. 2009. Por sua vez, o então Prefeito Gilberto Kassab afirmou, na Abertura do 1º Seminário Internacional da Arbitragem da OAB/SP, que: São Paulo hoje está identificada como a capital latino-americana da arbitragem, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 24, p. 27, jan./mar. 2010.

²² STRENGER, Irineu. *Op. cit.*, p. 212-216.

A arbitragem internacional tem experimentado no Brasil um vigoroso e contínuo crescimento, nos últimos 15 anos, principalmente devido à grande expansão da economia brasileira e à maior complexidade da vida econômica no contexto da globalização. O período de seu crescimento foi iniciado nos anos 90, com o processo de abertura econômica implementada por meio de uma redução das tarifas e barreiras comerciais, da estabilização monetária e de um amplo programa de privatização, bem como com a delegação de serviços públicos a agentes privados mediante concessões e parcerias público-privadas.

Com o advento da Lei de Arbitragem de 1996 (Lei nº 9.307/1996), eliminaram-se os gargalos da legislação anterior e, conseqüentemente, a arbitragem se tornou cada vez mais conhecida, estudada e utilizada no Brasil, com contribuições importantes do STF²³ e do STJ, que adotaram uma posição favorável à arbitragem e estabeleceram precedentes importantes sobre temas controversos, proferindo algumas decisões pioneiras sobre o assunto²⁴.

Muitas instituições de mediação, conciliação e arbitragem foram criadas²⁵ e a solução extrajudicial de disputas foi incentivada pelos tribunais estaduais e federais, havendo uma cooperação, cada vez maior, entre os árbitros e o Poder Judiciário, que vem flexibilizando o processo de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais e a extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias, que funcionaram no negócio ou controlam uma das demandantes ou demandado, que se tornou insolvente.

A grande expansão da arbitragem internacional no Brasil pode ser ilustrada pelo número de arbitragens CCI nas quais uma das partes é brasileira. Eram mais de 200, em três anos, de 2008 a 2010. Por outro lado, de 1995 a 2010, 78 arbitragens CCI foram sediadas no Brasil (69 delas entre 2003 e 2010). O Brasil é, atualmente, a principal sede de arbitragens CCI na América Latina, representando aproximadamente 55% dos casos sediados na região²⁶. No âmbito da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), o Brasil logrou o 1º lugar da América Latina desde 2006. No que tange à nacionalidade das partes, o número de casos, que envolvem partes brasileiras, teve seu ápice em 2006, quando o Brasil ficou em

²³ Até 2004, o STF era exclusivamente competente para conhecer e julgar pedidos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. A Emenda Constitucional nº 45/2004 transferiu tal função ao STJ.

²⁴ Wald, Arnoldo. *Arbitration in Brazil: Case law perspective*, In: MUNIZ, Joaquim T. de Paiva; BASÍLIO, Ana Tereza Palhares (Ed.), *Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure*, Huntington, NY: Juris Publishing, 2006, APP B-1.

²⁵ Há aproximadamente 100 instituições arbitrais, entre as quais as principais são de nível internacional e cujos casos têm aumentado exponencialmente – cerca de 100 novos casos têm sido iniciados a cada ano nas seis principais instituições arbitrais brasileiras, de acordo com informações divulgadas pelas seguintes instituições: Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC); Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo (CMA) – FIESP/ClESP; Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Americana (AMCHAM); Câmara de Conciliação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (FGV); Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA); e Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil – CAMARB. (Arbitragem em números: Estatística das Câmaras Domésticas 2013, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 41, prelo, abr./jun. 2014).

²⁶ ICC Court of International Arbitration Bulletin, v. 21, nº 1, p. 13, 2010.

4º lugar no *ranking* mundial da CCI, mantendo essa posição com poucas variações desde então.²⁷ Ademais, em comparação com 2009, o número de árbitros de nacionalidade brasileira indicados em arbitragens CCI teve um aumento anual de cerca de 20%²⁸.

No plano interno, estamos julgando atualmente, cerca de duas centenas de arbitragens comerciais e de 2 a 3 mil de arbitragens de consumo e litígios trabalhistas²⁹.

4. A sua Aplicação às Pequenas Causas

Embora parte da doutrina considere que não se deve utilizar a arbitragem nas pequenas causas, não há razão para restringir o seu uso quando o litígio é de dimensões reduzidas. Evidentemente, a conciliação e a mediação são mais adequadas em tais casos porque são presumidamente, menos onerosas. Por outro lado, deve-se considerar o sucesso alcançado pelos juizados especiais, chegando-se a dizer que foram vítimas do próprio sucesso, pois previstos para um certo número de processos, parece que acabaram tendo que processar quase dez vezes tanto. Não há, pois, razão para privar uma parte da população do acesso à arbitragem, que evidentemente deve ser adaptada quando se trata de atender a população de baixa renda, que em geral litiga a respeito de valores menores.

A garantia do acesso à justiça e a sua democratização significam que não somente as partes devem ter a possibilidade de iniciar o processo, mas também que lhes é assegurado uma tramitação rápida e uma decisão eficaz e eficiente. A eficácia significa a validade da decisão e a eficiência a sua adequação à situação concreta e sua viabilidade de execução de forma que seja útil, restabelecendo o *statu quo ante* ou indenizando os prejuízos causados pelo ato lesivo.

Em vários países e em diversas instituições foram criados mecanismos de arbitragem acelerada ou "*Fast-Track Arbitration*" ou ainda adotados ritos análogos. Assim, o Regulamento da Corte de Arbitragem de Madrid prevê um procedimento acelerado para casos de valor inferior a 100.000 euros, ou seja, a cerca de 300.000 reais, com árbitro único e julgamento em quatro meses³⁰. A Espanha também criou

²⁷ Tivemos o 7º lugar, em 2011, e o 4º em 2012. Estatísticas da CCI divulgadas anualmente em *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. "2006 Statistical Report", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 18, nº 1, p. 6, 2007; "2007 Statistical Report", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 19, nº 1, p. 6, 2008; "2008 Statistical Report", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 20, nº 1, p. 7, 2009; "2009 Statistical Report", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 21, nº 1, p. 6, 2010; "2010 Statistical Report", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 22, nº 1, p. 08, 2011; "2011 Statistical Report", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 23, nº 1, p. 08, 2012; "2012 Statistical Report", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 24, n. 1, p. 08, 2013.

²⁸ Informação prestada pela CCI em 25.02.2011. Vide, a respeito, WALD, Arnaldo. A evolução da arbitragem internacional no Brasil, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 23, p. 25-26, out./dez. 2009.

²⁹ Informação prestada pela CAESP em 09.11.2010. Vide também ANDRIGHI, Nancy. Arbitragem nas relações de consumo, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 9, p. 15, abr./jun. 2006.

³⁰ Art. 50, *Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid*, 2009, disponível em: http://arbitramadrid.com/web/corte/reglamento_corte. Acesso em: 07.07.2014.

um sistema arbitral de consumo ao qual as empresas se filiam e que ensejou uma grande confiança nos meios empresariais e na sociedade civil, permitindo que, em cinco anos, o número dos pedidos de arbitragem duplicasse. Na Suíça os valores vão até um milhão de francos suíços, ou seja, quase dois milhões de reais³¹. A escolha do procedimento acelerado pode ser feita tanto na convenção de arbitragem como no momento em que vai ser iniciado o procedimento e a decisão deve ser dada em seis meses, por árbitro único, e deve ocorrer, de preferência, de acordo com o regime de uma Câmara de Arbitragem. Por sua vez, a *American Arbitration Association* (AAA) regulou também uma arbitragem rápida para fins de construção que deve terminar em 45 dias a partir da sua instalação, cabendo ao árbitro dar a sua sentença nos sete dias posteriores à audiência³². Em Nova Iorque, informa-se que, além dos juízes togados, funcionavam 1.200 árbitros-conciliadores, julgando a *Small Claims Court*, cerca de 100 mil casos anualmente³³. Na Inglaterra, os *small claims* são normalmente decididos por árbitros, só indo ao juiz quando mais complexos³⁴. A eventual disparidade nos níveis dos advogados das partes, especialmente na arbitragem ao consumidor, pode ser remediada pela nomeação de um advogado *ex officio* ou pela intervenção de um *amicus curiae*.

É também possível desenvolver a arbitragem eletrônica que é aconselhada pela doutrina estrangeira especialmente nos casos de litígios trabalhistas e de consumo³⁵, mas pode também atender os casos de responsabilidade decorrentes de acidentes de circulação, que são tão numerosos em nosso país. A CCI (Câmara de Comércio Internacional), chegou a recomendar uma maior flexibilidade nas arbitragens de causas de pequeno valor, propondo que haja sempre um único árbitro e que se evitasse, se possível, a utilização da perícia, que alonga muito o processo, devendo as partes no ato de missão definir as várias etapas do procedimento, que poderão ser abreviadas e algumas delas até suprimidas, desde que garantido o direito de defesa e observados os princípios básicos do Regulamento³⁶.

Pode a arbitragem eletrônica ser utilizada em complemento à conciliação ou à mediação, quando elas não alcançam a desejada solução. Novas regras se impõem na matéria até com a finalidade de permitir que o conciliador, em casos de valores pequenos, possa funcionar, excepcionalmente, como árbitro único nos casos em que a conciliação não tiver permitido a solução do litígio.

³¹ Art. 42, *Swiss Rules of International Arbitration*, 2012, disponível em: https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_portuguese_2012.pdf. Acesso em: 07.07.2014.

³² AAA. *Construction Arbitration Rules and Mediation*, F-12, R-13, Disponível em: https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_004219. Acesso em: 14.07.2014.

³³ Bacellar, Roberto Portugal. *Juizados especiais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 72.

³⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e juizados especiais: uma miragem? In: BATISTA MARTINS, Pedro A., Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 57.

³⁵ DE FONTMICHÉL, Maximin, *Le faible et l'arbitrage*, Paris: Economica, 2013, p. 368 e ss.

³⁶ A CCI analisou a matéria num estudo intitulado *Lignes directrices pour l'arbitrage des petits litiges selon le règlement d'arbitrage de la CCI*, publicado no *Bulletin de l'Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, v. 14, nº 1, p. 29-35, 2003.

5. A Participação da OAB

No Brasil, os primeiros defensores da revisão da antiga legislação, que praticamente não permitia o seu uso, e da modernização da arbitragem foram os professores de direito, Luiz Gastão Paes Leães³⁷, Guido Fernando Silva Soares³⁸ e José Alexandre Tavares Guerreiro³⁹, e advogados, a maioria dos quais pertencentes aos Conselhos da Ordem. Assim, Severo da Costa, que estava no Conselho Seccional do Estado da Guanabara, Dunshee de Abranches e eu, que estávamos no Conselho Federal, Teophilo de Azeredo Santos, que era, na ocasião, presidente do IAB, começamos os primeiros esboços de uma lei de arbitragem. Por outro lado, dialogamos com o governo e criamos o Comitê Brasileiro da CCI, que teve papel importante no desenvolvimento do instituto em nosso país.

A OAB sempre apoiou institucionalmente a arbitragem e enfatizou o papel que nela devia desempenhar, mas a sua posição se tornou mais ativa, na matéria, a partir do início do século XXI, quando já tínhamos uma nova legislação a respeito.

Enquanto parte da doutrina considerava inviável a utilização da arbitragem para as pequenas causas, afirmando até que talvez fosse uma "miragem"⁴⁰, certos advogados nela viam uma esperança e uma semente que poderia ajudar a garantir o acesso de todos à justiça⁴¹. Talvez ambos tivessem razão no sentido de ser aconselhável uma revisão da legislação, ou uma nova regulamentação assim como uma revolução cultural, para que o uso da arbitragem fosse generalizado, inclusive nos litígios de valor reduzido.

As primeiras decisões do Conselho Federal sobre a matéria, que datam do fim do século passado, foram no sentido de não exigir que os árbitros fossem necessariamente advogados⁴², pois se pode admitir que litígios que versam sobre construção, por exemplo, sejam resolvidos por engenheiros quando se trata da resistência de material ou por médicos quando se trata de responsabilidade por erro numa cirurgia.

Na época também, o Conselho Federal opinou, num determinado caso, contrariamente à cláusula compromissória que sujeitava pessoa de direito público a uma arbitragem no exterior com aplicação da lei estrangeira. Posteriormente, mudou a sua orientação na matéria.

A atuação mais recente e contínua da OAB na matéria ocorreu em virtude de pronunciamentos, resoluções e decisões individuais nas duas últimas décadas.

Assim, ainda em 1986, o Conselho Federal, por decisão majoritária do seu plenário, reconheceu não haver incompatibilidade entre o exercício das funções de árbitro e a advocacia. Examinava-se a situação dos árbitros nos Juizados de

³⁷ *Ensaio sobre arbitragens comerciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

³⁸ *Concessões de exploração de petróleo e arbitragens internacionais*. São Paulo: José Bushatsky Ed., 1977.

³⁹ *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

⁴⁰ Carlos Alberto Carmona. *Arbitragem e juizados especiais: uma miragem?* *Op. cit.*, p. 53-71.

⁴¹ FAGUNDES CUNHA, José Sebastião, A conciliação e a arbitragem endoprocessual nos Juizados Especiais, Resultado, *Revista da Câmara Brasileira de Arbitragem*, nº 39, p. 26-27, nov./dez. 2011.

⁴² Parecer aprovado pelo Conselho Pleno no Processo nº 3.352/1988.

Pequenas Causas, que antecederam os juizados especiais. Tratam-se dos “juízes leigos” previstos pelo art. 98, I, da Constituição e propunha-se até que houvesse provimento a respeito da matéria⁴³.

Posteriormente, a mesma posição foi adotada pelo Conselho ao considerar inconstitucional o parágrafo único do art. 7 da Lei nº 9.099/1995, que se entendeu não poder derrogar o inciso IV do art. 28 do Estatuto da Ordem dos Advogados. Assim, o juiz leigo que pode ser árbitro só tem impedimento em relação ao juizado em que funciona, salvo se for integrante do quadro do Poder Judiciário.

Deixando de lado a questão das incompatibilidades e dos impedimentos, a OAB-SP se manifestou em favor do uso da arbitragem em pequenas causas, no Congresso Internacional que realizamos em São Paulo em 28.05.2010, merecendo além da nossa adesão, o apoio do Professor Álvaro Villaça Azevedo, do Desembargador Rui Stocco, assim como posição favorável do Ministério da Justiça⁴⁴.

Um ano depois, no Congresso Nacional organizado pela OAB em Curitiba, de 20 a 24 de novembro de 2011, defendemos a ampliação do mercado de trabalho dos advogados na arbitragem, quer como árbitros, quer como defensores das partes e até, na arbitragem internacional, como peritos em direito brasileiro.

Na ocasião, fizemos as seguintes considerações:

Para os advogados, a arbitragem pode e deve abrir um grande mercado de trabalho do qual tanto necessitamos. Enquanto em algumas matérias de rotina, os advogados perdem terreno, sendo substituídos indevidamente pelo tabelião ou pelo contador, outros setores do direito justificam cada vez mais a presença do advogado. É o que acontece com certos ramos, como o direito ambiental, o direito penal econômico, etc., mas também com os novos métodos de solução dos litígios, como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Por muito tempo, considerou-se a arbitragem como solução elitista, para grandes causas, mas já, hoje, é um instrumento democrático para decidir causas médias e pequenas. Já tínhamos o exemplo fecundo da conciliação no direito do trabalho, mas hoje soluções análogas ou um pouco mais sofisticadas podem ser aplicadas em todas as questões comerciais ou civis, abrangendo desde a locação, a representação comercial, até as relações de consumo. Embora haja necessidade de um consentimento formal da parte mais fraca, o recurso à arbitragem passou a sofrer um processo construtivo de banalização, podendo ser utilizado por todas as pessoas.

⁴³ Processo nº 3.208/86, *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 42, p. 34-41 set./dez. 1986.

⁴⁴ *Congresso da OAB SP defende uso da arbitragem nas pequenas causas*. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2010/05/28/6147/>. Acesso em: 07.07.2014.

O advogado pode exercer, no particular, várias funções, sendo o defensor das partes ou o perito legal para interpretar adequadamente normas legais ambíguas, ou cláusulas contratuais complexas e até contraditórias. Pode ser árbitro, indicado pelas partes, ou presidente do Tribunal Arbitral. Pode funcionar, em juízo, para impedir uma arbitragem, quando não existe cláusula compromissória, ou tratando-se de direito indisponível. Cabe-lhe, ainda, terminada a arbitragem, pleitear a sua execução ou a eventual anulação da decisão arbitral, por ter a mesma violado a ordem pública ou pela ausência de cláusula compromissória válida. Pode ainda, pleitear no STJ a homologação de sentença arbitral estrangeira, ou impugnar o mencionado pedido de homologação, se for o caso. É ainda da sua competência, requerer todas as medidas judiciais cautelares antes de constituído o tribunal arbitral.

(...)

Examinando a evolução, quiçá a revolução, que se realizou em favor da arbitragem nos últimos quinze anos, podemos prever, com algum otimismo que, no futuro, cerca de um quinto dos litígios que atualmente estão nos tribunais poderão ser resolvidos pela mediação, conciliação e arbitragem, muito mais rapidamente e com custos menores.

(...)

Para realizar essa revolução, que vai beneficiar o país e ampliar nosso mercado de trabalho, já temos os ingredientes mais importantes: uma boa lei; uma jurisprudência construtiva; uma ampla bibliografia nacional; algumas câmaras de arbitragem de nível internacional; uma tradição que se sedimentou na doutrina e que está sendo transmitida de uma geração para outra. A primeira geração, que foi a minha, sonhou com a arbitragem, escreveu teses a respeito e começou a colocá-la em prática ainda nos meados do século passado. A segunda consolidou a revolução arbitral no começo do século XXI e a terceira está, hoje, iniciando a prática da advocacia num mundo no qual a arbitragem não é mais um instituto desconhecido.

(...)

É, pois, preciso preparar mais adequadamente a nova geração para a arbitragem, nas faculdades, nos estágios, nas Câmaras de Arbitragem, nas Escolas da Magistratura, nas Seções estaduais da OAB, nos Institutos de Advogados, mediante cursos, palestras, julgamentos simulados, debates, diálogo entre advogados e o judiciário.⁴⁵

⁴⁵ WALD, Arnoldo. A arbitragem e o mercado de trabalho dos advogados. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 32, p. 95-97, jan./mar. 2012.

Apresentamos duas conclusões ao Plenário e que foram aprovadas e que são as seguintes:

Primeira Resolução:

Recomendar às autoridades federais competentes que seja incluído, no currículo obrigatório do bacharelado nas Faculdades de Direito, um semestre para estudo da mediação, conciliação e arbitragem, incentivando-se, outrossim, o mestrado nessas matérias.

A segunda Resolução é no sentido de:

Recomendar que as Seções da OAB deverão, sempre que possível, organizar uma Câmara de Arbitragem, em setores cuja área de atuação poderá variar de acordo com as necessidades locais e o modo pelo qual já tenham sido atendidas. Além de eventuais disputas entre advogados, as Câmaras da OAB poderão oferecer os seus serviços à sociedade civil, em todos os campos de atividade, devendo a matéria, com o decorrer do tempo, vir a ser regulada pelo Conselho Federal.⁴⁶

E concluímos afirmando:

Atualmente, vê-se a jurisdição arbitral mais do que um instrumento para a solução de angústias conflituosas. O árbitro, como o juiz, abandona, assim, o papel passivo que tinha no passado, para *encaminhar soluções, enfatizar o que é útil e sancionar os abusos*. Ele é um garantidor da paz social, e, especialmente, da sobrevivência da empresa num clima construtivo e de harmonia. É o juiz ativo, construtor e indutor ou criador de soluções adequadas, que já se denominou *o juiz treinador ou catalisador*. Pode-se, até, concluir que ele tem, ou pode ter, uma competência maior do que a do magistrado pertencente aos quadros da Justiça estatal, quando ela lhe é atribuída pelas partes, para encontrar e aplicar soluções inspiradas no pragmatismo ético. Para tanto, poderá recorrer não só à legislação aplicável ao contrato, mas, também, à *soft law* e à *lex mercatoria*, aos princípios gerais do direito, que inclusive, já estão, hoje, consolidados em vários instrumentos internacionais.

⁴⁶ Wald, Arnoldo. *A arbitragem e o mercado de trabalho dos advogados*. Op. cit. p. 97-98.

Se o mundo se caracteriza pela audácia da esperança e pela ditadura da urgência, também se deve enfatizar a audácia da criatividade, que abrange tanto o diagnóstico dos problemas como a apresentação de soluções. Como bem salienta Tullio Ascarelli, “na atual crise de valores, o mundo pede aos juristas ideias novas, mais do que sutis interpretações”⁴⁷. É o que a nossa XXI Conferência pretende oferecer à sociedade civil brasileira.⁴⁸

Posteriormente, em decisão de 26.11.2013, o Conselho Pleno decidiu, no processo 49.0000.2013.011843-1/COP, reconhecer que “a atuação como árbitro é modalidade legítima e que faz parte da natureza da advocacia.” O voto do relator, Conselheiro Danilo Correia Mota chegou a essa conclusão, tendo proposto a modificação de ementa anterior do órgão especial em sentido diverso⁴⁹. Embora o Conselho tenha apreciado, no caso, o direito ao recebimento dos honorários do árbitro pela sociedade de advogados que ele integra, os efeitos da decisão são mais amplos, pois asseguram ao árbitro que é advogado, toda a proteção que é dada à classe pelo Estatuto da OAB, abrangendo, por exemplo, a confidencialidade.

Conclui-se, pois, que todo árbitro não precisa ser advogado, mas que, quando se trata de solução de questão de direito, a função de árbitro deve ser exercida por um advogado, que tem todos os direitos e deveres, as prerrogativas e as restrições estabelecidas pela legislação da classe.

Se pensarmos no papel futuro da OAB na arbitragem, poderemos reconhecer que algumas das conclusões do Congresso de 2012 produziram os seus frutos, embora devessem ser complementados.

No tocante ao ensino dos princípios e da prática da arbitragem, já existem cursos e inúmeros seminários, tendo algumas faculdades e escolas de advocacia e de magistratura incluído a matéria no seu currículo. Falta, todavia, uma formação completa e integrada na vida brasileira, que poderia ser organizada sob a forma de um mestrado em arbitragem, que garantisse aos interessados o seu ingresso no respectivo mercado de trabalho. No exterior, existem algumas faculdades que se dedicam ao assunto, destacando-se todavia pela sua importância a Faculdade criada em Versalles, por Thomas Clay e outros arbitralistas, que recebe professores e advogados nacionais e estrangeiros e dá um diploma de mestrado em arbitragem. Tal curso poderia ser idealizado e planejado pela OAB, em parceria com Faculdades e a Magistratura, tendo também a colaboração do empresariado nacional e fazendo convênios com universidades, institutos e associações de advogados e câmaras arbitrais nacionais e estrangeiras. Teria como finalidade consolidar e divulgar a cultura da arbitragem, além de preparar um bom número de profissionais

⁴⁷ ASCARELLI, Tullio. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1952, p. 329.

⁴⁸ WALD, Arnoldo. *A arbitragem e o mercado de trabalho dos advogados*. Op. cit. p. 98-99.

⁴⁹ DOU-I, 02.12.2013, p. 80.

especializados para atender, como advogados ou árbitros, um novo mercado de trabalho que se esboça no futuro. Também permitiria uma melhor divulgação internacional da arbitragem realizada no Brasil ou por advogados brasileiros. Permitiria, assim, que fosse reconhecido um dos nossos centros financeiros e comerciais como sendo também a capital da arbitragem da América Latina, tendo um papel análogo embora talvez mais reduzido que o que exercem Londres, Paris, Nova Iorque e Xangai nas suas respectivas áreas de influência⁵⁰.

A decisão de criação da Câmara de Arbitragem nas seções da OAB, que quisessem organizá-las, tem sido discutida no Conselho Federal, opinando vários dos seus integrantes para que elas tenham competência restrita aos litígios entre advogados, ou referentes à profissão. Considerando a existência de grande número de Câmaras para atender as grandes causas e eventualmente as causas médias, nas grandes capitais do país, não haveria muita razão para criação no momento de mais uma entidade para esse fim, a não ser nas regiões em que não houvesse órgão local idôneo para esse fim, podendo a Seção da OAB preencher essa lacuna, até com uma competência mais ampla. Mas o grande problema que o Brasil enfrenta é a necessidade de utilizar a arbitragem em grande escala para as questões menores que não podem arcar com grandes despesas nem aguardar o tempo necessário para um julgamento que só se realizará anos depois ou, no mínimo, decorridos 18 meses.

Trata-se de um problema em relação ao qual, como já salientamos a doutrina não vê solução para causas de menos de um milhão de reais e a solução dada pela legislação dos juizados especiais não tem sido considerada a mais adequada, mesmo se funciona em alguns casos.

Várias soluções podem ser propostas pela OAB, algumas mais restritas e, em tese, mais fáceis e de implantação mais rápida, outras mais complexas, necessitando de mudanças legislativas ou de regulamentação própria.

Devemos reconhecer que temos no Brasil um bom número de advogados, mas que a justiça não tem nem a rapidez nem a eficiência que todos desejaríamos. Há, assim, uma capacidade relativamente ociosa de uma mão de obra qualificada e que pode ser aprimorada ou especializada na arbitragem e atender a necessidade de soluções rápidas e eficientes. A nossa época é a da destruição criativa⁵¹ mas também da audácia da esperança⁵² e da tirania da urgência⁵³. É preciso ter a coragem de pensar e de inovar, evitando a armadilha de conceitos obsoletos⁵⁴ e compreendendo que a arbitragem pode ser realizada, conforme o caso, de modo diferente, mantendo-se os mesmos princípios, mas modificando-se a sua forma e o seu ritual. Não há dúvida que o atual sistema dos juizes leigos, que pode funcionar

⁵⁰ WALD FILHO, Arnoldo. São Paulo: capital da arbitragem na América Latina, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 23, p. 45-48, out./dez. 2009.

⁵¹ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism, and democracy*. New York: Harper & Brothers, 1950, Cap. *The Process of Creative Destruction*.

⁵² OBAMA, Barack. *The audacity of hope*. New York: Crown, 2006.

⁵³ FINCHELSTEIN, Gilles *La dictature de l'urgence*. Paris: Fayard, 2011.

⁵⁴ Alvin Toffler and Heidi Toffler. *Revolutionary wealth*. New York: Alfred Knopf, 2006, Cap. *The obsolete trap*, p. 111.

como árbitros, e o do sistema defensoria pública cujos integrantes não são suficientes para implantar uma arbitragem que, especializada e ética, possa atender um quinto ou até um terço dos atuais litígios em curso nos nossos tribunais. É preciso lembrar que em Nova Iorque, no juizado de pequenas causas, cerca da metade dos feitos são solucionados por arbitragem⁵⁵. Ao contrário, no Brasil, ao que parece, só temos poucas experiências, em alguns Estados, como, por exemplo, o Paraná.

Um primeiro passo poderia ser feito mediante a ampliação dos convênios entre os Estados e a OAB, para suprir a ausência de defensores públicos, abrangendo em tais convênios, que existem, por exemplo, em São Paulo, o funcionamento de advogados na arbitragem nos casos de justiça gratuita, que tratam, na maioria dos casos, das pequenas causas. Não haveria ônus para o cliente e o Estado arcaria com as despesas, na mesma base que nas ações judiciais. Poder-se-ia até imaginar ou prever que, em tais casos, a sucumbência da parte não favorecida pela justiça gratuita seria colocada num fundo próprio. Se fosse possível transferir para o Poder Judiciário o valor das custas judiciais, como ocorre no Rio de Janeiro, um pequeno percentual desse valor poderia ser creditado para pagamento de advogados que funcionam na arbitragem ou eventualmente admitir-se-ia até uma taxa complementar de 0,2 por mil nas custas judiciais pagas pelos demandantes para atender essa finalidade.

Mas, caberia reinventar uma arbitragem para pequenas causas e até causas médias de complexidade fática aparente ou tão somente alegada por uma das partes para ganhar tempo. Dá para conceber que, mantendo os princípios básicos da arbitragem, se possa realizá-la num prazo curto ou curtíssimo, ou seja, que poderia ser instantânea, ou seja, com uma decisão imediata após a apresentação do litígio, ou, havendo documentos escritos apresentados pelas partes, seria viável uma decisão entre 15 e 45 dias, indo no máximo a três meses. Este sistema, que necessitaria de uma regulação própria flexível, seria posto à disposição dos juízes, para que, conforme o caso, pudessem remeter o caso aos árbitros, que seriam advogados especializados, com curso de arbitragem e perante os quais funcionariam os advogados das partes, com funções idênticas à defensoria pública. Informa-se que, no exterior, para cada juiz de carreira, existem dez até muito mais, juízes leigos ou advogados incumbidos da arbitragem⁵⁶, sem o prejuízo da livre escolha que poderia ser feita de preferência em lista organizada pela OAB, admitindo-se, em casos mais complexos a necessidade ou conveniência de homologação da decisão arbitral pelo juiz em 48 horas, com a finalidade tão somente de evitar sentenças arbitrais aberrantes. Nas pequenas causas e outras equiparadas, não haveria recurso, cabendo em casos especiais, o mandado de segurança cuja interposição descabida deveria levar a aplicação de sanções econômicas sérias e de eventual depósito prévio de valor relevante.

⁵⁵ CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da estruturação e do funcionamento do Juizado de Pequenas Causas da Cidade de Nova Iorque, In: Kasuo Watanabe (Coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 28-29.

⁵⁶ Bacellar, Roberto Portugal. *Op. cit.*, p. 72.

A sucumbência à qual aludimos nem sempre é descabida, pois nas ações de consumidores e de usuários de serviços públicos e até em algumas questões de direito bancário, as decisões tomadas têm grande repercussão e modificam a jurisprudência, podendo justificar a presença de advogados mais especializados e a obtenção de soluções arbitrais que acabam, em assunto que não são básicos, firmando uma tendência dos tribunais.

Também em todos os processos judiciais, poder-se-ia autorizar o juiz a nomear conciliador ou árbitro, para obter o consenso das partes a respeito de certas questões ou dirimi-las quando se trata de matéria técnica, que não é do conhecimento do julgador. O sistema muito empregado no direito norte-americano se justifica especialmente havendo acordo das partes para que a arbitragem ocorra em relação a determinadas matérias ou para, numa certa fase, do judiciário terminar de vez o mesmo.

Na Inglaterra, informa-se que 60% dos litígios de consumo são resolvidos em meia hora.⁵⁷

Não se trata de imitar o que se faz em outros países, mas de estudar o direito comparado e a prática estrangeira, adaptando-os às necessidades e possibilidades do nosso país, que não pode aguardar mais algumas décadas para superar a crise da Justiça que estamos enfrentando.

6. Conclusões

Podemos concluir afirmando que:

a) A arbitragem é um instituto importante para a boa distribuição da justiça e a paz social. Ela se consolidou e se expandiu extraordinariamente, nos últimos vinte anos, no mundo inteiro e especialmente no Brasil.

b) É essencial a participação da OAB na implantação de um sistema de conciliação e arbitragem eficaz e eficiente, em todo o território nacional para que todas as classes sociais tenham acesso à Justiça. É missão que decorre da função social da OAB, como órgão representativo dos advogados considerados como auxiliares da Justiça (art. 133 da Constituição), pois o árbitro se equipara ao juiz (art.18 da Lei nº 9.307/1996).

c) Os advogados funcionando nas arbitragens, sob a supervisão da OAB, podem suprir ou completar a atuação da Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134 da Constituição).

d) Os magistrados podem também ser auxiliados ou substituídos, na forma da lei, por advogados, que funcionam como juízes não togados (art.98, inc. I da Constituição) ou como árbitros, por sugestão, indicação ou determinação judicial ou por acordo das partes.

⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 57.

e) Sendo atribuições da OAB tanto “pugnar pela rápida administração da justiça” como estabelecer o regime da advocacia (art. 44 do Estatuto), justifica-se a sua atuação para, ampliar e democratizar o uso da arbitragem no interesse público e social e ainda como instrumento para a criação de novo e maior mercado para a profissão.

f) Cabe-lhe, pois, difundir a arbitragem, assegurando, outrossim, aos advogados, diretamente ou por convênios, a formação própria para funcionarem nos processos arbitrais, como defensores das partes, árbitros ou peritos legais.

g) No Programa Nacional de Estratégia Nacional de Não Judicialização (ENAJUD), a OAB já firmou, em 02.07.2014, Acordo de Cooperação Técnica com o Ministério da Justiça, podendo, pois, propor mudanças institucionais, legislativas, regulamentares ou práticas adequadas para realizar uma nova parceria construtiva entre o Poder Judiciário e os árbitros, superando assim nossa atual “a cultura do litígio” e prevenindo e reduzindo os litígios, além de diminuir o número dos mesmos, sua duração e seus custos.

Referência Bibliográfica

- ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Les juges dans la mondialisation*. Paris: Seuil, 2005.
- ANDRIGHI, Nancy. Arbitragem nas relações de consumo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 9, p. 15, abr./jun. 2006.
- ASCARELLI, Tullio. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1952.
- BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e juizados especiais: uma miragem? *In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 53-71.
- CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da estruturação e do funcionamento do Juizado de Pequenas Causas da Cidade de Nova Iorque, *In: Kasuo Watanabe (Coord.), Juizado Especial de Pequenas Causas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 28-29.
- CUNHA, José Sebastião Fagundes. A conciliação e a arbitragem endoprocessual nos Juizados Especiais, *Resultado, Revista da Câmara Brasileira de Arbitragem*, nº 39, p. 26-27, nov./dez. 2011.
- DAVID, René. Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains, *In: Archives de Philosophie du Droit*, nº 8, Paris : Sirey, 1963.
- FINCHELSTEIN, Gilles. *La dictature de l'urgence*. Paris: Fayard, 2011.
- FONTMICHÉL, Maximin de. *Le faible et l'arbitrage*. Paris: Economica, 2013.
- GALANTER, Marc. Justice in many rooms: courts, private ordering and indigenous law. *Journal of Legal Pluralism*, nº 19, p. 1-47, 1981.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

JESTAZ, Philippe. Une question d'épistémologie à propôs de l'affaire Perruche, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº 3, juil./sept. 2001.

JOSSERAND, Louis. *Évolutions et actualités*, Paris: Sirey, 1936.

KASSAB, Gilberto. Abertura do I Seminário Internacional de Mediação e Arbitragem da OAB/SP, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 24, p. 26-27, jan./mar. 2010.

LEÃES, Luiz Gastão Paes. *Ensaio sobre arbitragens comerciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

MENDES, Gilmar. *Pronunciamento na Abertura do Ano Judiciário*, 02.03.2009.

NALINI, José Renato. Discurso proferido no IASP em 21.02.2014, resumido na *Revista Letrado*, nº 108, p. 13, jan./fev. 2014.

OBAMA, Barack. *The audacity of hope*. New York: Crown, 2006.

PELUSO, Cezar. *Discurso de posse como presidente do STF*, proferido em 23.04.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoPeluso.pdf>. Acesso em: 10.07.2014.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism, and democracy*. New York: Harper & Brothers, 1950.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Concessões de exploração de petróleo e arbitragens internacionais*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

TOFFLER, Alvin; TOFFLER, Heidi. *Revolutionary wealth*. New York: Alfred Knopf, 2006.

TOFFOLI, José Antonio Dias. Cultura do conflito precisa ter um fim. *Correio Braziliense*, Brasília, 27 jun. 2010, p. 18.

UYEDA, Massami. Justiça tem que ser conciliatória, diz ministro. *Consultor Jurídico*, 20 jan. 2011.

WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e o *dipute boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 6, p. 9-24, jul./set. 2005.

WALD, Arnoldo. A arbitragem e o mercado de trabalho dos advogados. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 32, p. 95-97, jan./mar. 2012.

WALD, Arnoldo. A evolução da arbitragem internacional no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 23, p. 25-26, out./dez. 2009.

WALD, Arnoldo. Arbitration in Brazil: case law perspective. In: MUNIZ, Joaquim T. de Paiva; BASÍLIO, Ana Tereza Palhares (Ed.). *Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure*, Huntington, NY: Juris Publishing, 2006.

WALD FILHO, Arnoldo. São Paulo: capital da arbitragem na América Latina. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, nº 23, p. 45-48, out./dez. 2009.

O Inquérito Civil como Instrumento Efetivo e Resolutivo na Tutela dos Interesses Transindividuais – Desjudicialização, Contraditório e Participação

The Civil Investigation as an effective and resolutive instrument in the defense of transindividual interests – Reduction of Judicial Involvement, Adversary Proceeding and Participation

Bruno de Sá Barcelos Cavaco*

Sumário

1. Introdução. 2. Inquérito Civil, Contraditório e Constitucionalização. 3. Inquérito Civil, Natureza dos Interesses Transindividuais e Desjudicialização. 4. Cooperação e Comparticipação. 5. Institutos Congêneres no Direito Comparado. 6. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Resumo

Este breve ensaio tenciona lançar ideias quanto à efetivação do Inquérito Civil no contexto da desjudicialização de conflitos, adequando-o aos novos rumos do processo civil coletivo, bem como funcionalizando-o como instrumento de atuação prática do direito pelos colegitimados à tutela coletiva dos interesses transindividuais, máxime no que pertine às práticas mediativas e restaurativas, mediante a colaboração e comparticipação das partes e, ainda, indicar similitudes com institutos congêneres no direito comparado.

Abstract

This paper aims at providing ideas on the effectiveness of the Civil Inquiry in the context of the reduction of the judicial involvement through access to justice, adapting it to new directions of the collective civil proceedings, as well as making it serve as an instrument for the practice of law by those co-plaintiffs in the collective protection of transindividual interests, especially regarding the mediating and restorative practices through collaboration and participation of the parties. Further, it will also point out similarities with corresponding procedures in Comparative Law.

* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: brucavaco@hotmail.com.

Palavras-chave

Inquérito Civil. Efetividade. Interesses Transindividuais. Desjudicialização. Contraditório. Participação.

Keywords

Civil Investigation. Effectiveness. Transindividual Interests. Reduction of the Judicial Involvement. Adversary Proceeding. Participation.

1. Introdução

O instituto do inquérito civil originariamente teve repouso legal na Lei nº 7.347/1985, tendo 03 (três) anos após, com a edição da Carta Republicana de 1988, adquirido *status* constitucional.

A partir do regramento constitucional do instituto, outros Diplomas Legais também previram o inquérito civil em seus respectivos textos normativos, tais como a Lei Federal nº 7.853/1989 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990).

De igual modo, as Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais e do Ministério Público da União¹ encerraram disposições concernentes ao instituto do inquérito civil.

Enfim, com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), deu-se a consolidação do denominado microsistema da tutela coletiva, sistema de natureza policêntrica marcado pela interpenetração recíproca de normas unidas por princípios e lógica jurídica comuns, na esteira dos mandamentos normativos insertos no art. 21, da Lei nº 7.347/1985 e no art. 90, Lei nº 8.078/1990.

Nessa toada, robustecendo a feição democrática conferida ao *Parquet*, o Constituinte Originário alçou como função institucional do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos².

A partir do delineamento constitucional em tela, a doutrina e a jurisprudência pátria sempre realçaram o aspecto eminentemente instrumental do inquérito civil, destinado precipuamente a conferir estribo fático-probatório à propositura da ação civil pública³.

Conforme noticiam Didier Jr. e Zaneti Jr.⁴, o Exmo. Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, enquanto exercente da função de assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, ao exarar manifestação no processo alusivo ao Projeto de Lei que viera a se converter na Lei nº 7.347/1985, já dava destaque à instrumentalidade essencial e caracterizadora do inquérito civil.

¹ Respectivamente, o art. 26, inciso I da Lei nº 8.625/1993 e o art. 6º, da Lei Complementar nº 75/1993.

² Art. 129, inciso III, da CR/1988.

³ Por todos, MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 22ª ed. Editora Saraiva, 2009.

⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo*. v. 4. 6ª ed. Editora JusPodivm, 2011.

À época, o eminente decano do Pretório Excelso asseverava que:

Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura, um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública⁵.

No mesmo diapasão, Carvalho Filho⁶ anota que “o inquérito civil é um procedimento administrativo de colheita de elementos probatórios necessários à propositura da ação civil pública”.

A visão ora detectada é consecutória de seu tempo, sendo ainda proeminente nos dias atuais, face à excessiva judicialização dos conflitos, sejam eles individuais ou coletivos⁷, como se a pena do juiz fosse necessariamente a única e exclusiva tradutora do acesso à ordem jurídica justa⁸.

Em outras palavras, sempre se desenvolveu no Brasil a equivocada crença de que o *locus* para toda e qualquer resolução de conflitos deveria ser o Poder Judiciário, visão, aliás, extremamente redutora (e autoritária), pois se assenta na premissa de que a resolução de conflitos seja uma exclusividade da jurisdição.

Não se trata de minorar a importância hodierna do Poder Judiciário, vez que, ao lado do sufrágio universal, a garantia irrestrita de acesso à jurisdição talvez seja a conquista mais representativa do Estado Democrático de Direito.

Bem ao revés!

⁵ *Idem, Ibidem*, p. 225.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública. Comentários por Artigo*. 7ª ed. Lumens Juris Editora, 2012.

⁷ Ao longo do ensaio o vocábulo coletivo será utilizado em sinonímia com as conceituações estabelecidas dentro do gênero trans ou metaindividual, classificação tripartida consagrada pelo art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

⁸ SALLES, Carlos Alberto de. *Processo: Procedimento Dotado de Normatividade*. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro*. Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013. O destacado Professor Paulista e ex-membro do Ministério Público destaca que: “Por outro lado, é necessário ir ainda um pouco mais longe: afirmar a precedência, em algumas circunstâncias, das formas consensuais de solução de controvérsias em relação àquelas adjudicatórias. As partes, ao resolverem consensualmente uma disputa pendente entre elas, podem chegar a uma solução melhor que aquela que seria adjudicada por um juiz ou árbitro. A esse propósito, cresce a consciência quanto aos predicados das soluções de consenso. Elas são menos disruptivas das relações entre as partes, podem ser alcançadas com maior imediatidade, são menos custosas para os interessados e para o sistema judicial, além de permitirem abranger a integralidade do conflito, isto é, o conjunto de controvérsias pendentes entre as partes – não apenas aquela levada a juízo. O reconhecimento do valor das soluções consensuais ocorre mesmo diante da constatação de que, em situações determinadas, ele podem produzir resultados indesejáveis”.

Aliás, na presente quadra histórica, não se pode olvidar que a crise de legitimação estatal a acoirar fundamentalmente os países periféricos coloca o Judiciário em papel de proeminência, ocupando espaços contramajoritários e conferindo concretude aos direitos fundamentais não observados pelas demais instâncias políticas⁹⁻¹⁰⁻¹¹.

Com efeito, apenas se assevera que a pós-modernidade, impregnada e informada pelo valor da solidariedade¹², não mais se contenta com a resolução de conflitos exclusivamente pela arena judiciária.

Transparece, portanto, como indispensável a necessária associação da ideia de acesso à justiça à ideia de acesso ao direito, de modo que antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, o Estado deve dedicar-se diretamente à concretização da expectativa de gozo dos direitos dos cidadãos¹³.

Destarte, mister se caminhar em direção ao paulatino rompimento do paradigma demandista, nota típica dos países (especialmente os periféricos) que adotaram o sistema da *civil law*.

O princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, para aqueles que o enxergam inserto na norma constitucional estampada no art. 129, inciso III, da Carta de outubro¹⁴, deve, pois, ser revisto (ou, ao menos, mitigado) em um cenário que a judicialização nem sempre logra êxito em tutelar efetiva e eficazmente o subjacente bem da vida.

Tencionase, pois, por meio do presente lançar mão de *ideias direcionadas a reavivar e potencializar a função do inquérito civil, à luz de cânones participativos, policêntricos, dinâmicos e eminentemente consensuais*¹⁵, com vistas a *lhe conferir autonomia para a tutela dos direitos e interesses transindividuais*.

São esses os eixos temáticos que perpassam pela construção do presente ensaio.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

¹⁰ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. In: *Novos Estudos, CEBRAP*, nº 58, nov. 2000.

¹¹ ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. v. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 39. O autor, inclito Desembargador do Tribunal de Justiça Catarinense, afirma que “essa tendência contemporânea traduz uma radical mudança de perfil do Judiciário, que passa a ter um crescente envolvimento com a questão social, abdicando progressivamente de uma postura positivista normativista, inacessível, transformando-se numa instituição central à democracia brasileira”.

¹² *Idem, Ibidem*, p.143.

¹³ GRECO, Leonardo. *O acesso ao Direito e à Justiça*. Estudos de Direito Processual, p. 197-223, 2005.

¹⁴ Para o autor, a dicção constitucional em exame estabelece, em igual estatura normativa, o inquérito civil e a ação civil pública como instrumentos idôneos e preordenados à efetiva e adequada tutela dos direitos metaindividuais.

¹⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

2. Inquérito Civil, Contraditório e Constitucionalização

Fincado nos pilares acima enunciados, frise-se, desde logo, que tal como estampado no art. 5º, inciso LV, da Carta Republicana, o vetor constitucional do contraditório, em seu viés participativo, se traduz em inequívoco princípio de índole política.

O contraditório participativo detém incontestemente gene democrático, vez que traz como corolários a possibilidade de prévia e efetiva participação racional na produção e construção daquela determinada decisão estatal, de modo a influir e conformar o seu resultado.

Contudo, nem sempre foi assim.

Segundo PICARDI¹⁶, à época do vetusto processo patrimonialista observado e praticado no século XIX, o contraditório possuía carácter meramente formal e secundário, em um cenário de hipertrofia positivista.

Nessa moldura, o contraditório não detinha qualquer eficácia para a conformação das decisões estatais a serem emanadas.

No mesmo diapasão, anota Nunes¹⁷ que fora neste momento que:

Começa a ocorrer a decadência do princípio do contraditório eis que se tende a um abandono do diálogo genuíno e a uma supervalorização da razão, que torna o contraditório uma mecânica contraposição de teses (dizer e contradizer), ou mesmo uma prova de força.

A partir do pós-guerra, o contraditório passa a assumir sua feição garantística e participativa atual, sendo inequívoco instrumento de legitimação democrática das decisões estatais.

O contraditório traz a reboque, portanto, o indelével timbre do diálogo humano, com o que se amplia o campo de observação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e, ainda, favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado¹⁸.

In casu, introjetar tanto quanto possível o contraditório¹⁹ para o bojo do inquérito civil possibilita o fluxo discursivo das partes de um dado conflito metaindividual em um ambiente informado pelo *due process of law*, expungindo, pois, qualquer traço autoritário no agir ministerial.

¹⁶ PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars. Le matrici storico-culturali Del contraddittorio. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2004.

¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do Contraditório: uma Garantia de Influência e de não surpresa. *In: Constituição, Direito e Processo. Princípios Constitucionais do Processo*. TAVARES, Fernando Horta (Coord.). Curitiba: Juruá, 2007.

¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁹ Para PICARDI, o contraditório encerra a função de um verdadeiro “*cardine della ricerca dialettica*”. *Op cit.*, p. 21-22.

Contextualizadas em breves linhas as características marcantes do contraditório, mister se incursionar sobre sua aplicação em sede de inquérito civil.

Na esteira do que já acima se delineara, o privilegiado realce dado à instrumentalidade do inquérito civil resta inserido em um processo histórico-social que coloca a jurisdição estatal como *prima ratio* das resoluções de conflitos.

Em decorrência, reduzir o inquérito civil à sua função investigatória obnubila suas claras potencialidades de se transmutar em um instrumento verdadeiramente efetivo e resolutivo na tutela dos interesses transindividuais.

Com a argúcia habitual, sinalizam Didier Jr. e Zaneti Jr.²⁰ que “em verdade o que importa observar no curso do procedimento são as garantias constitucionais atinentes ao Estado Democrático de Direito, se existe risco de malferir essas garantias e existe interesse público em preservá-las, o Ministério Público deverá zelar por esse interesse também no inquérito civil”.

E, nesse ritmo argumentativo, prosseguem os autores pontificando que:

Obviamente, a função investigatória do inquérito civil atenua a garantia do contraditório, mas não a elimina. É possível afirmar que, atualmente, vivemos uma fase de ‘processualização’ dos procedimentos: os procedimentos, na medida em que são métodos de exercício do poder, vêm sendo modulados com a previsão de respeito ao princípio do contraditório, e isso pode ser visto com a difusão da ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (aplicáveis no âmbito das relações jurídicas privadas), na consolidação da garantia do contraditório no âmbito administrativo com a Constituição Federal de 1988.

As garantias inseridas na noção do denominado *processo justo*²¹, portanto, não se restringem somente à seara judicial, espalhando seus efeitos normativos também aos procedimentos extrajudiciais, tal como o inquérito civil.

Bebendo na fonte de doutrina peninsular de escol²², SALLES²³ comunga de uma das ideias centrais veiculadas neste singelo ensaio, ao enunciar que “é do próprio Fazzalari²⁴ a tentativa de uma concepção do processo mais abrangente,

²⁰ *Idem, Ibidem*, p. 231.

²¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto)*, in: Revista de Processo, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abr.-jun. de 1998, n° 90, p. 95-150. Examinando o tema também sob o viés do ordenamento pátrio: GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Novos estudos jurídicos, v. 7, n° 14, 2008.

²² FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, Pádua, CEDAM, 1994.

²³ SALLES, Carlos Alberto de. *Op. cit.*, p. 205.

²⁴ O eminente doutrinador italiano Elio Fazzalari explicita, nesse passo, que: “se, em primeira aproximação, indicamos como ‘provimento’ os atos com os quais os órgãos do Estado (os órgãos que legislam, aqueles que governam em sentido lato, aqueles que prestam justiça e assim por diante) emanam, cada qual no âmbito de sua própria competência, disposições imperativas, e como ‘procedimento’ a sequência de atividades que

aproximando esse conceito daquele de procedimento, valorizando o contraditório e permitindo sua extensão a outros processos decisórios estatais”.

Por seu turno, Grinover²⁵ pontifica que:

O processo civil moderno é banhado pela cláusula do devido processo legal, assegurada expressamente pela Constituição da República (art. 5º, LIV), vista – como já tive oportunidade de afirmar – não apenas sob o enfoque individualista da tutela de direitos subjetivos das partes, mas sobretudo como conjunto de garantias objetivas do próprio processo, como fator legitimante do exercício da jurisdição. Tais considerações, cumpre desde logo observar, são igualmente válidas para o âmbito administrativo (certo que com as peculiaridades de que se reveste essa função estatal), quer pela expressa previsão do texto constitucional, quer pela ênfase que vem recebendo da autorizada doutrina a “processualidade” do direito administrativo.

Como bem destaca Medauar²⁶, “entre administrativistas e processualistas, registra-se tendência à aceitação de uma processualidade que vai além daquela vinculada à função jurisdicional, admitida, assim, a processualidade no âmbito da Administração Pública”.

A esta altura impende, pois, pontificar que o inquérito civil, assim como qualquer outro instituto de índole processual ou procedimental, não pode ficar infenso à cogente normatividade constitucional.

Assim, conforme recorda Pinho²⁷, grandes expoentes do direito processual mundial²⁸ já sedimentaram a teoria segundo a qual o direito constitucional é o tronco da árvore, e o direito processual é um de seus ramos.

precede o provimento, o prepara, e com ele se conclui, se acolhemos essa primeira sumária noção, estamos no ponto de constatar que, em regra, o provimento de um órgão do Estado constitui, exatamente, a conclusão de um procedimento, o ato final desse mesmo procedimento: no sentido de que a lei não reconhece ao provimento validade e/ou eficácia se esse não é, entre outros, precedido da série de atividades preparatórias estabelecida pela própria lei. Se, pois, ao procedimento de formação do provimento, às atividades preparatórias através das quais se verifica o pressuposto do provimento mesmo, são os ‘interessados’ ainda chamados a participar em contraditório, em uma ou mais fases, atingimos a essência do ‘processo’: que é, exatamente, um procedimento do qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre eles, os ‘interessados’, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato”. *Op. cit.*, p. 75 (traduzido do original).

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Antecipação de tutela no inquérito civil à luz das garantias constitucionais fundamentais do contraditório e da prova inequívoca. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, nº 8, 2010.

²⁶ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

²⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). *A Nova Lei de Mediação Brasileira. Comentários ao Projeto de Lei nº 7.169/2014*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume Especial, disponível em <http://www.redp.com.br>.

²⁸ Por todos, TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974; CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Giuffrè, Milano, 1973; TARUFFO, Michele; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 1998; MORELLO, Augusto M. *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, Ed. Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1998.

Ou seja, não é possível conceber uma única regra processual que não tenha sido inspirada na atmosfera constitucional²⁹.

Nas precisas palavras de Mitidiero³⁰,

o regime jurídico eficaz dos direitos fundamentais trouxe inegável contribuição à compreensão e à aplicação do direito processual civil. A teorização acerca da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF), da interpretação conforme aos direitos fundamentais e da vinculação do Estado e dos particulares aos direitos fundamentais constitui aspecto que já não se pode mais ignorar no momento da aplicação do processo civil.

E arremata o eminente autor gaúcho ao afirmar que:

Pensar o processo civil sem esses generosos aportes oriundos do direito constitucional (isto é, da Constituição, que é a forma histórica do direito do nosso tempo, tal como fora o “Código” a forma histórica da legislação, por excelência, do século XIX) significa mantê-lo refém de uma postura descompassada das exigências do direito contemporâneo e, portanto, fundamentalmente alheio à sociedade civil, em suma, às determinantes culturais de nossa época.

Tal fecundo fenômeno não passou despercebido ao olhar atento de abalizada doutrina pátria.

Em obra paradigmática, ao construir o conceito ideal de *formalismo-valorativo*, Oliveira³¹ estatui que:

Mesmo as normas aparentemente reguladoras do modo de ser do procedimento não resultam apenas de considerações de ordem prática, constituindo na fundamental expressão das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes a determinada sociedade e a ela características. Daí a ideia, substancialmente correta, de que o *direito processual é o direito constitucional aplicado*, a significar essencialmente que

²⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção temas atuais de direito processual civil; v.14.

³¹ *Idem, Ibidem*, p.75.

o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e pacificação social.

No mesmo diapasão, CAMBI³² confere à constitucionalização das garantias fundamentais aplicadas ao processo a etiqueta de *neoprocessualismo*.

Impende assinalar, por oportuno, que as ideias em comento não se confundem com corrente processual chamada *instrumentalidade do processo*³³.

A visão instrumental de processo coloca a jurisdição como epicentro de toda a teoria do processo civil, ao passo que a abordagem neoprocessual insere a democracia participativa como polo metodológico central da teoria do processo civil contemporâneo³⁴.

Com efeito, o irreversível influxo constitucional, permeado pela ideia de democracia participativa (e discursiva), conduz, portanto, que procedimentos comparticipativos (e não necessariamente judicializados) sejam o *locus* adequado para o exercício direto do poder pelo povo.

A simbiose entre direito e legitimidade, vista a partir de uma compreensão procedimentalista do direito³⁵⁻³⁶ (teoria discursiva da democracia), faz com que se institucionalize o denominado princípio do discurso, por meio da cogente principiologia constitucional³⁷.

Em sendo assim, em um cenário pós-positivista de ponderação constitucional de mandados de otimização³⁸, pode e deve o Ministério Público observar o

³² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, nº 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http://www.panoptica.org>.

³³ Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

³⁴ MITIDIERO, Daniel, *op.cit.*, p. 48-49. O referido autor bem identifica que “a jurisdição não pode mais ser colocada como centro da teoria do processo civil. Insistir nessa postura revela uma visão um tanto quanto unilateral do fenômeno processual, sobre ignorar a dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar na teoria do direito constitucional hodierno. (...) Ademais, a democracia participativa, tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo. Nessa quadra, potencializa-se o valor participação no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo, a fim de que esse se constitua, firmemente, como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais”.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. trad. Flávio Beno Siebenecheler, 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

³⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 216. O eminente autor pontifica que “no paradigma procedimental de Estado Democrático de Direito, impõe-se a prevalência concomitante da soberania do povo e dos direitos fundamentais em todos os campos, mas, especialmente, na esfera estatal, na qual existe a constante formação de provimentos que gerarão efeitos para uma pluralidade de cidadãos”.

³⁷ MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O que é um Modelo Democrático de Processo?* Disponível em: www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf. Consulta em: 16.out.2014.

³⁸ Por todos, ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso. Estudos para a Filosofia do Direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 e SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Lumen Juris, 2003.

contraditório no bojo do inquérito civil, *desde que não haja concreta vulneração do seu precípuo escopo investigatório, considerando que o desenvolvimento procedimental expressa uma pluralidade de valores, não apenas um valor único*³⁹.

*Tem-se, pois, que a função investigatória ínsita ao inquérito civil não lhe poda a possibilidade de ser um instrumento catalisador de soluções desjudicializadas*⁴⁰, *com a plena e eficaz participação de tantos quantos possam contribuir para a resolução dialética e consensual do conflito metaindividual.*

E quanto mais participativo possível for o inquérito civil, melhor será a qualidade da prova nele produzida, seja ela estribo fático-probatório para a propositura de uma ação civil pública, seja ela substância norteadora do consenso estabelecido extrajudicialmente.

Nessa perspectiva, não se pode perder de vista que em *hipóteses de necessária judicialização do conflito coletivo*, a observância do contraditório qualificará a carga probatória da prova produzida em sede de inquérito civil, primando, pois, em via reflexa, pelos princípios da duração razoável do processo e economia processual⁴¹⁻⁴².

De outro flanco, a assimilação do contraditório pelo inquérito civil pode redundar, ainda, em inconteste democratização do acesso à prova pelos demais legitimados inseridos no microsistema da tutela coletiva, máxime as associações.

Segundo Cappelletti⁴³, partindo de um recorte específico europeu,

o início da superação da aversão contra os corpos intermediários se tem já no século em curso, especialmente com o reforço do movimento sindical operário. O indivíduo isolado tenta ainda uma

³⁹ SALLES, Carlos Alberto de. *Op. cit.*, p. 211.

⁴⁰ A feição desjudicializada, democrática e resolutive do inquérito civil se perfaz atualmente com a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, bem como por meio da expedição de Recomendações e promoção de Audiências Públicas, estas duas últimas categorias inseridas na função de *ombudsman* desempenhada pelo *Parquet*, na trilha do art. 127, *caput* c/c art. 129, inciso II, ambos da CRFB/1988. v. GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis*. MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. Segundo o autor “seria um manifesto equívoco imaginar-se que somente as provas produzidas em Juízo podem ser valoradas pelo juiz no caso concreto, existindo outros requisitos muito mais importantes na produção da prova que a participação do juiz. O respeito ao contraditório é certamente o maior deles, devendo a prova ter uma maior carga probatória conforme mais respeito tenha sido concedido a tal princípio no caso concreto, independentemente do responsável pela condução da produção probatória. Em nosso entendimento quanto mais público tiver sido o inquérito civil e maior tiver sido a participação do investigado, maior credibilidade a prova terá diante do juiz da ação civil pública, aumentando assim sua carga probatória no convencimento do magistrado”.

⁴² Como exemplo, a disposição normativa inserta no art. 427, do Código de Processo Civil, *in verbis*: “O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”.

⁴³ *Idem, Ibidem*, p. 11.

vez unir-se – desta vez para “romper a cadeia” de sua debilidade diante do poder industrial. Na França, por exemplo, a partir de 1884, a legitimidade dos sindicatos dos trabalhadores era claramente reconhecida. Mas foi apenas em tempo mais recente que novas ‘sociedades intermediárias’ começaram a emergir e proliferar. Novos grupos, novas categorias e classes individuais sabedoras de sua comunhão de interesses e necessidades, como, também, do fato de que somente unindo-se podiam superar sua debilidade, começaram a unir-se, para protegerem-se contra os novos despotismos de nossa época; a tirania da maioria; a opressão da moderna *corporate society*; o relaxamento ou a corrupção dos burocratas; o cego egoísmo dos poluidores....

O Ministério Público, na gradativa e custosa construção da democracia brasileira, se insere em um abismo onde jaz em sepulcro o associativismo brasileiro. A ausência de fruição de direitos básicos sintetizados sob a epígrafe da dignidade humana conduz a esse estado quase que letárgico da maioria da população brasileira.

Nesse passo, o *Parquet*, na nevrálgica posição de guardião do regime democrático, se vê instado pelo próprio corpo social a ocupar espaços que nos países centrais do neoliberalismo são comumente preenchidos pelos grupos intermediários⁴⁴.

Essa é a inarredável conformação histórica que dá o tom do cotidiano brasileiro, decorrente da democratização tardia e de inúmeros outros fatores que escapam ao limitado objeto deste breve escrito.

Fato é que no tecido social pátrio a quantidade de associações verdadeiramente representativas é ínfima, de modo que os subjacentes interesses coletivos acabam por vezes carentes da devida tutela protetiva, seja extra ou judicialmente.

Desta feita, a observância do contraditório e a efetiva participação de todos os envolvidos naquele determinado conflito coletivo no espaço do inquérito civil podem servir de embrião para que se cogite da utilização de provas emprestadas pelas associações representativas na tutela dos interesses afetos aos respectivos grupos, de modo a iniciar a superação do déficit democrático ora delineado.

Por derradeiro, é de observar que a celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), verdadeiramente ordenado ao desmache do conflito coletivo, pressupõe a irradiação de um contraditório mínimo.

⁴⁴ Na Alemanha, por exemplo, conforme notícia MENDES, a defesa judicial dos interesses coletivos, em sentido amplo, é realizada basicamente por meio das denominadas ações associativas, as *Verbandsklagen*. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 111.

3. Inquérito Civil, Natureza dos Interesses Transindividuais e Desjudicialização

Preordenado constitucionalmente à tutela dos direitos e interesses transindividuais, o inquérito civil pode e deve assumir papel nuclear na verdadeira transposição de uma cultura eminentemente adversarial para um acesso à justiça direcionado à busca da paz social, permeado pelo incremento da intervenção dos cidadãos na busca de soluções a serem obtidas mediante o diálogo humano e o consenso.

Nessa mirada, importante notar que o conceito de acesso à justiça há muito não é encarado apenas sob o aspecto formal, de modo que a normatividade do vetor constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CR/1988) confere valorosa substância ao princípio sob comento, dando origem ao que hodiernamente se denomina *acesso à ordem jurídica justa* – ideia que traz a reboque a salutar desjudicialização dos conflitos⁴⁵.

Em outras palavras, exsurge como inarredável a conclusão de que a solução adjudicada por muitas das vezes não se afigura como a mais adequada para a justacomposição do litígio, máxime em se tratando de conflitos de natureza coletiva.

A valorização do inquérito civil se vocaciona, pois, a concretizar um acesso à justiça verdadeiramente democrático (acesso à ordem jurídica justa), inspirado pela tessitura constitucional⁴⁶.

Retomando o acima aduzido, a natureza multifacetada e transindividual dos interesses contrapostos em conflitos coletivos indica com mais vigor a efetivação de soluções desjudicializadas e consensuais.

Ou seja, por muitas vezes a propositura de uma ação civil pública traz consigo as vestes de uma eficiência meramente artificial, vez que, além de a cultura adversarial trazer como corolário o contraste linear *vencedor x vencido*, em muitas das vezes, o conflito fático subjacente permanece intacto, apesar da imutabilidade havida pela formação da coisa julgada.

No sentido do ora afirmado, PAUMGARTTEN e PINHO⁴⁷, asseveram que:

Essa capacidade limitada de solução adjudicada tem se mostrado ineficaz, protraí o fechamento da demanda a um futuro incerto, e muitas vezes não resolve o problema, pois apenas agrega

⁴⁵ OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. *Uma Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e a ideia da Desjudicialização*. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Ano 7, v. XI, p. 67-98, jan./jun.2013.

⁴⁶ NUNES, Dierle. *Uma Breve Provocação aos Processualistas: O Processualismo Constitucional Democrático*. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro*. Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.

⁴⁷ PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *A Experiência Ítalo-Brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça*. http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_experiencia_italobras_no_uso_da_mediacao_em_resposta_a_crise.pdf. Acesso em: 11 de out. 2014.

estabilidade-indiscutibilidade da decisão. Desse modo, a busca por um sistema paralelo para colaborar com o modelo oficial não é apenas oportuna, como essencial.

Sob outro giro, indo fundo na análise causal da temática em referência, dissecando as respostas prestadas pelo *establishment* aos problemas da processualística contemporânea, Streck, De Oliveira e Trindade⁴⁸ assentam que:

Fica cada vez mais evidente o crescimento, no campo do Direito, de posturas pragmaticistas, que defendem a solução de problemas jurídicos de forma desvinculada de qualquer padrão de racionalidade (seja ele imanente ou transcendente). Para tais posturas, o importante é que o problema seja resolvido de uma maneira rápida e “eficaz”, independentemente dos critérios utilizados para se chegar à sua solução. Quando muito, esses setores do pensamento jurídico admitem um critério de ordem econômica (mercado), que, no mais das vezes, atende a uma lógica de “custos e benefícios”. Na esteira deste pragmaticismo, toma forma a tendência – cada vez mais acentuada – de retratar o fenômeno jurídico de uma forma fragmentada a partir da qual o direito seria apenas um amontoado de regras técnicas (leis, decretos, medidas provisórias, portarias, decisões judiciais, etc.), articuladas por algum agente jurídico, de um modo meramente instrumental, para resolver os conflitos de interesse que emanam do tecido social.

Portanto, em um panorama de necessária reconstrução democrática do processo⁴⁹, deve o Ministério Público, em conformidade com a sua genética vanguardista, atuar como agente catalisador, permitindo que as mais distintas vozes envolvidas naquele determinado conflito (coletivo) sejam ouvidas e contribuam eficazmente para a construção dialética do consenso⁵⁰.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz; TRINDADE, André Karam. *O “Cartesianismo Processual” em Terrae Brasilis: A Filosofia e o Processo em Tempos de Protagonismo Judicial*. Novos Estudos Jurídicos, v. 18, nº 1, p. 5-22, 2013.

⁴⁹ Deitando raízes em SILVA (SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004), ABREU destaca que “muitas vezes as normas processuais não expressam valores democráticos, frustrando o compromisso constitucional de se construir uma sociedade justa e fraterna, calcada no amplo acesso à justiça e no aperfeiçoamento do sistema judicial, para tão somente atender à agenda administrativa ou aos interesses do eventual inquilino do poder. Recorda que o legislador deve direcionar-se para o aprimoramento do sistema judiciário, recusando inovações tendentes a atender exclusivamente a projetos político-econômicos governamentais em dissonância com os valores jurídicos superiores” *Op. cit.*, p. 378-379.

⁵⁰ Com esteio em WARAT (WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: Intepretação da Lei:Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, v. I), ABREU esclarece que “a tarefa de

O *Parquet* que se quer moderno, resolutivo e pautado pelos valores constitucionais não deve prescindir da alteridade democrática para a consecução de seu múnus estabelecido pelo Constituinte Originário.

Nessa senda, a partir da inspiração constitucional, mister a superação de paradigmas que reduzem a participação do cidadão nos procedimentos decisórios estatais.

Segundo Tupinambá⁵¹, “a constitucionalização do Direito Processual tem desafogado a angústia de um limitado entendimento jurídico que se mostra atolado e inútil para relações alargadas que se espriam em diferentes tipos de possibilidades e cenários, autorizando novas perspectivas de participação no processo”.

O alargamento aludido se intensifica na hipótese, *vez que os direitos transindividuais não obedecem à lógica linear dos litígios bipolares*.

Conforme alerta Mendes⁵²,

o rompimento com a visão tradicional esbarraria em dificuldades de ordem política, em razão das forças retrógradas, e de ordem psicológica, pois, como dizia Bertrand Russel, é muito mais fácil conservar do que inovar, pois requer muito menos esforço de imaginação, de ânimo e de inteligência.

Os direitos transindividuais escapam, pois, à *ratio* liberal-individualista e se mostram imprescindíveis à sobrevivência da sociedade contemporânea.

Os também denominados novos direitos (difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos) dizem respeito a setores, grupos, classes e coletividades inteiras.

Com seu histórico pioneirismo, o Mestre de Florença⁵³ já em 1977 ensinava que:

Os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos Tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas

dar voz à cidadania, principalmente com relação aos próprios conflitos, é algo a que se pode começar a ascender com a execução de programas de justiça cidadã, em que os indivíduos possam sair do silêncio, recuperar a voz. Esses mecanismos que propiciam a harmonização dos direitos diferenciados, atualizados com o dever do pensamento transmoderno, permitem o exercício de cidadania, com autonomia e como modo de realização dos direitos humanos. O cidadão sai da passividade para o exercício efetivo de uma democracia com bases humanas”. *Op. cit.*, p. 366.

⁵¹ TUPINAMBÁ, Carolina. Novas tendências de participação processual – O *amicus curiae* no anteprojeto do novo CPC. In: *O Novo Processo Civil Brasileiro. Direito em Expectativa. Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil*. Coord. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁵² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Op. cit.* p. 33.

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. In: *Revista de Processo*. 1977. p. 128.

metaindividuais e coletivos. Este fenômeno, timidamente e esporadicamente aparecido em primeiro lugar em certas legislações especiais – sobretudo a partir das primeiras leis especiais em matéria de relações de trabalho até o fim do século em curso – se esteve generalizando a tal ponto que não há, hoje, nem Constituição democrática moderna, nem declaração internacional dos direitos do homem que o insira, no capítulo das liberdades fundamentais, direitos e deveres “sociais” e “coletivos”, uma vez ignorados ou descuidados.

Nessa esteira, a nota marcante dos direitos e interesses transindividuais é a conflituosidade interna entre os próprios grupos envolvidos.

Tal natural e legítima colidência encontra em Mazzilli⁵⁴ a denominação de interesses macrosociais.

*O pluralismo das sociedades pós-modernas e o conseqüente dissenso racional acerca dos standards mínimos dos valores fundamentais*⁵⁵ não permite, pois, que os cidadãos (individualmente ou reunidos em comunidades ou coletividades) sejam obstados a resolverem de forma *desjudicializada seus próprios conflitos*.

Nesse ritmo argumentativo, o subjacente pluralismo ínsito às contendas coletivas impõe uma maior amplitude dialética à procedimentalização⁵⁶ do inquérito civil, premissa básica a possibilitar a construção do consenso desjudicializado.

Frise-se, nesse particular, que o influxo do contraditório participativo para o espaço do inquérito civil mira de imediato possibilitar a solução dos conflitos pelas partes fora da esfera judicial.

E, sob o prisma mediato, contribuir para a modificação da cultura⁵⁷ judiciária brasileira de judicialização compulsiva dos litígios.

Ademais, permite um maior aprofundamento probatório, no que toca à efetiva comprovação do cometimento de lesão ou ameaça de lesão a qualquer interesse metaindividual, propiciando, como já destacado linhas acima, uma melhor preparação do processo, caso venha a ser instaurado.

Destarte, a abertura das plúrimas subjetividades à multiplicidade das subjetividades⁵⁸ em tensão dentro da moldura de determinado conflito coletivo pode conduzir à paulatina construção de uma cooperação ética entre as partes envolvidas.

⁵⁴ *Idem, Ibidem*, p. 51.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. 2007. p. 290.

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

⁵⁷ CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cultural Context*. New York University Press, 2005.

⁵⁸ MENDES, Alexandre Fabiano. A atualidade do comunismo. A produção do comum no pensamento político de Toni Negri. *Revista Direito e Práxis*, v. 3, nº 4, p. 2-25, 2012.

Como observa Salles⁵⁹, a conceituação discutida promove uma abertura, permitindo conceituar o fenômeno processual para além dos limites da jurisdição estatal e, muito especificamente, com aplicação ao domínio administrativo, ao qual expressamente remete.

E, nessa toada, atesta que inexistente qualquer razão para manter uma clausura epistemológica em torno do processo⁶⁰ judicial.

O ínclito autor bem diagnostica que:

Inegável a constatação de o processo não se restringir ao modo judicial de solução de controvérsias. A tomada de decisão, mediante determinadas condições, significativas de um modo específico de decidir, é traço presente também em procedimentos adjudicatórios privados, da Administração Pública e até mesmo do Legislativo. Diante da evidente equivalência de características definidoras do que venha a ser processo, não há qualquer razão para manter uma clausura epistemológica em torno do processo judicial. Por certo, com a identificação das especificidades de cada área, seus valores, objetivos e modos de atuação, justifica-se o estudo do processo ou da processualidade como fenômeno geral, de maneira a propiciar a comparação de diferenças e a assimilação de qualidades recíprocas, bem no espírito de uma Teoria Geral do Processo.

Sem embargo, curial transportar para a arena pré-processual *sub examen* as percucientes e vanguardistas ideias externadas por Cabral⁶¹, a partir das quais se pode inferir a dificuldade prática no estabelecimento de ajustes consensuais em conflitos coletivos envolvendo o Estado.

Afirma o eminente autor que:

Na praxe forense vemos que o Estado (especialmente através de seus diversos entes fiscalizatórios, como as agências reguladoras), quando posicionado no polo passivo, recusa-se a atuar em conjunto com o autor ou mesmo reconhecer o acerto de seus argumentos. *Tais órgãos sentem-se "obrigados" a defender o ato impugnado*

⁵⁹ SALLES, Carlos Alberto de. *Op. cit.*, p. 209.

⁶⁰ CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 29ª ed., 2013, p. 310. Para a trinca de autores que revolucionou o ensino de Direito Processual no Brasil, "processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício de poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades mercantis para aumento de capital etc.)".

⁶¹ CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *In: Revista Forense*, v. 404, p. 3-42, 2009.

pelo tão só fato de figurarem como réus. De outro lado, parte da jurisprudência afirma, em hipóteses diversas, que um determinado sujeito, quando figura em tal tipo de ação, “somente pode ser réu” ou sempre atua como assistente litisconsorcial do autor.

A radiografia em exame é corolária de uma concepção procedimental arcaica e estática, a qual não se coaduna com os ditames constitucionais que hoje informam o processo, bem como e, fundamentalmente, com a natureza múltipla (e conflituosa internamente) dos direitos metaindividuais.

Nessa ordem de convicções, em sede de inquérito civil, a pecha de investigado coloca a respectiva parte em uma espécie de quadro mental paranoico⁶², onde não se revela como possível a assunção de qualquer outro comportamento que não o de se defender.

Tal constatação é sintomática e redundante em incontestável empobrecimento funcional do inquérito civil, vez que transformando-o em mero instrumento para o exercício futuro da ação civil pública, fomenta-se, em decorrência, a vetusta visão de necessária judicialização do conflito coletivo.

Por esses e outros fundamentos, exsurge como salutar a possibilidade de se introjetar no bojo do inquérito civil a efetivação de práticas mediativas e restaurativas, palco facilitador da atividade interlocutório-discursiva das partes⁶³, com vistas à real consecução da democracia participativa.

Os referidos métodos são vocacionados a restabelecer o canal perdido de comunicação entre os membros do corpo social, no afã do estabelecimento de soluções pacíficas para seus conflitos.

E, nesse particular, não se pode olvidar que o estabelecimento de uma comparticipação discursiva no bojo do inquérito civil lhe confere a imprescindível nota da legitimidade democrática, vez que o promotor de justiça, assim como o juiz, dada a dificuldade contramajoritária que lhes caracteriza, possuem as respectivas funções justificadas axiologicamente sob o pálio da concretização dos direitos fundamentais plasmados na Carta Constitucional.

Descortina-se como imperioso asseverar que a propugnada flexibilização discursiva do inquérito civil não obsta o exercício de qualquer função institucional conferida ao *Parquet* no recorte constitucional de atribuições.

Muito pelo contrário! *Potencializa o agir ministerial e o emancipa de uma necessária vinculação com o Poder Judiciário, conferindo-lhe indubitável estribo democrático*⁶⁴.

⁶² CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 7ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.

⁶³ FULLER, Lon. *The mediation has the capacity to reorient the parties towards each other, not by imposing rules on them, but by helping them to achieve a new and shared perception of their relationship, a perception that will redirect their attitudes and dispositions toward one another*. Mediation. Its forms and Functions. CAL. L. REV. v. 305, 1971.

⁶⁴ Sob o viés eminentemente pragmático, a visão externada no presente ensaio ainda tem o condão de

4. Cooperação e Participação

Alterações em concepções processuais arraigadas possuem o inequívoco condão de colorir de eticidade e boa-fé o comportamento das partes em uma relação procedimental⁶⁵.

Partindo de tal curial premissa, procurar-se-á traçar, em apertada síntese, o delineamento das linhas mestras do modelo cooperativo e sua aplicação em sede de inquérito civil.

Antes de mais nada, porém, mister grifar que o processo/procedimento, centro nuclear de promanação de decisões estatais, deve ser encarado como uma garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo), com o fito de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática de tais decisões⁶⁶⁻⁶⁷.

A participação procedimental, portanto, encerra o exercício de um direito fundamental concretizador da democracia participativa, pilar do Estado Democrático de Direito.

O cidadão/comunidade, ao utilizar instrumentos jurídicos-processuais possibilitadores de uma influência direta no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou podem afetar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efetiva autodeterminação no desenvolvimento de sua personalidade.

Daí a importância de o procedimento observar, ainda que minimamente, considerando a confluência de outros direitos fundamentais em seu bojo, o vetor constitucional do contraditório participativo.

Pois bem.

O modelo cooperativo, de acordo com Mitidiero⁶⁸, parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana.

rechaçar teses minoritárias que sinalizam a carência da ação por ausência de pressuposto processual de validade, quando demandas coletivas forem propostas lastreadas unicamente em conteúdo probatório colhido sem a observância do contraditório. Cfr. TUCCI, Rogério Lauria. *Ação Civil Pública: Falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1997, nº 745, p. 83-84. Fora isso, permite um incremento do valor probante das provas produzidas em sede de inquérito civil, de modo a permitir a revisão de entendimentos pretorianos consolidados no âmbito dos Tribunais Superiores no sentido de que tais elementos probatórios são meramente indiciários.

⁶⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. *A Cooperação e a Princiologia no Processo Civil Brasileiro. Uma Proposta de Sistematização*. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 12, nº 12, 2013.

⁶⁶ MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Op. cit.*, p. 195,

⁶⁷ No mesmo sentido, SALLES pontua que “o processo passa a colocar-se, portanto, de maneira mais ampla, como mecanismo de regulação do exercício do poder em geral, não apenas do jurisdicional, mas também daquele existente em outras esferas de poder atuantes ou presentes na sociedade, mesmo que estritamente privadas.” *Op. cit.* p. 214.

⁶⁸ MITIDIERO, Daniel, *op.cit.*, p. 114.

Pinho e Alves⁶⁹ frisam que o direito português foi o primeiro a consagrar o princípio da cooperação de forma expressa em sua legislação processual. O art. 266º, 1º, da revogada codificação lusitana estabelecia uma espécie de cláusula geral de cooperação.

O Novo Código de Processo Civil Português, aprovado pela recentíssima Lei nº 41, de 2 de junho de 2013, manteve o dispositivo que normatiza o princípio da cooperação, com a mesma redação, porém em nova e adequada topografia, qual seja, no título referente aos princípios fundamentais do processo civil.

A topologia sob comento não poderia ser mais apropriada, vez que o princípio da cooperação esprija sua normatividade em direção à garantia da participação procedimental, a qual pressupõe o exercício do contraditório participativo pelas partes.

O contraditório, novamente, adquire vivaz relevo, afigurando-se, pois, a partir de uma concepção dinâmica, em adequado instrumento para a viabilização do diálogo humano e da cooperação procedimental, a qual, implica, por seu turno, a necessária previsão de direitos e deveres de conduta para os envolvidos.

Final de contas, o contraditório se perfaz no elemento normativo estrutural da comparticipação, viabilizando, assim, o policentrismo procedimental (decorrente da multiplicidade dos interesses plurais inseridos em um conflito coletivo).

Dissecando os modelos normativos de democracia vivenciados pelas sociedades modernas, ao verbalizar sua versão ético-procedimental, Habermas⁷⁰ capturara a essência ontológica da cooperação ao bem dizer que “espera-se dos cidadãos republicanos muito mais do que meramente orientarem-se por seus interesses privados”.

Esse é o ponto de partida para se compreender a cooperação, cuja premissa fulcral é a comparticipação responsável, externalizada por meio da adoção de genuínas posturas republicanas.

A cooperação, portanto, assume papel de relevo na conformação do atuar das partes, de modo a estabelecer os pilares para um verdadeiro modelo procedimental cooperativo, marcadamente caracterizado pela comparticipação, lealdade e boa-fé.

Nesse quadro, a noção de boa-fé objetiva⁷¹⁻⁷² também cumpre relevante funcionalidade direcionada a impregnar de eticidade o comportamento exercido pelas partes.

⁶⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. *Op. cit.*, p. 294.

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Lua Nova, v. 36, p. 39-53, 1995.

⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

⁷² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. *Op. cit.* Segundo os autores, “na acepção objetiva, a boa-fé pode ser entendida como norma ou regra de conduta, a qual denota um *standard* de comportamento correspondente àquilo que possa ser razoavelmente esperado do homem médio em suas relações sociais, dadas, logicamente, as particularidades da situação concreta.

O princípio da boa-fé encontra guarida na legislação processual civil pátria, mais especificamente no art. 14, inciso II, Código de Processo Civil, o qual determina que as partes procedam com lealdade e boa-fé.

Ou seja, fundamentalmente em conflitos de índole coletiva, a boa-fé, a lealdade e a alteridade⁷³ devem permear a conduta das partes, tudo com vistas à construção do direito vivo no espaço desjudicializado do inquérito civil.

Em igual sentido, a cooperação adquire realce ainda maior nos conflitos transindividuais envolvendo a Administração Pública, uma vez que jungida pelos vetores plasmados no art. 37, *caput*, da Constituição da República, bem como considerando a legitimação concorrente e disjuntiva prevista no art. 5º, da Lei nº 7.347/1985, deve atuar ao encontro da concretização do interesse público primário.

Mais uma vez transportando as lições de Cabral⁷⁴ para a fase pré-processual, tem-se que “nestas ações, o interesse geral na boa gestão pública, na legalidade, na moralidade administrativa, exige uma postura processual que possa ser convencida imparcialmente, com neutralidade, sem comprometimento necessário com um interesse material que não a mais eficiente realização do interesse público”.

De outro vértice, a denominada comunidade de trabalho⁷⁵ (*Arbeitsgemeinschaft*) pode encontrar na mediação (e em outras práticas restaurativas) arena adequada para a resolução consensual de conflitos coletivos, tudo estribado na cooperação e, repese-se, no espaço institucional do inquérito civil.

Sem perder de vista a essência naturalística do inquérito civil (procedimento eminentemente probatório sem o requisito do perigo da demora⁷⁶), o princípio da cooperação pode permitir que os envolvidos em um dado conflito coletivo obtenham o quanto antes, mediante a troca direta de informações e provas, a real e global noção de extensão da contenda.

Registre-se, por oportuno, que o princípio da cooperação não deve ser encarado como mera exortação às partes, importando sim em correlatas cominações, como sói ocorrer precipuamente nos países da *common law*⁷⁷.

⁷³ PROUDHON vislumbra a justiça sob a ótica da reciprocidade – como a faculdade de reconhecer, em nós mesmos e no outro, uma idêntica dignidade. PROUDHON, Pierre-Joseph. La justice dans La Révolution et dans l'Église. In: *Corpus des oeuvres de philosophie de langue française*. Paris: Fayard, 1998. apud ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. v.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 360.

⁷⁴ CABRAL, Antonio do Passo Cabral. *Op. cit.* p. 160.

⁷⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 213.

⁷⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁷⁷ Nesse particular, a partir da experiência norte-americana da *discovery* pré-processual, colhe-se o teor da Regra 68 da Federal *Rules of Civil Procedure*, o qual impõe que a parte que não aceitara o acordo arque com as custas processuais caso o resultado do processo não iguale ou supere o que lhe adviria da aceitação da proposta recusada.

No direito processual inglês, a emblemática expressão *cards on the table approach*⁷⁸ bem ilustra a cooperação que se espera das partes.

Nesse viés, a adequada produção probatória em sede de inquérito civil⁷⁹, permeada pela efetiva participação e respeito ao contraditório, pode antecipar a solução de composições pelos próprios interessados e, ainda, evitar a judicialização de demandas infundadas.

Com efeito, os elementos probatórios colhidos em sede de inquérito civil podem e devem servir de meio para a obtenção de soluções não adjudicadas de conflitos coletivos.

Registre-se, por fim, que a efetiva colaboração entre as partes em um espaço extrajudicial, despidas de toda sorte de máscaras, cada qual disposta a assumir livre e responsabilmente posições legítimas e consentâneas à concretização de direitos fundamentais⁸⁰, pode levar o inquérito civil a novas fronteiras.

5. Institutos Congêneres no Direito Comparado

Sob a ótica da tutela coletiva no direito comparado, a experiência dos *pre-actions protocols* ingleses e dos *protocolli* italianos adquire intenso realce. Tais institutos têm demonstrado que a celebração de acordos desjudicializados entre entidades que detêm adequada representatividade de grupos sociais ou categorias cumpre importante papel na efetiva tutela dos respectivos interesses transindividuais⁸¹.

⁷⁸ ZUCKERMAN, Adrian. Learning the facts – discovery, In. CHASE, Oscar G. e HERSHKOFF, Helen (Coords). *Civil Litigation in comparative context*. Ed. Thomson/West, St. Paul, 2007, p. 208.

⁷⁹ O Anteprojeto de Lei (sobre a reforma do direito probatório) resultante das pesquisas enviadas pelos mestrands e doutorandos inscritos na disciplina “Observatório das Reformas Processuais”, ministrada pelo Prof. Dr. Leonardo Greco no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, aponta na direção democrática delineada neste breve escrito. Especificamente ao disciplinar o procedimento probatório extrajudicial e sua aplicabilidade normativa ao inquérito civil, estabelece em seu art. 29, §3º que: art. 29. Independentemente de qualquer demanda judicial no seu curso ou antes dela, as partes de qualquer relação jurídica poderão instaurar procedimento probatório extrajudicial para a definição precisa dos fatos, a identificação e a revelação do conteúdo das provas que a eles correspondam. §3º O procedimento poderá anteceder qualquer ação judicial em que se verifique a conveniência de prévio esclarecimento dos fatos, de identificação e revelação do conteúdo das provas que a eles correspondam, inclusive a ação civil pública, demais ações coletivas e as ações que envolvam interesses de órgãos públicos, não induzindo a prevenção do juízo para qualquer processo futuro.

⁸⁰ Em passagem inesquecível, HABERMAS rememora que: “A justificação da existência do Estado não se encontra primariamente na proteção de direitos subjetivos privados iguais, mas sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade políticas em que cidadãos livres e iguais se entendem acerca de que fins e normas correspondem ao interesse comum de todos. Dessa forma espera-se dos cidadãos republicanos muito mais do que meramente orientarem-se por seus interesses privados. HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 39-53.

⁸¹ Na Inglaterra: “*The CPR (1998) system introduced a set of ‘pre-action protocols’ which prescribe ‘obligations’ which the the prospective parties and their legal representatives must satisfy before commencing formal proceedings. (...) Pre-action protocols are intended to promote efficient exchange of information between the prospective parties, including pre-action disclosure of ‘essential’ documents held by each side.*” ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England*, Ed. Springer, London, 2012, p. 64 *apud* ARAUJO. José Aurélio de. In: Justificativas apresentadas ao Anteprojeto de Lei (sobre a reforma do direito probatório) resultante das pesquisas enviadas pelos mestrands e

A experiência britânica no que concerne aos *pre-actions protocols* se encontra delineada pelas *Civil Procedure Rules*, produto do paradigmático Relatório elaborado pelo Magistrado Lord Woolf⁸².

O modelo inglês dos *pre-actions protocols* é de natureza vinculativa e compulsória, funcionando como verdadeiro ônus a ser cumprido pelas partes para a redução da quantidade de processos, por meio de soluções consensuais, ou para melhorar a qualidade destes, através do incremento qualitativo da cognição⁸³.

A efetiva participação democrática observada em tais protocolos pode servir de espelho para a refundação do inquérito civil como espaço adequado para a construção da solução consensual dos conflitos pelas próprias partes envolvidas.

As convenções coletivas em comento possuem um espaço discursivo mais amplo, de modo a propiciar que as partes inseridas em um conflito coletivo possam definir regras mínimas direcionadas a evitar a judicialização ou, informadas pelo espírito cooperativo, estabeleçam convencionalmente prévias normas aptas a facilitar o deslinde da lide na seara judicial.

Em congruência ao esposado no presente ensaio, Araujo⁸⁴ pontifica que:

As instituições públicas, como os tribunais, a Ordem dos Advogados, o Ministério Público e a Defensoria Pública são exortados a se transformarem em catalizadores da celebração dessas convenções, contribuindo para a criação de uma rede de compromissos entranhada nos diversos grupos que compõem a sociedade civil, para que eventuais divergências entre seus integrantes sejam resolvidos por mecanismos consensuais, o que contribuirá positivamente para a harmonização dos interesses em conflito e a conseqüente paz social.

A Itália, por seu turno, caminha de forma salutar na mesma direção, de modo a se inferir no cenário globalizado uma interpenetração entre os sistemas de *civil law* e *common law*⁸⁵⁻⁸⁶.

doutorandos inscritos na disciplina “Observatório das Reformas Processuais”, ministrada pelo Prof. Dr. Leonardo Greco no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

⁸² WOOLF, Harry. *Civil Justice in the United Kingdom*. The American Journal of Comparative Law, p. 709-736, 1997.

⁸³ ARAUJO. José Aurélio de. *Op. cit.*, p. 79.

⁸⁴ ARAUJO. José Aurélio de. *Op. cit.*, p. 78.

⁸⁵ DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press. New Haven and London.

⁸⁶ TROCKER, Nicolò. *La Formazione Del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012.

A questão cultural⁸⁷, nesse particular, adquire inequívoca relevância, uma vez que, ao contrário do que ocorre no Brasil, percebe-se no direito europeu uma verdadeira cooperação entre grupos comumente colocados em lados opostos na arena judicial, mas que há muito já internalizaram a primordial função a ser desempenhada no enfrentamento da explosão da litigiosidade, máxime aquela caracterizada pelos conflitos massificados (e coletivos).

Dito isso, os *protocolli* peninsulares atuam em espaços carentes de normatização pela lei processual italiana (assim como sói ocorrer com o inquérito civil brasileiro), de modo que esses *gaps* normativos são preenchidos por normas persuasivas e incentivadoras de práticas forenses virtuosas, procedimentais ou meramente organizacionais, criadas em conjunto pelos grupos envolvidos⁸⁸.

Em suma, há um esforço coletivo e colaborativo no que pertine à adoção de boas práticas, precipuamente destinadas à solução consensual e desjudicializadas dos conflitos metaindividuais, dando concretude, pois, ao princípio democrático.

6. Considerações Finais

O presente ensaio se lastreou na edificação de ideias destinadas a potencializar a função do inquérito civil no cenário neoprocessual hoje vivenciado, propugnando uma maior abertura dialética de sua procedimentalização, com vistas eminentemente a contribuir para a gradativa construção de uma cultura nacional menos demandista, bem como visando conferir-lhe o necessário substrato democrático.

Os valores democráticos erigidos como esteio do sistema constitucional devem nortear a racionalidade normativa pela qual se orienta o modo de produção de decisões estatais na pós-modernidade.

Nos limites temáticos deste breve escrito, buscou-se asseverar que a comparticipação discursiva no bojo do inquérito civil lhe confere a imprescindível nota da legitimidade democrática, além de dialogar com a dificuldade contramajoritária ínsita ao exercício das funções ministeriais.

Assim, a sugerida flexibilização discursiva do inquérito civil adéqua o exercício das funções institucionais pelo Ministério Público à cogente normatividade constitucional, além de emancipá-lo de uma necessária vinculação com o Poder Judiciário.

Ainda, procurou-se delinear a aproximação da conceituação semântico-normativa entre processo e procedimento, como instrumentos decisórios estatais, em cujo bojo a participação dos cidadãos desempenha relevante papel de controle e justificação.

⁸⁷ TARUFFO, Michele. Cultura e Processo. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIII, nº 1, Marzo 2009. Segundo TARUFFO *un modello processuale – e cio vale per tutti i modelli di processo – nasce dunque dalla combinazione di scelte ideologiche e di strumentazioni tecniche*.

⁸⁸ ARAUJO. José Aurélio de. *Op. cit.*, p. 78.

Nesse particular, o inquérito civil deve se conformar proceduralmente aos plurais valores constitucionais, permitindo e fomentando uma real participação dos envolvidos nos subjacentes conflitos coletivos, através do contraditório e do princípio da cooperação.

No mesmo diapasão, demonstrou-se que a instituição de um modelo cooperativo em um espaço extrajudicial, possibilitando que as subjetividades se dispam de toda sorte de máscaras, cada qual disposta a assumir livre e responsabilmente posições legítimas e consentâneas à concretização de direitos fundamentais, pode levar o inquérito civil a novas fronteiras.

Last but not least, desenhou-se brevemente que boas práticas adotadas majoritariamente na Inglaterra e na Itália têm contribuído para a consolidação de uma fecunda cultura direcionada à construção de solução consensuais de conflitos coletivos pelo próprio corpo social.

Referências Bibliográficas

1. ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. v. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
2. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
3. _____. *Direito, Razão, Discurso. Estudos para a Filosofia do Direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
4. ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice – Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England*, Ed. Springer, London, 2012.
5. ARAUJO, José Aurélio de. *In: Justificativas apresentadas ao Anteprojeto de Lei (sobre a reforma do direito probatório) resultante das pesquisas envidadas pelos mestrandos e doutorandos inscritos na disciplina “Observatório das Reformas Processuais”, ministrada pelo Prof. Dr. Leonardo Greco no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ*.
6. CABRAL, Antonio do Passo. *Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda*. *In: Revista Forense*, v. 404, p. 3-42, 2009.
7. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. *Panóptica*, Vitória, ano 1, nº 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http://www.panoptica.org>.
8. CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. *In: Revista de Processo*. 1977. p. 128.
9. _____. TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Giuffrè, Milano, 1973.

10. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública. Comentários por Artigo*. 7ª ed. Lumens Juris Editora, 2012.
11. CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cultural Context*. New York University Press, 2005.
12. CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 29ª ed., 2013.
13. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto)*, in: Revista de Processo, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abr.-jun. de 1998, nº 90.
14. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 7ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.
15. DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press. New Haven and London.
16. DIDIER JÚNIOR., Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo*. v 4. 6ª ed. Editora JusPodivm, 2011.
17. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
18. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, Pádua, CEDAM, 1994.
19. FULLER, Lon. *Mediation. Its forms and Functions*. CAL. L. REV. v. 305, 1971.
20. GRECO, Leonardo. *O acesso ao Direito e à Justiça*. Estudos de Direito Processual, p. 197-223, 2005
21. _____. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Novos estudos jurídicos, v. 7, nº 14, 2008.
22. GRINOVER, Ada Pellegrini. Antecipação de tutela no inquérito civil à luz das garantias constitucionais fundamentais do contraditório e da prova inequívoca. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, nº 8, 2010.
23. HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Lua Nova, v. 36, p. 39-53, 1995.
24. _____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. trad. Flávio Beno Siebeneichler, 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
25. _____. *Verdad y justificación*. 2007.
26. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
27. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. Editora Revista dos Tribunais, 1999.
28. MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. In: Novos Estudos, CEBRAP, nº 58, novembro de 2000.

29. MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 22ª ed. Editora Saraiva, 2009.
30. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
31. MENDES, Alexandre Fabiano. A atualidade do comunismo. A produção do comum no pensamento político de Toni Negri. *Revista Direito e Práxis*, v. 3, nº 4, p. 2-25, 2012.
32. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
33. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção temas atuais de direito processual civil; v.14.
34. MORELLO, Augusto M. *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, Ed. Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1998.
35. MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *O que é um Modelo Democrático de Processo?* Disponível em: www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf. Consulta em: 16 de out.2014.
36. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis*. MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.
37. NUNES, Dierle José Coelho. *O princípio do Contraditório: uma Garantia de Influência e de não surpresa*. In: *Constituição, Direito e Processo. Princípios Constitucionais do Processo*. TAVARES, Fernando Horta (Coord.). Curitiba: Juruá, 2007.
38. _____. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.
39. _____. *Uma Breve Provocação aos Processualistas: O Processualismo Constitucional Democrático*. In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro*. Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.
40. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
41. OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. Uma Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e a ideia da Desjudicialização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 7, v. XI, p. 67-98, jan./jun.2013.
42. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *A Experiência Ítalo-Brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça*. http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_experiencia_italobras_no_uso_da_mediacao_em_resposta_a_crise.pdf. Acesso em: 11 de outubro de 2014.

43. PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali Del contraddittorio. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffré, 2004.
44. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). *A Nova Lei de Mediação Brasileira. Comentários ao Projeto de Lei nº 7.169/2014. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume Especial*, disponível em: <http://www.redp.com.br>.
45. _____. ALVES, Tatiana Machado. *A Cooperação e a Princiologia no Processo Civil Brasileiro. Uma Proposta de Sistematização. Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 12, nº 12, 2013.
46. PROUDHON, Pierre-Joseph. *La justice dans La Révolution et dans l'Église. In: Corpus des oeuvres de philosophie de langue française*. Paris: Fayard, 1998.
47. SALLES, Carlos Alberto de. *Processo: Procedimento Dotado de Normatividade. In: 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, Presente e Futuro*. Orgs. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. Malheiros Editores, 2013.
48. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Lumen Juris, 2003.
49. SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
50. STRECK, Lenio Luiz; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz; TRINDADE, André Karam. *o Cartesianismo Processual em Terrae Brasilis: A Filosofia e o Processo em Tempos de Protagonismo Judicial. Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, nº 1, p. 5-22, 2013.
51. TARUFFO, Michele. *Cultura e Processo. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIII, nº 1, marzo 2009.
52. _____. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 1998.
53. TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974.
54. _____. *La Formazione Del Diritto Processuale Europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2012.
55. TUCCI, Rogério Lauria. *Ação Civil Pública: Falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público. Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1997, nº 745.
56. TUPINAMBÁ, Carolina. *Novas tendências de participação processual – O amicus curiae no anteprojeto do novo CPC. In: O Novo Processo Civil Brasileiro. Direito em Expectativa. Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil*. Coord. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
57. YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.
58. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: Intepretação da Lei: Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, v. I).
59. WOOLF, Harry. *Civil justice in the United Kingdom. The American Journal of Comparative Law*, p. 709-736, 1997.

60. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

61. ZUCKERMAN, Adrian. Learning the facts – discovery, *In*: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (Coords). *Civil Litigation in comparative context*. Ed. Thomson/West, St. Paul, 2007, p. 208.

A “Execução Negociada” de Políticas Públicas em Juízo

Eduardo José da Fonseca Costa*

Sumário

1. Introdução. 2. Execução Forçada de Políticas Públicas. 3. “Execução Negociada” de Políticas Públicas. 4. Dogmática Jurídica e Execução Judicial de Políticas Públicas. 5. “Execução Negociada” como Negócio Jurídico Processual. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

Resumo

A execução judicial das políticas públicas tem intrigado a comunidade jurídica. Isso ocorre porque as medidas coercitivas não têm sido suficientes para pressionar os agentes políticos e administrativos envolvidos. De fato, a realização das políticas públicas é difícil, já que sempre marcada por altas complexidades técnicas, travas burocráticas e limitações financeiras. Um meio judicial eficaz para a efetivação dessas políticas é a celebração de *cronogramas negociados de cumprimento voluntário*. Trata-se de acordos processuais firmados entre as partes, nos quais se regulam: (1) as etapas para a implantação; (2) o tempo necessário à implantação dessas etapas e (3) a forma de supervisá-las. Todavia, o êxito das tratativas pressupõe que as rodadas de negociação sejam presididas por juízes com vocação para a mediação profissional, o pensamento interdisciplinar e o diálogo multilateral.

Palavras-chave

Controle judicial de políticas públicas. Tutela específica das obrigações de fazer. Execução forçada. Negócio processual. Cronograma.

Resumen

La ejecución judicial de las políticas públicas ha intrigado a la comunidad jurídica. Esto ocurre porque las medidas coercitivas no han sido suficientes para presionar a los agentes políticos y administrativos involucrados. De hecho, la realización de las políticas públicas es difícil porque es siempre marcada por altas complejidades técnicas, trabas burocráticas y limitaciones financieras. Un medio judicial eficaz para la efectivización de esas políticas es la celebración de cronogramas negociados de cumplimiento voluntario.

* Juiz Federal Substituto em Ribeirão Preto – SP. Bacharel em Direito pela USP. Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Membro do IBDP e da IPDP. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Processual.

Se trata de acuerdos procesales firmados entre las partes, en los cuales se reglan (1) las etapas para la implantación, (2) el tiempo necesario para la implantación de esas etapas, y (3) la forma de supervisarlas. Sin embargo, el éxito de las tratativas supone que las rondas de negociación sean presididas por jueces que tienen vocación de mediación profesional, pensamiento interdisciplinario y diálogo multilateral.

Palabras clave

Control jurisdiccional de las políticas públicas. Tutela específica de las obligaciones de hacer. Ejecución forzosa. Negocio procesal. Cronograma.

1. Introdução

Já se tornou corrente nas teorias política e constitucional que, se outrora houve a passagem dum Estado *antropocrático* [anthrôpos = homem; krátos = governo] para um Estado *nomocrático* [nómos = lei; krátos = governo], hoje se assiste à passagem de um Estado *nomocrático* para um Estado *telocrático* [télos = fim; krátos = governo]. Em um Estado *nomocrático*, é correio afirmar-se – ainda que de maneira inexata – que o Poder Legislativo cria as leis, o Poder Executivo aplica-as de ofício e o Poder Judiciário aplica-as por provocação.

Num Estado *telocrático*, porém, os papéis tendem a mudar: o Poder Legislativo passa a estabelecer os fins, o Poder Executivo a implantar os meios para atingi-los e o Poder Judiciário a controlar a implantação¹. Na verdade, o Poder Legislativo continua a criar as leis; no entanto, elas tendem a fixar tão apenas os objetivos últimos e a deixar para a ação do Executivo a programação e o planejamento dos meios estruturais de concretização. *Grosso modo*, ao conjunto ordenado das ações governamentais direcionadas à consecução desses objetivos é dado o nome de *política pública*². Tem lugar, assim, o *government by polices* [*Policy* = macronorma política]³, que não suprime o *government by law* [*Law* = micronorma jurídica], mas o desenvolve e aprimora. Daí me parece correta a afirmação – tecida por Eros Grau – de que o “Estado da lei” foi *substituído* pelo “Estado das políticas públicas”⁴.

¹ Ao longo do texto, usar-se-á a palavra *implantação* em lugar de “implementação”, que é estrangeirismo neologista derivado do inglês *to implement*.

² Famosa já se tornou a definição de política pública tecida por Maria Paula Dallari Bucci: “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, 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” (O conceito de política pública em direito, p. 39).

³ Não se confundem *polity* [= ordem normativo-constitucional = política de estruturação básica do Estado], *politics* [= jogo político = política de formulação de decisões governamentais e de ocupação de postos de governo pelos competidores em eleições] e *policy* [= política pública]. Sobre a diferenciação e a interrelação desses conceitos: COUTO, Cláudio Gonçalves. *Política constitucional, política competitiva e políticas públicas*, p. 97 e ss.

⁴ *A ordem econômica da Constituição de 1988*, p. 348.

Deve-se aproveitar o ensejo para a erradicação de imprecisões que têm grassado na compreensão da matéria. Decididamente, a justificação *télica* das estruturas de poder e das ordenações jurídicas não é uma concepção *exclusiva* e *específica* do *Welfare State* liberal contemporâneo.

De acordo com a tipologia de José Guilherme Merquior, existem quatro modos macro-históricos predominantes de legitimidade (embora o próprio autor admita que esses tipos ideais não são cortes precisos e absolutos): i) *árquico*; ii) *télico*; iii) *tectônico*; iv) *tópico*⁵.

No *primeiro* modo (vigente aproximativamente desde a Antiguidade Clássica até a primeira metade do século XVIII), a legitimidade é fundada numa ideologia arcaico-tradicional, que se reporta a mitos de origem, buscando no passado o sentido imutável da autoridade; daí que os acontecimentos são interpretados como se estivessem fora do controle humano, o poder é enxergado como elemento de coerção, o Estado é simples fruto orgânico de uma acumulação histórica, a sociedade é fortemente hierarquizada e a lei é contemplada como norma imemorial e sacralizada, não como um produto da ação humana.

Já no *segundo* modo (vigente aproximativamente da segunda metade do século XVIII à primeira metade do século XIX), a legitimidade é fundada em uma ideologia individualista e progressista, afirmada à medida que se amplia o domínio humano sobre a natureza e a sociedade; isso faz com que – diante de uma sociedade em larga expansão demográfica e prosperidade econômica, cuja economia de mercado sofre estimulante desenvolvimento – o Estado de então passe a ser julgado pela capacidade de responder às necessidades dos governados e de concretizar finalidades projetadas sobre o poder, e a lei passe a ser vista como o produto artificial de um *design* voluntarista.

No *terceiro* modo (vigente aproximativamente desde a segunda metade do século XIX até a primeira metade do século XX), a legitimidade funda-se numa ideologia arquitetônica e totalista, em que natureza e sociedade passam a ser divisadas como ordens submetidas a princípios, que vão sendo desvendados pela ciência e pela técnica; o Estado, concebido sob uma visão nacionalista, absorve toda a esfera normativo-social e torna-se o único centro ascético de autoridade de uma sociedade orgânica, disciplinada e industrializada.

Por fim, no *quarto* modo (vigente aproximativamente desde a segunda metade do século XX até hoje), a legitimidade não é fundada em qualquer critério compacto de validade, já que a sociedade de consumo de massa é permeada por formas egocêntricas de conduta e pela índole protéica do homem moderno, especialista em rápidas mudanças de crença e identidade; isso faz com que o Estado seja premido por "causas específicas" (isto é, por reivindicações concretas de movimentos étnicos, regionais, profissionais, etários, etc.), que se validam por traços particulares e "locais" de situações e valores.

⁵ *O argumento liberal*, p. 157-171.

Vê-se, com isso, que o componente tético não é uma novidade pós-moderna. Ele surgiu no entremeio dos séculos XVIII e XIX; no entanto, embora tenha sido retomado pelo Estado telocrático, telocracia não significa *telicidade pura*. Em parte, as instituições políticas do Estado contemporâneo são moldadas por uma concepção jurídica tectônica: a projeção de finalidades últimas sobre o Estado pelas constituições e pelas leis revela o traço *tético*. Já a coordenação técnico-racional das ações governamentais necessárias à consecução dessas finalidades revela o traço da *tectonicidade*. Telicidade pura tornaria o Estado contemporâneo um âmbito de postostas demagógicas. Entretanto, é preciso que o binômio tético-tectônico seja temperado por uma racionalidade *tópica*, ou seja, que os tecnocratas não se isolem em seus gabinetes tentando elaborar diagnósticos públicos e soluções que lhe soem mais adequadas: os destinatários da política pública e os demais interessados na ação governamental devem ser consultados⁶. Trata-se de um imperativo da democracia constitucional hodierna. Política pública sem participação da população é tecnocracia autoritária.

Daí se pode notar que, no *Welfare State* liberal contemporâneo, a legitimidade das ações governamentais tem carga 4 de telicidade, 3 de tectonicidade, 2 de topicidade e 1 de arquicidade. O elemento árquico é ínfimo, embora detectável como coercitividade potencial imanente a toda atividade estatal. Há quem sustente, aliás, que, no Estado pós-moderno, direito eficiente é direito *não-prescritivo*, fundado em técnicas *brandas* de “direção jurídica não autoritária das condutas” [= *soft law*]⁷. Nesse sentido, toda *policy* deve ter, fundamentalmente, três dimensões: a *técnico-racional*, a *político-teleológica* e a *democrático-participativa*. A dimensão coercitivo-autoritária é a menos influente.

Pois bem. Se o alcance dos objetivos é imputado ao Estado como um *dever*, por conseguinte o Estado também tem o *dever* de criar os meios eficientes, de complementar os meios insuficientes e de substituir os meios ineficientes (isto é, de implantar políticas até então inexistentes, de incrementar políticas falhas já existentes e de mudar políticas ineficientes)⁸. No entanto, a definição do conteúdo dessas ações governamentais fica, em regra, sob a *discricionariedade* da Administração Pública. Isso tem causado largas discussões acerca da possibilidade de o Poder Judiciário controlar a implantação dessas políticas e da eventual afronta, nesse caso, ao princípio constitucional da separação de poderes. Afinal, quase sempre há vários meios adequados, necessários e proporcionais ao alcance da finalidade pretendida, motivo pelo qual só o administrador público dispõe das informações técnicas e da visão de conjunto dos problemas internos para poder escolher o melhor meio. Logo,

⁶ Sobre a necessidade de aumento da dimensão participativa nos processos judiciais de controle de políticas públicas: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, p. 44-46; PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução de políticas públicas, p. 163 e ss.

⁷ CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, p. 166 e ss.

⁸ A respeito da possibilidade de controle judicial de políticas públicas deficientes e ineficientes: DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas, p. 118; ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional, p. 65-67.

quando o Poder Judiciário condena o Estado a implantar uma política até então inexistente, a complementar uma política deficiente ou a aperfeiçoar uma política ineficiente, o juiz da causa acaba imiscuindo-se em um elemento de “mérito” da atividade administrativa e tendo alguma ingerência no desenho institucional da política pública pretendida (conquanto não tenha ele o poder de *make public choices*, ou seja, de fixar as metas, os objetivos e as finalidades, mas tão só de assegurar as escolhas já tomadas). Ou seja, o Judiciário fatalmente exerce alguma discricionariedade⁹.

Ora, “onde quer que haja poder discricionário há atividade política” [Pontes de Miranda]. Portanto, os juízes acabam exorcizando a pecha de “bocas da lei”, que lhes foi dada por Montesquieu, e passando por aquilo que Tércio Sampaio Ferraz Jr. chama de “desneutralização política”¹⁰. Com isso, abalam-se fortemente as tradições clássicas do direito administrativo (que sempre reservou a definição do “mérito” à livre escolha da Administração Pública) e do direito constitucional (que sempre pintou o juiz como um agente de Estado “politicamente indiferente”). Mais: fica afetado o equilíbrio de forças entre os três poderes: o Poder Executivo assiste a um crescimento hipertrófico dos seus poderes, o Poder Legislativo passa a limitar-se à condição de um simples fiscal do Poder Executivo e o Poder Judiciário ingressa em uma onda irreversível de ativismo [*judicial activism*]. Isso faz com que sejam colocados em profunda crise os “princípios fundamentais do Estado legislativo de direito: a) do princípio da supremacia do poder legislativo; b) da legalidade da atividade executiva do Estado, que há de dar-se segundo as formas preestabelecidas da lei universal e abstrata; c) do controle de legitimidade, isto é, da conformidade com a lei, exercida pela atividade judiciária”¹¹.

Controvérsias à parte, no dia a dia forense têm vingado inúmeras condenações do Estado à implantação, à complementação e à melhoria de políticas públicas¹². Em boa processualística, trata-se de *sentenças condenatórias de cumprimento de obrigações de fazer*. Mais: trata-se de sentenças eminentemente *normativas*, dotadas de força geral e impessoal, que são menos jurisdicionais que regulamentares¹³. É

⁹ Como bem apontado pela cientista política Maria Tereza Sadek, “assiste-se à confluência de fenômenos correlatos: de um lado, a limitação da margem de discricionariedade dos atores políticos com atuação no Executivo e no Legislativo e, de outro, a ampliação das possibilidades de interferência do Judiciário” (*Judiciário e arena pública*, p. 19).

¹⁰ *Direito Constitucional*, p. 406 e ss.

¹¹ GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo, p. 406.

¹² É importante frisar que, na ordinariade dos casos, o controle judicial se faz sobre políticas públicas *de governo* (isto é, sobre políticas que têm como objetivo a promoção de ações pontuais de proteção e promoção de específicos direitos fundamentais expressos na Constituição), não sobre políticas públicas *de Estado* (isto é, sobre políticas que têm como objetivo a consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública). Aliás, só se produz no Brasil doutrina sobre o controle judicial de políticas de governo (especialmente quando envolvam a concretização de direitos fundamentais de segunda geração, ou seja, de direitos econômicos, sociais e culturais). Entretanto, não existem motivos para esses vácuos de atuação funcional e de produção científica. Lembre-se, p. ex., das notórias e imperdoáveis deficiências da política nacional de segurança em áreas de fronteira do nosso País. Para uma distinção entre *políticas de governo* e *políticas de Estado*: ALTH, Fernando. *Políticas públicas de Estado e de governo*, p. 217 e ss.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*, p. 153-154.

importante trazer à baila os aspectos processuais da “justiciabilidade” [*justiciability*] das políticas públicas, haja vista que a dogmática jurídica tradicionalmente construída no Brasil em torno dessa questão tem se limitado a elucubrações de natureza administrativo-constitucional. Ora, não se pode aqui negar a extrema relevância dessas meditações extraprocessuais. Entretanto, sob o ponto de vista pragmático, elas têm contribuído pouco para a execução daquelas sentenças. Afinal, infelizmente, é cediço que o Poder Público no Brasil – por mais obtuso e revoltante que isso possa parecer – é um péssimo cumpridor de decisões judiciais (tanto mais se se tratar de resoluções de índole quase-legislativa). Pior: sente-se induzido a uma espécie de *inércia funcional*, já que só atua se for pressionado pelo Judiciário (fenômeno que já se vê em matéria de fornecimento de medicamentos de alto custo e concessão de benefícios assistenciais e previdenciários). Logo, não basta ao juiz ouvir os destinatários e os interessados na ação governamental [= constitutividade *tópica*] e reconhecer o dever do Estado de implantar, melhorar ou substituir uma política [= constatatividade *télica*]; necessário é que ele disponha dos meios técnico-processuais para forçar [= performatividade *árquica*] ou induzir o cumprimento do dever estatal [= performatividade *tectônica*].

2. Execução Forçada de Políticas Públicas

Se a implantação de uma política pública implica uma *obrigação de fazer*, logo se pensa na aplicação do artigo 461 do Código de Processo Civil. O § 4º do dispositivo prevê a possibilidade de o juiz fixar um prazo *razoável* para o cumprimento do preceito e impor *multa diária* (a chamada *astreinte*). Já o § 5º descreve um rol *exemplificativo* de “medidas de apoio” para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente (p. ex., imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva). Nota-se que todos esses instrumentos são essencialmente *coercitivos*. Nem por isso têm se mostrado suficientes para compelir o Poder Público a cumprir o comando sentencial. Não raro, na execução de sentenças condenatórias de implantação de políticas públicas, o roteiro é repetitivo: o juiz fixa um prazo intuitivo, o prazo é extrapolado, o Ministério Público protesta, o juiz fixa multa diária, o réu pede mais prazo, as multas acumulam-se até cifras milionárias e a obrigação de fazer continua sendo descumprida ou cumprida de forma parcial ou insatisfatória. Pior: esse acúmulo infundável de multas é cobrado da pessoa jurídica de direito público, não do agente político ou do servidor resistente, o que acaba sangrando o Erário e, com isso, prejudicando a manutenção de serviços públicos essenciais (embora seja razoável admitir-se o redirecionamento das *astreintes* contra os terceiros cuja cooperação seja imprescindível para a efetivação da tutela, contanto que a adoção da medida seja precedida do devido processo legal¹⁴).

¹⁴ Entendendo possível o redirecionamento, v.g.: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Algumas questões sobre as astreintes*, p. 104; FERREIRA, Éder. *As ações individuais no controle judicial de políticas públicas*, p. 346-347; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução contra o Poder Público*, p. 78-79; TALAMINI, Eduardo.

Em 1986, Fábio Konder Comparato já antevia o problema: “A condenação pecuniária do Erário Público reflete-se, negativamente, sobre toda a população, sem dar adequada satisfação aos que seriam beneficiados com a execução da política negligenciada”¹⁵. Como se percebe, os autos acabam resumindo-se às pressões do autor, à indignação do juiz e aos queixumes do réu.

Nem se diga que a adoção do *Contempt of Court* seria a solução para o problema da execução judicial de políticas públicas.

Para que se verifique isso, algumas palavras sobre a origem do instituto se fazem necessárias.

No domínio contratual, as *Courts* inglesas não propiciavam remédios adequados contra o descumprimento, senão a reparação de danos. Assim, em face da indiferença do *common law*, os comuns do povo passaram a recorrer à *justiça do rei*, que, fiel à tradição medieval, julgava com arrimo na equidade, não no *strictum ius* da jurisdição ordinária. Para tanto, o rei era assistido pelo *King’s Council*, um grupo de clérigos-juristas. Entre esses religiosos estava o Chanceler [*Lord Chancellor*], o funcionário principal do reino, guardião da consciência do rei e do seu sinete (razão por que também chamado de *Lord Keeper*).

No começo, o Chanceler selecionava as petições para o rei examiná-las; com a multiplicação de *petitions*, porém, o *Lord Keeper* passou a decidir diretamente. No final do séc. XIV, o Chanceler passou a assumir uma posição autônoma dentro da burocracia judiciária, formando-se a Corte da Chancelaria [*Court of Chancery*]. Tratou-se de órgão de jurisdição especial, paralelo e concorrente às *Courts of common law*. Perpassada pelo espírito do direito canônico, a *Equity* considerava a falta à palavra dada nas convenções jurídicas [*breach of contract*] um pecado possível. Portanto, na medida em que as cortes do *common law* não conferiam tutela aos contratos verbais ou firmados por instrumento, a *Court of Chancery* começou a reprimir a quebra da palavra [*breach of faith*] com base no princípio da fé jurada [*pact sunt servanda*].

Para isso, lançava mão de duas medidas. Na primeira, atribuía ao lesado um *writ* para que este exercesse o seu direito à prestação específica junto aos tribunais da *common law*. Na segunda, ordenava o comparecimento do devedor para que o litígio fosse resolvido na presença de ambas as partes, sob pena

Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado, p. 169-170; *idem*. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 449-450. Na jurisprudência, v.g., STJ, 2ª Turma, EDcl no RESP 1.111.562/RN, rel. Ministro Castro Meira, j. 01.06.2010, DJe 16.06.2010. Sérgio Cruz Arenhart defende a possibilidade de redirecionamento a qualquer representante – com base na teoria da desconsideração – que se utiliza da personalidade autônoma da pessoa jurídica para frustrar direitos (A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros, p. 980-982). No mesmo sentido: FARO, Julio Pinheiro. *Mecanismos de efetivação da tutela específica em sede de controle judicial de políticas públicas*, p. 71-73. Contra a extensão da multa diária aos representantes da pessoa jurídica de direito público, na doutrina, p. ex., AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*, p. 127 e ss.; AZEM, Guilherme B. Nassif. *Cumprimento dos pronunciamentos emitidos contra a Fazenda Pública*, p. 247-248; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*, p. 268; na jurisprudência, p. ex., STJ, 5ª Turma, RESP 747.371/DF, rel. Ministro Jorge Mussi, j. 06.04.2010, DJe 26.04.2010.

¹⁵ *Para viver a democracia*, p. 152.

de multa ou prisão [*writ of subpoena*]. Julgado o caso, prolatava-se o *decree for specific performance* (para as prestações *positivas*) ou o *decree for injunction* (para as prestações *negativas*). Se o réu persistisse na inexecução, a desobediência era tida como “desprezo pelo tribunal” [*contempt of court*] e o Chanceler ordenava o seu aprisionamento durante o tempo necessário para o devedor arrepender-se e anunciar o seu intento de cumprir a obrigação¹⁶.

Em contrapartida, há na doutrina quem divise que a origem remota da *Contempt of Court* é romana, tendo sido já acolhida nas Ordenações do Reino, mas não preservada pela força dos influxos culturais do movimento liberal do séc. XVIII. Quando tratavam das “cartas de sentença” [Livro V, Tít. 128], as Ordenações Filipinas já previam a prisão pelo descumprimento da determinação judicial (“desprezo”, na literalidade do referido texto português, que, não coincidentemente, se traduz para o inglês como *contempt*). Ali já se haveria revelado a fonte romana do instituto do *Contempt of Court* e, em germe, os elementos formadores da hodierna ação mandamental¹⁷. Aliás, a mesma norma jurídica é já encontrada nas Ordenações Manuelinas, desta feita contida no Livro V, Título 50¹⁸.

De qualquer maneira, a comunidade jurídica passou a deitar os seus olhos sobre o instituto anglo-saxão em face da necessidade prático-forense de qualificar-se a recusa ao cumprimento de uma determinação judicial como um desprezo ao Poder Judiciário, a ser sancionado com o encarceramento (“*Refusal to comply with the order is a contempt of court punishable by imprisonment!*”). Em princípio, os mecanismos de efetivação do *Contempt of Court* seriam bem-vindos à implantação judicial de políticas públicas, já que esse tipo de execução tem funcionado em baixo grau de efetividade e eficiência. Porém, o nosso ordenamento não permite algumas medidas inerentes ao regime anglo-saxão.

O juiz brasileiro cível não dispõe de competência *ratione materiae* para decretar prisão por crime de desobediência [CP, art. 330]¹⁹. Quando muito pode ele, com base no artigo 40 do CPP, ordenar a remessa de peças ao Ministério Público para que haja o oferecimento de denúncia ou a abertura de inquérito policial. Mesmo que lei autorizasse o juiz cível a decretar a prisão, esbarrar-se-ia, provavelmente, nas proibições de prisão por dívida contempladas na Constituição Federal de 1988 e na

¹⁶ Cf. SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. p. 193; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. p. 83-86; TOMASETTI JR, Alcides. *Execução de contrato preliminar*. p. 112-119.

¹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2, p. 350.

¹⁸ FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4. t. 1, p. 247.

¹⁹ Entendendo tratar-se de crime de desobediência, p. ex.: TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, p. 301 e ss.; WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*, p. 27. Contra, argumentando que crime de desobediência é praticado em desfavor da Administração Pública, não podendo ter como sujeito ativo um servidor público, mas tão-só um particular: AZEM, Guilherme Beux Nassif. *Cumprimento dos pronunciamentos emitidos contra a Fazenda Pública*, p. 249-250; BUENO, Cássio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança*, p. 350; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, p. 285. Sugerindo que se trata de crime de prevaricação: TALAMINI, Eduardo. *Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado*, p. 173-174.

Convenção Americana dos Direitos do Homem. Portanto, não é possível inserir-se no sistema nacional o *Contempt of Court* Civil Direto praticado nos países anglo-saxões, mas somente o *Contempt of Court* Penal Indireto (*penal*, pois não há aplicação de pena restritiva de liberdade nos próprios autos, mas em persecução penal; *indireto*, pois não há prisão imediata do desobediente, salvo em caso de prisão em flagrante: exige-se rigoroso procedimento incidental em trâmite perante o juízo criminal²⁰).

Mesmo assim, a responsabilidade criminal do agente público é o que menos importa para a coletividade. O seu indiciamento não faz necessariamente com que a implantação da política pública seja apressada. O enfoque penal não cria uma solução para o deslinde da questão, pois a sanção penal satisfaz o ímpeto revanchista do autor [ética retributivista], mas nunca a pretensão de direito material alegada por ele em juízo [ética utilitarista]. Ademais, a pena cominada à desobediência é insignificante [detenção de 15 dias a 6 meses, e multa], razão pela qual propicia as vantagens da Lei nº 9.099/1995 (e faz com que muitas vezes o réu seja perdoado mediante a entrega de cestas básicas a instituições de caridade). Por conseguinte, as consequências penais são tão diminutas que não desestimulam a desatenção à ordem judicial. Pior: é vencedor o entendimento de que deve existir expressa previsão legal para que a sanção processual civil (p. ex., multa diária) seja acumulada com a sanção penal prevista no artigo 330 do CP²¹. Logo, não se pode cogitar de *persecutio criminis* a título de desobediência no caso de descumprimento de sentença condenatória de implantação de políticas públicas, seja porque a efetivação dessa sentença pode ocorrer mediante a incidência de multa diária, seja porque não há previsão legal para a acumulação das sanções processuais cabíveis e a sanção penal prevista no artigo 330 do CP.

O dia a dia forense tem mostrado, assim, que a *execução forçada* não é a forma mais eficiente de implantar-se em juízo determinada política pública. Execução forçada é vista tradicionalmente como *sanção*; sanção é consequência jurídica de ato *ilícito*; atos ilícitos são atos *imorais*. Daí a elevada carga de reprovabilidade e de coercitividade que existe no regime de efetivação das tutelas específicas de obrigação de fazer e não fazer [CPC, art. 461, §§ 4º e 5º] e nos veementes instrumentos do *Contempt of Court* anglo-saxão.

No entanto, nem sempre o Estado deixa de implantar uma política pública por desmazelo. Nalguns casos, as limitações orçamentárias o forçam a priorizar políticas públicas emergenciais em detrimento de outras menos prementes. Noutros, o conjunto das amarras administrativas impele-o a desincumbir-se da política pública com demora indesejada pela coletividade. Por isso, não raro, diante de uma sentença condenatória, os entes públicos veem as suas prioridades

²⁰ Para uma classificação das formas de *contempt of court*: GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 93 e ss.

²¹ Na jurisprudência: RT 399/283, 412/401, 558/319, 728/562; JUTACRIM 46/353, 77/143, 94/199; na doutrina: FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*. v. 5, p. 552; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. IX, p. 417; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. v. 4, p. 187; NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. v. 4, p. 302.

ser redefinidas e o seu planejamento financeiro ser bastante desorganizado. É preciso ter em mente, além do mais, que a implantação de uma política pública é sempre algo assaz complexo. Trata-se de um agir governamental intersetorial e interdisciplinar; portanto, os atos de preparação para o cumprimento da correspondente obrigação de fazer têm de ser internamente analisados e referendados por vários departamentos do ente público (muitos deles sem ágil comunicação entre si e padecendo de artrose burocrática). Enfim, é necessário existir o concerto sincrônico e diacrônico de esforços oriundos de diferentes esferas da Administração. Isso revela a massa multitudinária de agentes políticos e servidores públicos geralmente envolvida na realização dessa ação, pois isso revela, ainda, que muitas vezes não há dolo por parte do agente público, razão pela qual não se configuram o crime de desobediência definido no artigo 330 do CP, o crime de responsabilidade do prefeito municipal definido no inciso XIV do artigo 1º do Dec.-lei nº 201/1967 e o crime de desobediência definido no artigo 26 da Lei nº 12.016/2009.

Com isso já se vê que o enquadramento da conduta do agente público resistente no inciso II do artigo 11 da Lei 8.429/1992 também não resolve o problema²². De acordo com o aludido dispositivo, “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício” constitui ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios da Administração Pública. Porém, exige-se *dolo*, ainda que genérico, para que se configurem as hipóteses do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa (*cf.*, p. ex., STJ, 1ª Turma, AgRg no RESP 1.225.495-PR, rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 14.02.2012, DJe 23.02.2012; STJ, 1ª Turma, AgRg no RESP 21.662-SP, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 07.02.2012, DJe 15.02.2012; STJ, 1ª Turma, AgRg no RESP 975.540-SP, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. 17.11.2011, DJe 28.11.2011; STJ, 2ª Turma, RESP 912.448-RS, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 02.12.2010, DJe 14.12.2010; STJ, 1ª Turma, AgRg no RESP 1.122.474-PR, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 16.12.2010, DJe 02.02.2011; STJ, 2ª Turma, AgRg no RESP 1.307.907-MG, rel. Ministro Humberto Martins, j. 02.09.2010, DJe 28.02.2011, STJ, 2ª Turma, RESP 1.156.564-MG, rel. Ministro Castro Meira, j. 26.08.2010, DJe 08.09.2010; STJ, 2ª Turma, RESP 1.182.968-RJ, rel. Ministra Eliana Calmon, j. 19.08.2010, DJe 30.08.2010; STJ, 2ª Turma, RESP 1.156.209-SP, Rel. Ministro Herman Benjamim, j. 19.08.2010, DJe 27.04.2011).

Da mesma maneira, a intervenção federal nos Estados-membros [CF, art. 34, VI] e a intervenção estadual nos Municípios [CF, art. 35, IV] não resolvem o problema²³. Ora, trata-se de medidas extremas oponíveis exclusivamente aos Estados e Municípios. Além disso, a jurisprudência entende que a intervenção é possível apenas nos casos de descumprimento voluntário ou injustificado de

²² Conquanto essa solução seja propugnada por GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*, p. 141.

²³ Solução também propugnada por GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*, p. 141.

decisão judicial. Ou seja, entende-se que a intervenção é admissível somente em casos de descumprimento *doloso* ou *intencional* (cf., p. ex., STF, 2ª Turma, AI 786676-MG, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 01.02.2011; STF, Pleno, IF 5050 AgR-SP, rel. Ministro Ellen Gracie, j. 06.03.2008; STF, Pleno, IF 506 AgR-SP, rel. Ministro Maurício Correa, j. 05.05.2004; STF, Pleno, IF 3773-RS, rel. Ministro Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. 03.04.2003). E nem poderia ser diferente: a intervenção é o *punctum dolens* do equilíbrio federativo, motivo pelo qual é medida de intromissão drástica e excepcional, que dificilmente será deferida se o Poder Público alegar a existência de sérios entraves burocráticos, ou inexistência de recursos financeiros para a implantação da política pública pretendida.

Conseqüentemente, a par de toda carga despótica, a imposição de multa diária, a responsabilização por improbidade administrativa, a intervenção em Estado e Município e a responsabilização criminal não são medidas com bom desempenho na implantação judicial de uma política pública. Como foi bem ressaltado por Samuel Meira Brasil Jr. e Juliana Justo Botelho Castelo, "dada a complexidade fática e técnica, a interferência de diversos complicadores na execução da política pública, a mera punição do agente ou a utilização de uma técnica coercitiva pode não ser suficiente e adequada à efetividade da decisão judiciária"²⁴. Na supercomplexidade da vida social pós-moderna, as fórmulas áruicas de coercitividade judicial tendem, em razão da sua ingenuidade simplificadora, a falhar. Aliás, elas vão na contramão de um mundo em que se assiste à disseminação de "técnicas leves" de interferência social.

Nem a tão propalada *intervenção judicial* se mostraria eficiente. Como cedo, a intervenção judicial sempre foi tradicionalmente tratada como um provimento cautelar de conservação, fiscalização e controle da atividade administrativa do réu, exercidos por um terceiro da confiança judicial. Por meio de um *longa manus*, o juiz procura evitar o mau uso de um bem litigioso (e.g., propriedade, sociedades empresariais). Para tanto, o interventor pode ser nomeado: a) para uma simples fiscalização, sem que o demandado perca seus poderes de administração [= interventor-observador]; b) em substituição aos administradores naturais, que serão removidos de maneira compulsória, mas temporária [= interventor-administrador]; c) para uma mera co-gestão, ao lado dos administradores naturais [= interventor cogestor]²⁵. Mas a mesma técnica interventiva pode ser usada como uma "medida de apoio" atípica à efetivação da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer²⁶. A questão é saber se é possível a intervenção judicial em uma pessoa jurídica de direito público com o objetivo de fazê-la implantar uma determinada política pública. Ora, é preciso aqui tomar inúmeras precauções, já que o afastamento de agentes políticos da

²⁴ O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas, p. 486.

²⁵ Sobre o tema, ver, p. ex., PEREIRA, Luiz Fernando C. *Medidas urgentes no direito societário*, p. 205-263; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, p. 418-422.

²⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 275-283.

administração da pessoa jurídica pode afetar o sistema federativo. Não é por outra razão – como já visto – que a intervenção sofrida por Estados e Municípios recebe regime específico de envergadura constitucional. Essa é, aliás, uma das razões por que o STJ entendeu ser incabível intervenção judicial em qualquer instância de órgão público (2ª Seção, AgRg na Pet 734-CE, rel. Ministro Barros Monteiro, DJU 25.11.1996, p. 46134)²⁷. De toda forma, ainda que esse tipo de intervenção fosse admissível, o próprio administrador judicial acabaria fatalmente verificando várias e tormentosas dificuldades de natureza burocrático-administrativa e orçamentário-financeira para a implantação da política pública desejada.

3. “Execução Negociada” de Políticas Públicas

Quando o Poder Judiciário condena um determinado Município a desativar em tempo diminuto um lixão a céu aberto e construir uma unidade de coleta e de tratamento adequado do lixo urbano, muitas vezes não tem em mente que a implantação dessa nova política exige, por exemplo: a) disponibilidade orçamentária para a aquisição do terreno ou a afetação de um terreno já possuído para a nova destinação pública; b) interdição da área do lixão; c) retirada de pessoas do novo terreno; d) realização de concurso público e capacitação de novos servidores para o tratamento adequado do lixo; e) realização de licitação para a edificação da nova unidade e para a compra de materiais de trabalho; f) contratação de vigilância permanente para impedir o ingresso de pessoas no local, antes acostumadas à cata de resíduos; g) implantação de programa de educação ambiental de manejo de lixo para a população residente às voltas do extinto lixão; h) implantação de coleta fina e regular de lixo nos bairros circundantes ao extinto lixão; i) revogação dos alvarás concedidos às empresas que antes despejavam resíduos no lixão; j) implantação de plano de recuperação ambiental da área degradada; k) cadastramento e capacitação de cooperativas de coleta, separação e destinação de material reciclável; l) adequação de todos esses gastos no tempo em função do planejamento orçamentário preestabelecido; m) desvinculação das verbas públicas anteriormente destinadas a outras finalidades. O cumprimento da obrigação de fazer terá de obedecer a um cronograma e será fracionado entre as diversas secretarias municipais encarregadas da tarefa pertinente (Secretaria de Planejamento, Secretaria de Obras Públicas, Secretaria de Finanças Públicas, Secretaria da Educação, Secretaria de Meio Ambiente, Secretaria de Serviços Públicos, Secretaria de Orçamento, Gabinete do Prefeito etc.).

Da mesma maneira, quando existe determinação judicial para o fornecimento de medicamentos excepcionais, o Poder Público tem de: a) verificar se o medicamento está disponível no mercado nacional e se existe mais de um fornecedor; b) se o medicamento estiver disponível no mercado nacional e existir mais de um fornecedor, providenciar a primeira aquisição por dispensa de licitação

²⁷ Para uma discussão desse caso: ARENHART, Sérgio Cruz. *A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica*, p. 824-826.

emergencial [Lei nº 8.666/1993, art. 24, IV] e as próximas aquisições por licitação (geralmente pelo sistema de registro de preços); c) se o medicamento estiver disponível no mercado interno, mas existir tão só um fornecedor, comprar por exclusividade [Lei nº 8.666/1993, art. 25, I], mediante apresentação de atestado de exclusividade pelo princípio ativo; d) se não houver disponibilidade do medicamento no mercado interno, iniciar o procedimento de compra internacional e verificar se existe mais de um fornecedor; e) se houver mais de um fornecedor internacional, providenciar a primeira aquisição por dispensa de licitação emergencial [Lei nº 8.666/1993, art. 24, IV] e as próximas aquisições por licitação internacional, caso em que deverá obter licença de importação e desembaraço aduaneiro; f) se houver um único fornecedor internacional, comprar por inexigibilidade de licitação [Lei nº 8.666/1993, art. 25], mediante a apresentação de documentos que comprovem que somente um fabricante possui o medicamento. Não se pode olvidar que também aqui vários órgãos e repartições têm participação (setor de assistência farmacêutica, que informa o nome do princípio ativo, a forma farmacêutica, a quantidade a ser adquirida e os possíveis fornecedores, etc.; o setor responsável pelas compras; o órgão de consultoria jurídica). Ou seja, o cumprimento da decisão num curto lapso temporal é sempre dramático, pois ele pressupõe obediência a rígidos trâmites burocráticos, disponibilidade orçamentária e financeira, avaliações de mercado e uma comunicação intersetorial (sempre problemática na Administração Pública).

No cotidiano forense é comum deparar-se com situações em que o réu reconhece a necessidade de realizar o *objeto* da pretensão de direito material alegada em juízo, mas resiste à realização desse objeto no *tempo* pretendido pelo autor. Afinal, as implantações de políticas públicas pretendidas em juízo soem ter sólido embasamento constitucional e ser socialmente relevantes. Contudo, as várias limitações orçamentárias e os inflexíveis controles burocráticos internos e externos frequentemente impedem a Administração de desincumbir-se dos seus importantes misteres no tempo desejado pela população (ávida por melhorias), ou mesmo pelos gestores públicos (ávidos por reconhecimento eleitoral). Daí por que, nessas ações, o deslinde da causa não exige a solução de questões jurídicas, mas de questões fáticas. Mais: o deslinde da causa está em saber qual o tempo *razoável* para o ente público cumprir a obrigação de fazer.

Afinal, como bem diz Osvaldo Canela Junior, "para o orçamento programa, a ausência de receita é pressuposto de atuação *no tempo* e não fator de paralisação da atividade estatal"²⁸ [d.n.]. Isso mostra que, em grande parte das lides que envolvem implantação de políticas públicas, não se está diante de um conflito sociológico propriamente *dialético*, em que uma parte está certa e a outra está errada (caso em que a solução do conflito deve ser *disjuntiva* ou *dualista*, ou seja, deve haver vencedor e vencido). Na verdade, está-se diante de um conflito *exlético*, em que as duas partes estão erradas: o réu errou porque não cumpriu o *objeto* da pretensão;

²⁸ O orçamento e a "reserva do possível", p. 231.

o autor errou porque exigiu o cumprimento em *tempo* infactível (caso em que a solução do conflito deve ser *conjuntiva* ou *integralista*, ou seja, as duas partes devem ganhar e perder). Daí por que, nessa seara, um dos maiores contribuintes para o descumprimento das decisões judiciais é o próprio magistrado, que, de maneira unilateral e desajeitada, só inventar prazos absolutamente irrealizáveis para que o demandado cumpra o preceito (o que desmoraliza a jurisdição).

É possível, aliás, identificar três formas de fixação de prazos para a implantação de uma política pública em juízo: 1) *apriorística* (em que o juiz deduz abstratamente um prazo a partir da sua razão e do seu bom senso); 2) *empírica* (em que o juiz se utiliza de sua experiência anterior em casos similares para intuir um prazo); 3) *científica* (em que o juiz chega indutivamente a um prazo só após resignar-se a conhecer as possibilidades particulares e concretas do réu). Nem é preciso dizer que, na ordinariade dos casos, os juízes se limitam a (1) e (2). Contudo, na implantação judicial de uma política pública, é preciso uma ética de eficiência e de melhores consequências, o que somente é viável em (3). Os juízes não dominam o emaranhado técnico subjacente a essas execuções, motivo por que é temerário fiarem-se apenas em sensações casuísticas e raciocínio escolástico. Antes, é preciso que se socorram de dados positivos. Ou seja, para mudar a realidade, o juiz tem de desvelá-la e refletir sobre ela. Por isso, quando o § 4º do artigo 461 do Código diz que o juiz deve fixar um prazo *razoável* para o cumprimento do preceito, ele está a referir-se não a uma razoabilidade abstrata (derivada de palpites e intuições), mas *concreta* (calcada em dados metodologicamente angariados).

Esses dados podem ser obtidos numa audiência preliminar [*pretrial conference*] entre autor e réu. Dificilmente o juiz logrará obter dados, porém, para a fixação do prazo e o início de uma execução *forçada*: o réu nunca cooperará a contento para o sucesso de atos coercitivos a serem perpetrados contra ele próprio. Todavia, a audiência poderá ser frutífera se os dados forem utilizados para a construção de uma “execução” *negociada*. Após o réu expor à mesa sua capacidade real e concreta de implantar a política pública, o juiz terá melhores subsídios para propor às partes um acordo sobre o cumprimento voluntário da decisão liminar ou da sentença dentro de um *cronograma*. A utilização de cronogramas na implantação judicial de políticas públicas não é, aliás, desconhecida da doutrina e da jurisprudência.

No Brasil, Eduardo Talamini recomenda que, “em vista da complexidade da prestação envolvida”, o juiz estabeleça “um *cronograma* com marcos parciais que possam ser objetivamente aferidos” [d.n.]²⁹. Na Argentina, p. ex., Roberto Omar Berizonce relata que, no conhecido caso “Beatriz Mendoza”, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* determinou aos Estados envolvidos a apresentação de um plano integrado e completo, baseado no princípio da progressividade, a fim de que os objetivos fossem alcançados de modo gradual através de metas projetadas em

²⁹ *Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado*, p. 170-171.

um *cronograma*³⁰. Solução similar foi dada pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, em sessão de 13 de agosto de 2008, antecipou os efeitos da tutela pretendida pelo Ministério Público para determinar ao Município de Canoas que apresentasse em 20 (vinte) dias o cronograma de um projeto de implantação do Serviço Residencial Terapêutico para atendimento dos portadores de doença mental em situação de abandono (Agravo de Instrumento 70024042095, Relatora Desembargadora Denise Oliveira Cezar). Porém, como se pode ver, o cronograma é tradicionalmente inserido no contexto de uma execução forçada, não de uma “execução negociada”.

É importante sublinhar que, na expressão “execução negociada”, há razão para a expressão ser colocada entre aspas: aqui, não há uma execução em sentido estrito, pois o Estado-juiz não invade forçadamente a esfera jurídica do demandado [execução *direta*], nem por meio de ameaças o compele a fazer algo [execução *indireta*]. Porém, tomando a palavra *execução* em sentido amplíssimo (ou seja, no sentido de “efetivação”), pode-se afirmar que, numa implantação negociada de política pública em juízo, haveria *soft judicial execution* (escorada na *persuasão*, na *liquidez*, na *incitação*, na *flexibilidade*, no *diálogo* e na *criatividade*), e não *hard judicial execution* (escorada na *força*, na *solidez*, na *coerção*, na *rigidez*, na *imposição* e na *subsunção*). Nesse tipo bastante diferenciado de execução judicial, os princípios da *boa-fé* e da *colaboração* assumem alta densidade, já que a cooperação do executado e a lealdade recíproca entre as partes são indispensáveis à obtenção de um cronograma de implantação e, conseqüentemente, à realização da tutela jurisdicional³¹. Trata-se de uma verdadeira *execução complexa cooperativa*, pois.

Para que se consiga um cronograma negociado desse tipo, recomenda-se, entre outras coisas: i) que o juiz da causa se reúna as sós com cada uma das partes para ouvir suas posições, identificar interesses subjacentes comuns e contrapostos, simular algumas alternativas de acordo e interromper a audiência quando a conversação se mostrar hostil ou obstruída (na técnica da mediação, essa reunião privada é chamada de *cáucus*); ii) a instauração de rodadas de negociação para a discussão dos temas e de cada uma das etapas do cronograma; iii) a presença não apenas dos advogados, do Ministério Público e dos representantes legais dos entes envolvidos, mas também dos responsáveis técnicos encarregados internamente do cumprimento de cada etapa do cronograma; iv) a consulta eventual a terceiros especialistas – nomeados pelo juiz como peritos, ou intervenientes na qualidade de *amicus curiae* – para a ampliação das informações imprescindíveis³²; v) a possibilidade democrática de participação não só das partes e dos auxiliares da justiça, mas dos

³⁰ *Tutelas procesales diferenciadas*, p. 147-148.

³¹ Sobre o princípio da colaboração na execução: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, p. 141-149.

³² Embora *a priori* não divise a valia do *amicus curiae* “na atividade jurisdicional voltada precipuamente à realização concreta, à realização prática do direito”, Cassio Scarpinella Bueno reconhece que o *amicus curiae* pode assumir “foros de utilidade” na execução da sentença proferida em processo coletivo (*Amicus curiae* no processo civil brasileiro, p. 604-608).

setores da sociedade interessados na implantação da política pública, fazendo-se, assim, com que a relação processual assuma uma *estrutura polifônica* e transponha a bilateralidade autor-réu (já que, no Estado Social e Democrático de Direito, construído para uma sociedade fragmentária e pluralista, as experiências institucionais conquistam maior legitimidade – de natureza *tópica*, sublinhe-se – à medida que se estruturam sob canais de controle e participação direta dos destinatários da ação governamental); vi) a possibilidade de os presentes usarem na audiência mapas, planilhas, gráficos, plantas, desenhos, rascunhos, orçamentos, croquis, vídeos, fotografias, retroprojetores, slides, quadros, lousas, telas para *PowerPoint*, propostas, comentários e toda sorte de recursos audiovisuais necessários à explanação técnica de suas perspectivas; vii) a possibilidade de eventual interrupção da audiência para a realização de inspeção judicial nos locais de instalação das estruturas que serão necessárias à implantação da política; viii) a reserva de um espaço amplo e informal para acolher com conforto os presentes, facilitar o diálogo entre eles e comportar toda a estrutura física acima sugerida³³.

Mas, para que tudo isso funcione, há uma condição *objetiva* de possibilidade (o juiz deve ser verdadeiramente capacitado na técnica de mediação³⁴) e outra *subjetiva* (o juiz deve ter inclinação pessoal para o diálogo, a escuta ativa, a interrupção adequada, a paciência, a curiosidade, o improviso, o comprometimento, o bom senso, a articulação, a apreensão dos interesses não externados, a desconstrução de impasses, etc.). Enfim, duas condições dificilmente encontráveis em um juiz, mas bastante desejáveis em um *psicoterapeuta*. E não sem razão. Como foi bem percebido por Tércio Sampaio Ferraz Jr., “com o advento da sociedade tecnológica e do Estado social, [...] o juiz é chamado a exercer uma função *socioterapêutica*, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução das finalidades políticas das quais ele não se exime em nome do princípio da legalidade [*dura lex sed lex*]”³⁵ [d.n.].

De qualquer maneira, 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, visto que o instituto é preponderantemente raciocinado para a solução de conflitos empresariais, trabalhistas, familiares e

³³ Parte dessas medidas já foi sugerida por Ada Pellegrini Grinover, embora para a fase de cognição: “[...] o processo deverá obedecer a um novo modelo, com cognição ampliada, que permita ao magistrado dialogar com o administrador para obter todas as informações necessárias a uma sentença justa e equilibrada, que inclua o exame do orçamento e a compreensão do planejamento necessário à implementação da nova política pública. A sociedade deverá ser ouvida em audiências públicas, admitindo-se a intervenção de *amici curiae*. Caberá também o juiz atentar para outras despesas que possam comprometer o mesmo orçamento, o que poderá ser feito pela reunião de processos em primeira ou segunda instância” (*O controle jurisdicional de políticas públicas*, p. 139).

³⁴ Segundo Francisco José Cahali, “por mais que uma pessoa tenha habilidade e talento como negociador ou gestor de conflitos, a mediação exige estudo específico, técnicas, experiência, e constante aprendizado para aprimoramento do conhecimento”, razão pela qual “a capacitação é indispensável à correta utilização deste valioso instrumento” (*Curso de arbitragem*, p. 62).

³⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito constitucional*, p. 406.

ambientais. 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 ação técnico-tectônica também ganhe legitimidade *tópica*).

Isso exige da autoridade judicial um relativo domínio tanto da linguagem *político-administrativa* quanto da *técnico-científica*, que decodificam os impasses internos (como se a ele não bastasse ter de dominar com proficiência a linguagem *jurídico-processual*, estruturante da “execução negociada”). Isso o obriga, além o mais, a sair de uma mediação tradicionalmente *bilateral* (em que tomam parte na audição os litigantes e os seus advogados) para uma mediação *multilateral* (em que, além dos litigantes e seus procuradores, há intervenção de uma camada compósita de agentes políticos, altos servidores públicos, representantes de setores organizados da sociedade, técnicos, etc., que potencializam o *brainstorming*). Se assim não for, o juiz estará incorrendo irresponsavelmente em um “ativismo judicial despreparado” [Virgílio Afonso da Silva]. E a chance de isso ocorrer é grande, visto que a formação técnica e humanista dos magistrados – distante da multidisciplinaridade, da interdisciplinaridade e da transdisciplinaridade desejáveis – ainda é bastante inadequada para lidar com políticas públicas³⁶. Hoje, os juízes ainda são selecionados e capacitados apenas para a composição de litígios privados ou entre indivíduos e o Estado, conquanto sejam cada vez mais chamados à especial coordenação de uma “democracia deliberativa em juízo” e à concretização dos grandes objetivos sócio-econômicos plasmados no texto constitucional.

É importante registrar que a mediação não é proveitosa apenas nos litígios entre a coletividade e o ente público, em que haja pedido de implantação de política pública, mas em litígios entre entes públicos, em que a implantação de uma política pública faça parte tão somente da causa de pedir. Recentemente, o DNIT tornou-se coordenador da política pública de adequação de capacidade de tráfego

³⁶ Sobre essa inadequação: COSTA, Susana Henriques da. *O Poder Judiciário no controle de políticas públicas*, p. 460; ZUFELATO, Camilo. *Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais*, p. 314, nota 8. Segundo Maria Paula Dallari Bucci, “definir as políticas públicas como campo de estudo jurídico é um movimento que faz parte de uma abertura do direito para a interdisciplinaridade” (*O conceito de política pública em direito*, p. 1). No mesmo sentido: ARNAUD André-Jean e DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*, p. 244-245: “Somente a análise interdisciplinar permite examinar as relações entre as políticas públicas e o direito, os vazios que podem explicar más implementações. Só ela pode permitir descobrir o tempo e enunciar os riscos de derrapagem consecutivos à tentativa de impor políticas, quando se pesquisa a eficácia máxima, sem respeitar escrupulosamente todos os constrangimentos do Estado de direito. Só ela pode permitir medir o impacto de cada tipo de regulação na implementação das políticas públicas e sugerir a substituição de um tipo de regulação previsto por um outro tipo – substituir, por exemplo, uma regulação jurídica por uma regulação social ou inversamente”.

e restauração da malha viária da BR 101 Nordeste (o que redundou na realização de obras de duplicação). Porém, para a continuidade das obras, foi preciso que as empresas concessionárias de energia elétrica remanejassem os suportes de suas linhas de transmissão estendidos ao longo das faixas de domínio da mencionada rodovia federal. Nem é necessário dizer que vários impasses surgiram, visto que as concessionárias alegaram falta de disponibilidade financeira para a remoção imediata de uma quantidade infinitesimal de postes. Nas inúmeras demandas propostas pelo DNIT, o cumprimento das liminares e das sentenças condenatórias só foi obtido mediante a celebração de acordos constitutivos de um minucioso cronograma de retirada das linhas transmissoras, em que se logrou harmonizar a urgência da autarquia federal com as limitações das empresas concessionárias. Isso demonstra que a mediação judicial é importante fonte propiciadora de diálogo interinstitucional (tão raro no âmbito governamental) e, portanto, eficiente instrumento para viabilização de políticas públicas emperradas por conflitos entre entidades que compartilham a mesma infraestrutura de serviço.

4. Dogmática Jurídica e Execução Judicial de Políticas Públicas

O dia a dia do foro tem demonstrado que o índice de realização de acordos nessa audiência é enorme e que os entes públicos os cumprem cabalmente. Afinal de contas, a solução costuma proporcionar benefícios mútuos. Mais: o cotidiano demonstra que, na execução judicial de políticas públicas, o melhor a ser feito não é a fixação monolítica e unilateral de um prazo fixo e rígido para o cumprimento forçado da obrigação (ao estilo de uma *hard judicial execution*), mas sim a fixação fracionada e negociada de prazos flexíveis e revisáveis para cada etapa de um cronograma de cumprimento voluntário (ao estilo de uma *soft judicial execution*).

Nesse sentido, o *cronograma negociado de cumprimento voluntário* pode ser inserido no rol do § 5º do artigo 461 do CPC como mais uma das possíveis “medidas de apoio” para a efetivação da tutela específica das obrigações de fazer (embora se trate de uma medida não coercitiva). Lembre-se que, conquanto esse rol seja exemplificativo, a jurisprudência tem sido pouco criativa na aplicação do aludido dispositivo, limitando-se praticamente às medidas de apoio já sugeridas. Isso revela o despreparo do Judiciário na lida com um tipo novo de legislação processual civil, que permite ao juiz inventar meios de efetivação adequados às vicissitudes do caso concreto, a fim de que sua decisão seja executada com maior *rendimento de produção*. O artigo 461 do CPC não traz previsão exaustiva da sequência procedimental necessária à implantação de uma política pública em juízo; enfim, não há uma solução genérica e abstrata oferecida *a priori* pelas normas. Isso faz com que o sistema perca previsibilidade (que é a preocupação do Estado Liberal de Direito). No entanto, na execução judicial de políticas públicas, é importante que os instrumentos de efetivação possam ser regulados discricionariamente pelo magistrado. Com isso, o sistema ganha capacidade de particularização, individualização, adaptação, fragmentação e maleabilidade, isto é, o sistema se torna mais flexível para a

consecução de *metas e finalidades* (que é a grande preocupação do Estado Social e Democrático de Direito). Sem habilidade imaginativo-institucional, portanto, pouco resultado se obtém numa execução complexa. Só assim é possível gerenciar uma realidade processual civil que não é *always under law* e conceito-subsuntiva.

Daí se percebe que a execução judicial de políticas públicas é um problema a ser enfrentado por meio de uma abordagem dogmática com a qual a maioria dos juristas do processo não está acostumada. A Processualística brasileira é dotada de uma invejável capacidade *analítica* para elaborar conceituações, definições, distinções, classificações e sistematizações. Entretanto, ela jamais se dignou a desenvolver estudos convincentes de *hermenêutica jurídica*. Ademais, ainda engatinha na arte *pragmática* de desvencilhar-se sem culpa de argumentos de coerência analítica para pautar-se naqueles que promovam maior praticidade de resultados. Ainda nos falta uma cultura de eficiência (conquanto a eficiência seja cada vez mais condição e garantia de legitimidade do agir jurisdicional). Por isso, quando se estuda juridicamente o problema da execução judicial de políticas públicas, somente se encontram dois tipos de produção literária: trabalhos dogmáticos a respeito das normas sobre a execução das obrigações de fazer [plano do “dever-ser”] e trabalhos sociológicos sobre os desafios técnicos na implantação de políticas públicas ambientais, educacionais, assistenciais, culturais, de saúde, habitacionais, econômicas, de lazer, de saneamento básico, de segurança pública, de produção agropecuária, de transportes, de abastecimento alimentar, etc. [plano do “ser”].

E com isso subsiste uma distância abismal entre o “dever-ser” e o “ser”, sem que seja desenvolvida uma séria investigação técnico-jurídica sobre os instrumentos práticos para a diminuição dessa distância e sobre a arte de manejar tal *instrumentarium*. Assim, na seara da execução de políticas públicas em juízo, precisa-se menos de uma “*analítica* processual da implantação judicial” (que é um saber *científico* e *organizatório* sobre as *normas* de execução) e mais de uma “*pragmática* processual da implantação judicial” (que é um saber *tecnológico* e *instrumental* sobre as *estratégias* de execução). A bem da verdade, é preciso menos uma pragmática *executivo-dialética* (que é o saber técnico voltado a estratégias de *subjugação* do executado) e mais uma pragmática *executivo-exlética* (que é o saber técnico voltado a estratégias de *harmonização* entre executado e exequente). Todas essas considerações antecipam um pouco o que provavelmente será a dogmática processual pós-moderna: a elevada flexibilidade procedimental infundirá um “processo civil mínimo”, de modo que a ciência analítico-processual será desenvolvida por *constitucionalistas especializados* – os futuros guardiães do *due process of law* nas searas administrativa, legislativa e jurisdicional –, reservando-se aos *empiristas do foro* o conhecimento estratégico-pragmático sobre as fórmulas bem-sucedidas de realização prática da tutela jurisdicional (ou seja, os processualistas, tal como os conhecemos hoje, sofrerão profunda modificação). No entanto, os juizes atuais, que precisam ser municiados doutrinariamente com essas fórmulas, ainda têm sido bombardeados, p. ex., com discussões estéreis sobre a natureza jurídica das *astreintes*.

5. “Execução Negociada” como Negócio Jurídico Processual

Após o estudo da desenvoltura *pragmática* da chamada “execução negociada de políticas públicas”, é possível enxergar o instituto sob uma ótica *analítica*. A dogmática jurídica da tradição romano-germânica costuma desenvolver o caminho inverso, porém, especula o potencial prático de um determinado instituto somente após haver separado, cheirado, catalogado e sistematizado todos os seus “mil pedacinhos”. Nem é necessário dizer que nessa tradição sempre há grandes abismos entre a teoria e a prática. Ora, quem não se prontifica a entender antes a vida jurídica, não tem outro ponto de partida senão os textos de direito positivo. Não se pode olvidar, todavia, que esses textos são simples “pinturas” de um organismo vivo, não o organismo em si. Os institutos jurídicos *vivem* dinamicamente em sociedade e o desenho que o texto normativo deles faz é apenas uma pálida imagem estática. Daí a esterilidade da “ciência dos professores” [*Law-in-books*], que só lida com desenhos, e a fertilidade da prática quotidiana forense [*Law-in-action*], que trabalha com institutos vivos. Entre o retrato morto de um instituto e a sua vivência empírica pode haver dessimetrias. O instituto vivo pode ser mais “rico” que sua pintura [hipotrofia estrutural do texto normativo] e a pintura pode ser mais “rica” que o instituto retratado [hipertrofia estrutural do texto normativo]. No primeiro caso, a ciência jurídica tradicional peca por ingenuidade; no segundo, por delírio. Por isso, para não se incorrer em qualquer dos dois pecados, é preferível teorizar-se sobre a vida forense a descobrir-se, na prática, que a teoria que a antecedeu serve para pouco.

Pois bem. Partindo-se da classificação dos fatos jurídicos estruturada por Pontes de Miranda, percebe-se rapidamente que o *acordo sobre o cronograma de cumprimento voluntário* não é um ato jurídico *stricto sensu* e, portanto, um *ato executivo*: na chamada “execução judicial negociada”, o réu não tem sua esfera jurídica invadida a fórceps pelo Estado-juiz, nem é pressionado por medidas coercitivas a cumprir voluntariamente a sua obrigação. Em verdade, trata-se de *negócio processual* ou *negócio jurídico “executivo”* (o que desmente os juristas que negam a existência dessa categoria no direito processual civil positivo brasileiro vigente³⁷). Mais: trata-se de negócio jurídico celebrado *dentro* da relação processual civil e para irradiar os seus efeitos *dentro* desse processo, sem que todos esses efeitos estejam previstos expressamente em texto de direito positivo.

Aqui, está-se diante de um fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste numa manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta aos sujeitos parciais do processo, dentro de limites predeterminados e amplitude variada, o poder de estruturação da sequência procedimental que ensejará a implantação prática da política pública. Nesse caso, o

³⁷ Defendendo a existência dos negócios processuais: BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual*, p. 466-473; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, p. 54-64; LIMA, Bernardo Silva de. *Sobre o negócio jurídico processual*, p. 115-123.

negócio processual será celebrado somente entre os sujeitos parciais do processo: o juiz não é codeclarante, uma vez que não se obriga nem imputa qualquer ônus a si próprio; limita-se a homologar o acordo, ou seja, cinge-se a produzir um *elemento integrativo de eficácia*³⁸ (noutras palavras: celebrado entre o autor e o réu, o negócio processual será *bilateral*; a homologação judicial não o tornará trilateral).

A partir de então, o negócio jurídico estruturante de procedimento irradiará os seus efeitos e juiz e autor poderão promover um controle individual ou conjunto do cumprimento das fases do cronograma, isto é, poderão realizar o acompanhamento e o monitoramento dos *timings* [*procedural timing controls*]. Essa supervisão *pari passu* do cumprimento das tarefas também pode ser realizada por um *administrador* da confiança da Justiça ou indicado pelas partes (chamado pela doutrina norte-americana de *master*), sem que a ele se atribuam poderes de intervenção no Poder Público ou de gestão direta sobre a implantação da política pública³⁹. Com isso se vê que, em execuções complexas delongadas sob racionalidade cooperativa, a dinâmica processual assemelha-se a uma atividade *regulatória*: as cláusulas do acordo de cronograma definem os marcos [*rule-making*] e os meios de fiscalização do cumprimento do cronograma [*monitoring*].

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 que incida qualquer multa penal por atraso nos *timings*. Indiscutivelmente, a opção (β) é preferível: o que importa é o cumprimento *global* da obrigação. Ora, não raro, surgem imprevistos na execução das etapas do cronograma. Assim, em face de caso fortuito ou força maior, pode o réu invocar a *teoria da imprevisão* e requer a convocação de uma nova audiência para discutir-se a revisão do acordo, a fim de readequá-lo às novas circunstâncias, que dificultam a implantação total da política pública no tempo originariamente previsto.

Para que se evite 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 cumprida, o juiz convoque as partes para a 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 si⁴⁰. Essa técnica de várias negociações sucessivas revela-se adequada

³⁸ Sobre o conceito: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, p. 46-48.

³⁹ Cf. BRASIL JR., Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. *O cumprimento coercitivo das políticas judiciais no tocante às políticas públicas*, p. 480-481.

⁴⁰ Sobre o tema: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, p. 192-193.

para os casos de políticas públicas de implantação hipercomplexa e demorada, pois permite ao juiz e às partes uma avaliação da gestão administrativa no cumprimento dos passos anteriores e um reajuste das expectativas e uma readequação das tarefas para as etapas posteriores. Em um certo sentido, esse tipo fracionado de “execução cooperativa” aproxima-se mais da forma real como, na prática, as políticas públicas se concretizam extrajudicialmente, uma vez que a implantação costuma apresentar-se 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 cogitada e fazendo com que ela seja continuamente revista e adaptada à realização do objetivo⁴¹. Daí por que, aqui, a implantação voluntária da política pública não decorrerá da celebração de um *único* negócio processual, mas de *vários* negócios, todos eles interligados por subordinação ou coordenação e pertencentes a uma unidade funcional complexa.

Diante de todas essas considerações, é irresistível associar esse tipo de acordo ao instituto da “calendarização processual” [*timing of the procedural steps*].

Grosso modo, a calendarização significa uma delinação imediata de uma expectativa temporal para a prolação da sentença [*dead-line*], a fim de que todas as etapas do procedimento sejam orientadas em função dessa expectativa. Com isso, elabora-se um calendário ou tabela temporal [*timetable*] de toda a fase de conhecimento e se ganha tempo não remetendo os autos à conclusão para despacho e publicação na imprensa. Como se vê, trata-se de uma técnica de *gestão* do tempo processual, em que uma tutela jurisdicional mais racional e célere é prestada mediante flexibilização procedimental negociada entre as partes. Nos EUA, a possibilidade de celebração de negócios constitutivos de formato procedimental não encontra respaldo em dispositivos legais, mas num livro de recomendações a juízes, *The elements of case management: a pocket guide for judges*, redigido por William W. Schwarzer e Alan Hirsch e editado *Federal Judicial Center* no ano de 2006. Na Europa, a prática é descrita na Recomendação (1984) 5 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, adotada em 28 de fevereiro de 1984 (e hoje prevista, por exemplo, no § 9-4 do *Dispute Act* norueguês, na regra 1.4.2 das *Civil Procedure Rules* inglesas, no art. 764 do *Code de Procédure Civile* francês e no art. 183 do *Codice di Procedura Civile* italiano). Em todos esses países, o poder do juiz de designar uma audiência para a composição de uma “programação do procedimento” [*schedule*] está inserido num contexto mais amplo chamado *case management powers* (que são poderes de gestão concedidos aos juízes para conduzirem ativamente os processos, adaptando-os flexivelmente às circunstâncias de cada caso e tornando-os, assim, mais ágeis⁴²).

⁴¹ Cf. MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*, p. 70.

⁴² Sobre o assunto, p. ex.: CALHAO, Antônio Ernani Pedrosa. *Justiça célere e eficiente*, p. 229 e ss.; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*, p. 112 e ss.; MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*, p. 116 e ss.; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*, p. 37 e ss.

No entanto, quando se pensa em “calendarização processual”, pensa-se sempre numa 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. Porém, é plenamente possível – como já visto – a instituição de uma tabela temporal para a fase de implantação prática de uma sentença condenatória de obrigação de fazer (obviamente nos casos em que o réu concorda em cumpri-la). Ou seja, a técnica da calendarização é aplicável tanto a fases pré-sentenciais como a fases pós-sentenciais. Nisso, o instituto assemelha-se muito a um *compromisso arbitral* (que também é um negócio processual⁴³). Nesse sentido, o *cronograma negociado de implantação de política pública* se mostra como uma espécie de “compromisso para-arbitral de formação pós-sentencial”.

Isso tudo revela a importância que o *negócio jurídico* – categoria classicamente associada ao direito privado – assume na gestão pública contemporânea, especialmente após os êxitos obtidos com a ideologia do *New Public Management* e as novas técnicas de “governança pública” difundidas durante as Eras Thatcher e Reagan. A necessidade de *eficiência* no setor governamental (*i.e.*, de qualidade, produtividade, aumento de receita, redução de despesas e responsabilidade dos funcionários) fez com que a rigidez formal da racionalidade de *comando* (fundamentada em noções publicistas, técnicas cartoriais e modelos hierárquicos) desse 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 conseqüente necessidade de aquisição de legitimidade *a posteriori*, o Estado teve de incrementar seu desempenho e passou a buscar formas alternativas, plásticas 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 travadas pela Administração Pública passaram a ser cada vez menos reguladas por leis, regulamentos e portarias (nos quais prevalecem os princípios da dessimetria e da adjudicação compulsória) e cada vez mais por acordos, convenções, cartas, pactos, quase-contratos, etc. (nos quais prevalecem os princípios da simetria e da cooperação voluntária)⁴⁴. Ou seja, como bem dito pelo jurista alemão Hans Peter Bull, a “Administração autoritária” [*obrigkeitlichen*] tem cedido passo a uma “Administração soberana consensual” [*schlicht-hoheitlichen*]⁴⁵.

É inevitável que essa lógica negocial passe a ser determinante na realização de políticas públicas e faça com que os diversos atores públicos envolvidos nessa implantação sejam coordenadamente regulados, nos planos verticais e horizontais,

⁴³ Cf., e.g., CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, p. 128.

⁴⁴ Sobre o tema: CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, p. 160 e ss.

⁴⁵ *Apud* ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 44 e ss.

por cláusulas negociais igual e reciprocamente discutidas. Ora, se extrajudicialmente a forma mais eficiente de concretização de políticas é a *negociação*, não há razão para que em juízo as coisas se deem de forma diferente. Por isso, é preciso que, em execuções cooperativas complexas, os juízes “desçam do pedestal”, abandonem a assepsia política e percam o medo de desempenhar atividades operativo-instrumentais sem as velhas e ineficientes prerrogativas de autoridade. Mais: é preciso que atuem com polivalência funcional e conhecimento global. Ádua tarefa...

6. Conclusão

Para Hans Kelsen, os ordenamentos jurídicos estatais apresentam duas formas de sanção: a pena e a execução civil⁴⁶. Numa implantação judicial cooperativa de política pública, todavia, a noção de execução civil ganha contornos outros. Aqui, prepondera o *consenso* [execução *exlética*], não a *coerção* [execução *dialética*]. A sanção-execução não é imposta de maneira propriamente forçada [solução vertical], mas por meio de um cronograma estabelecido entre as partes [solução horizontal], que substitui um sem-número de medidas coercitivas de natureza retaliatória. Isso lembra bastante a *poiné* da Grécia Antiga (palavra de que derivam *pain* em inglês e *poena* em latim): tratava-se de uma composição pecuniária pactuada entre os envolvidos [solução horizontal], que substituiu a vingança privada [solução vertical] e servia compensatoriamente para honrar o morto. Como se nota, ao contrário do que se pode imaginar, as soluções dos problemas jurídicos da chamada “pós-modernidade” não precisam ser inéditas e decorrer de uma “hipercriatividade institucional alternativa”. As *sanções negociadas* são um exemplo disso. Talvez as soluções mais apropriadas para os confusos dias de hoje estejam no *passado*. Afinal, ele costuma estranhamente repetir-se.

Bibliografia

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 217-245.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Coord. Fredie Didier Jr. et al. São Paulo: RT, 2004, p. 951-993.

_____. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. Coord. Mirna Cianci et al. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 811-826.

⁴⁶ *Teoria pura do direito*, p. 121-123.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. Cumprimento dos pronunciamentos emitidos contra a Fazenda Pública. *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Coord. José Maria Rosa Tesheiner *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 237-253.

BERIZONCE, Roberto Omar. *Tutelas procesales diferenciadas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual – plano da existência. *Revisitando a teoria do negócio jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. Coord. Fredie Didier Jr. *et al.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 445-474.

BRASIL JR., Samuel Meira e CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões no tocante às políticas públicas. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 467-488.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. São Paulo: RT, 1999.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT, 2001.

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

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a "reserva do possível": dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 225-236.

CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 451-466.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 97-130.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Algumas questões sobre as *astreintes* (multa cominatória). *Revista Dialética de Direito Processual* nº 15. Jun.2004, p. 95-104.

_____. *A Fazenda Pública em juízo*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DANIEL, Juliana Maia. Discrecionabilidade administrativa em matéria de políticas públicas. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover et al. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 93-124.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Lisboa: Almedina, 2009.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*. v. 5. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943.

FARO, Julio Pinheiro. Mecanismos de efetivação da tutela específica em sede de controle judicial de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Processual* nº 76. Out.-dez./2011, p. 57-80.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007.

FERREIRA, Éder. As ações individuais no controle judicial de políticas públicas. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover et al. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 333-351.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4. t. 1. São Paulo: RT, 2001.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. *Dicionário de política*. Org. Norberto Bobbio et al. v. 1. 12ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1999, p. 401-409.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover et al. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 125-150.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução contra o Poder Público. *Revista de Processo*. nº 100. Out./dez. 2000, p. 61-80.

_____. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1999.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. v. 4. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LIMA, Bernardo Silva de. Sobre o negócio jurídico processual. *Revisitando a teoria do negócio jurídico*: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. Coord. Fredie Didier Jr. et al. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115-123.

MASSA-HARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-74.

MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MERQUIOR, José Guilherme. *O argumento liberal*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009.

NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. v. 4. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PEREIRA, Luiz Fernando C. *Medidas urgentes no direito societário*. São Paulo: RT, 2002.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução de políticas públicas. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163-176.

QUEIROZ, Cláudia Lemos. Aspectos relevantes do mediador. *Mediação no judiciário*: teoria na prática e prática na teoria. Org. Claudia Frankel Grosman et al. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, p. 100-129.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover et al. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-32.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *Curso de processo civil*. v. 2. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TALAMINI, Eduardo. Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Coord. José Maria Rosa Tesheiner *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 151-177.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

TOMASETTI JR., Alcides. *Execução de contrato preliminar*. São Paulo: USP [tese de doutoramento], 1982.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 33-72.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 309-331.

Instrumentos de Defesa dos Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão: A Funcionalidade da Ação Popular e da Ação Civil Pública

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos Introdutórios. 2. O Déficit de Efetividade dos Direitos Fundamentais. 3. Instrumentos de Proteção dos Direitos Fundamentais. 4. Ação Popular e Ação Civil Pública na Tutela dos Direitos de Terceira Dimensão. Epílogo. Referências Bibliográficas.

1. Aspectos Introdutórios

São considerados humanos (e intrinsecamente fundamentais) aqueles direitos inerentes à pessoa humana pelo simples fato de ser considerada como tal, trazendo consigo os atributos da tendência à universalidade, da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade e da inalienabilidade. Não encontram sua legitimação em um texto normativo específico ou mesmo em uma ordem supralegal de matiz jusnaturalista, mas, sim, em uma lenta evolução histórica.

O historicismo aqui referido não busca afastar uma visão prospectiva das conquistas sociais. Visa, tão somente, a estabelecer um elo de continuidade e sedimentação na evolução social, permitindo que direitos, liberdades e garantias conquistadas no passado sirvam de esteio àqueles do presente, e estes aos vindouros, concepção que permanece hígida ainda que a evolução de um instituto social possa apresentar dissonâncias entre os fins a serem alcançados em suas diferentes fases. A metodologia histórica, longe de mostrar a mera sucessão de fenômenos sociais, indica suas formas vitais, seu desenvolvimento e sua desapareição (Verdu, 1991: XVII).

Remonta a Locke (1976: 4-10) a construção de que os homens, no seu estado de natureza (*state of nature*), possuem plena liberdade e igualdade. Na medida em que (consensualmente) decidem viver em sociedade e constituir o Estado, anuem em ceder uma parcela desses direitos em troca de proteção mais intensa da parte que sobejou. A positivação na ordem jurídica estatal realça a sua fundamentalidade

* 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).

extrínseca, conferindo visibilidade às suas características intrínsecas e indissociáveis dos seres humanos: o Estado encontra-se finalisticamente comprometido com a proteção e a promoção dos bens civis. Os direitos não cedidos ao Estado (*property*), como a cidadania, não podem ser violados por ele ou por outros indivíduos (1976: 14-27). Entre nós, o clássico Pimenta Bueno (1958: 380) realçava que os direitos individuais “são as faculdades, as prerrogativas morais que a natureza conferiu ao homem como ser inteligente; são atributos essenciais de sua individualidade”. São primitivos e absolutos, sendo justificados por razões teológicas: “[n]ão são, pois, criaturas das leis positivas, sim criações de Deus, atributos do ser moral que ele formou”.

Adam Smith (vol. II, 1999: 284-285), discorrendo sobre o sistema de liberdade natural, entendia que o soberano somente teria três deveres a cumprir:

Em primeiro lugar, o dever de proteger a sociedade da violência e das invasões de outras sociedades independentes; em segundo lugar, o dever de proteger, tanto quanto possível, todos os membros da sociedade da injustiça ou opressão de qualquer outro membro, ou o dever de estabelecer uma administração exata da justiça; e, em terceiro lugar, o dever de criar e preservar certos serviços públicos e certas instituições públicas que nunca poderão ser criadas ou preservadas no interesse de um indivíduo ou de um pequeno grupo de indivíduos.

A síntese possível é a de que estaremos perante direitos humanos quando visualizarmos o indivíduo como parte integrante da espécie humana e titular de direitos inatos, concepção que busca sustentação em inúmeros referenciais distintos, como são aqueles de natureza historicista ou teológica. Fundamentais, por sua vez, são aqueles direitos reconhecidos pela ordem jurídica, que podem projetar-se para além do raio de abrangência dos direitos básicos a que se atribui contornos cosmopolitas, vale dizer, que se encontram sedimentados no âmbito da sociedade internacional. Em alguns casos, estão funcionalmente vocacionados à proteção do ser humano.

Os direitos fundamentais, a um só tempo, conferem funcionalidade à existência do Estado, estrutura ontologicamente vocacionada ao bem comum, e limitam a sua atuação, evitando que o poder avance em demasia, terminando por desconsiderar esferas de proteção indispensáveis à preservação da própria dignidade humana. Esses direitos podem ser estabelecidos tanto pela Constituição como pela lei. No primeiro caso, veiculam posições jurídicas próprias dos seus titulares, diretamente usufruíveis e independentes, portanto, da lei, protegendo-os contra o próprio abuso do legislador; no segundo, exprimem os interesses e os programas preferidos pelos grupos políticos majoritários, reforçando a posição jurídica dos respectivos titulares. Cf. Zagrebelsky, 2010: 63.

Como derivação da necessidade de coexistência dos distintos valores por eles incorporados, tem sido voz corrente que os direitos fundamentais se manifestarão, normalmente, sob a forma de princípios jurídicos, estando sujeitos ao tratamento lógico-jurídico dispensado a essa espécie normativa, daí decorrendo a possibilidade de ponderação, consoante as circunstâncias, para assegurar a sua concordância prática e solucionar possíveis colisões. Em alguns casos, refletirão verdadeiras regras, ensejando o surgimento de situações jurídicas definitivas, logo, insuscetíveis de serem afastados (v.g.: a proscrição da tortura).

Os direitos, enquanto atribuições, mecanismos de constituição e extensão da esfera jurídica individual ou coletiva, podem ser distinguidos das garantias, mecanismos de preservação dos direitos, permitindo sejam protegidos das investidas do Poder Público ou de terceiros. Os direitos, num sentido mais específico, indicam a faculdade de praticar um ato ou a prerrogativa de receber prestações ou de não ter a esfera jurídica alcançada pela ação de terceiros. As garantias, por sua vez, seriam requisitos ou instrumentos de juridicidade, obstando a restrição de direitos ou indicando o modo de imposição dessas restrições. Com os olhos voltados à proteção e ao pleno desenvolvimento da personalidade individual, é possível afirmar que o direito apresenta característica instrumental e a garantia uma instrumentalidade ao quadrado, viabilizando a operacionalização de outro instrumento, o direito.

Ao direito à livre manifestação de pensamento corresponde a garantia de não sofrer uma censura prévia do Poder Público; ao direito à liberdade de locomoção a garantia de não tê-la restringida senão na hipótese de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, isso com estrita observância das demais garantias processuais (contraditório, ampla defesa e devido processo legal); à inviolabilidade do domicílio a garantia de que somente é possível nele penetrar, sem o consentimento do morador, nas situações previstas no texto constitucional. Os instrumentos processuais voltados à defesa dos direitos fundamentais, epígrafe sob a qual podem ser incluídas a ação civil pública e a ação popular, são nítidos exemplos de garantias constitucionais.

A exemplo da linha evolutiva do Estado de Direito, também as relações do Estado com as pessoas sujeitas ao seu poder passaram por intensas vicissitudes no decorrer da história. Sob essa perspectiva de análise, é perceptível que os direitos hoje reconhecidos são fruto de uma lenta sedimentação sociopolítica, sendo possível dividi-los em distintas dimensões consoante a precedência do seu reconhecimento. Fala-se em dimensões, não em gerações, pela singela razão de os direitos subsequentes não “substituírem” os antecedentes, afastando a sua existência ou, mesmo, a sua importância. Os direitos fundamentais não são como as folhas de uma árvore, que atingem o apogeu, secam e caem, perdendo a sua funcionalidade e sendo sucedidas por outras tão logo chegue à estação propícia. Em verdade, os direitos reconhecidos em determinado período histórico servem de base ao reconhecimento de novos direitos, que se agregam aos originários e

fortalecem a posição jurídica individual, processo que permanece inacabado até o dia em que sejam alcançadas a realização e a felicidade plena do indivíduo.

É recorrente a concepção de que essas dimensões acompanham o ideário político da Revolução francesa, sintetizado na referência a “liberdade, igualdade e fraternidade”. A liberdade congrega os direitos que asseguram uma esfera jurídica imune à intervenção estatal. A igualdade indica a necessidade de os indivíduos alcançarem níveis similares de satisfação e qualidade de vida, justificando o oferecimento de direitos prestacionais. Por fim, a fraternidade denota a necessidade de coexistência entre os seres humanos e os povos que a partir deles se formam, abrangendo a paz, a segurança, o desenvolvimento, a solidariedade, a autodeterminação, o meio ambiente etc. Embora sejam constantes as tentativas de ampliar essas dimensões, havendo referência à bioética (Norberto Bobbio, 1992: 6) ou à globalização dos direitos (Paulo Bonavides, 2006: 570-572), o processo ainda está em curso, não havendo consenso a esse respeito. Note-se que mesmo em relação às três dimensões clássicas não há consenso. Zagrebelsky (2010: 122), por exemplo, assim as visualiza: (1ª) direitos liberais; (2ª) direito ao trabalho; (3ª) direitos sociais em geral; e (4ª) direitos de sobrevivência do homem e conservação do ambiente em que vive. Como se percebe, o jurista italiano subdividiu os direitos sociais clássicos em duas categorias.

É factível a constatação de que as dimensões dos direitos fundamentais são estruturadas a partir de um postulado fundamental: o reconhecimento da vida humana. Afinal, o morto certamente teria alguma dificuldade em usufruir dos direitos que lhe fossem atribuídos. Outro postulado que não deve ser desconsiderado é o de que os direitos fundamentais devem ser exequíveis e alcançar padrões mínimos de efetividade, isso sob pena de comprometer o próprio reconhecimento da dignidade humana. Para os fins da nossa exposição, consideraremos a concepção mais difundida a respeito da terceira dimensão dos direitos fundamentais. O seu traço característico é a titularidade difusa ou coletiva, possibilitando a proteção dos interesses não de um indivíduo em particular, mas de parcelas indeterminadas ou determinadas da coletividade.

Os interesses difusos possuem maior amplitude que os coletivos, pois, apesar de ambos serem indivisíveis, resultam de uma circunstância fática comum (v.g.: a inspiração de determinado produto tóxico emitido por uma indústria) e sua abrangência é indeterminável (v.g.: não é possível determinar o número de pessoas atingidas pela poluição). Os interesses coletivos derivam de uma relação jurídica base (v.g.: a aquisição, pelos moradores da localidade, de produtos contaminados produzidos por uma indústria) e sua abrangência é determinável (v.g.: é possível identificar, a partir dos documentos fiscais pertinentes, os adquirentes dos produtos contaminados). Os denominados interesses individuais homogêneos, apesar da resistência de alguns setores da doutrina e da jurisprudência, podem ser enquadrados sob a epígrafe dos interesses coletivos, já que possuem abrangência determinável, derivam de uma origem comum (v.g.: emissão de resíduos sólidos por uma indústria,

causando danos materiais unicamente aos moradores de determinada rua), não propriamente de uma relação jurídica, e são essencialmente divisíveis (v.g.: o prejuízo patrimonial sofrido por cada um dos moradores da referida rua).

A relevância dos direitos de terceira dimensão, com especial realce para a proteção do meio ambiente, exige sejam identificados os instrumentos existentes para que efetivamente possam projetar-se na realidade e cumprir o objetivo a que se destinam. Sob essa perspectiva, é inegável a relevância da ação civil pública e da ação popular.

2. O Déficit de Efetividade dos Direitos Fundamentais

A previsão constitucional de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, conquanto louvável, pois assegura a formação de uma base axiológica que, em certa medida, reflete o compromisso estatal com a sua preservação e direciona a própria interpretação constitucional, é tão somente um fator indicativo, não propriamente um fator conclusivo a respeito de sua efetiva concretização na realidade.

Em países de modernidade tardia, como o Brasil, os direitos fundamentais, em não poucos aspectos, desempenham o papel de frívolos adereços, adornos destituídos de qualquer utilidade prática, contribuindo, apenas, para a construção de uma imagem positiva do aparato estatal nos âmbitos interno e internacional. Logo no limiar da República, Rui Barbosa (vol. VI, 1934: 196) descrevera um quadro que ainda hoje permanece latente:

[n]a realidade, qual os factos a estabelecerem, essa Constituição é um cemiterio de instituições. Tudo o que actualmente chama ali a admiração, e impõe respeito, é a magnificência e a pompa dos mausoléus. Cada artigo da chamada lei fundamental é apenas o caprichoso trabalho da epigraphia, registrando os despojos de uma esperança, ou as cinzas de uma promessa. Por entre aquella necropole de grandezas lapidares quasi que só perpassa um sopro de vida, um resto de movimento: o dos coveiros. Ao lado dessa cidade petrificada, se vae levantando, pelas mãos delles, a nova metropole, inteiramente diversa. A essa é que se reserva o nome de Republica.

Proclamação de direitos não se confunde com respeito e observância de direitos. Ocupam planos distintos e, conquanto sucessivos, operativamente diversos. O primeiro contenta-se com a retórica, o segundo exige a ação, que, não raro, vem a transmutar-se em lamentável indiferença. Esse quadro pode derivar não só da ausência de políticas públicas voltadas à implementação dos direitos fundamentais como, principalmente, da inexistência de instrumentos hábeis que possibilitem seja exigida a sua observância pelos poderes constituídos. Nas palavras de Dicey (1945: 207):

[a] proclamação numa Constituição, ou Carta, do direito à liberdade pessoal, ou mesmo de qualquer outro direito, fornece apenas uma ligeira garantia de que o direito tem mais que uma existência nominal, e os estudantes que desejem conhecer até onde o direito à liberdade é, na realidade, parte do direito constitucional, devem considerar tanto a significação do direito, como, principalmente, quais são os métodos legais por cujo meio o seu exercício é assegurado". Bobbio (1992: 25), aliás, já ressaltara que mais importante que fundamental é proteger os direitos fundamentais, assertiva que, longe de afastar a importância da natureza e do fundamento desses direitos, busca realçar a necessidade de torná-los efetivos.

O reconhecimento normativo dos direitos fundamentais certamente contribui para neutralizar certas classes de violações, limitando as discussões a respeito de sua existência e do seu alcance, mas, por si só, não consegue excluir a forma mais perversa de violação: a que emerge do próprio aparato estatal, seja em razão de uma fratura ideológica, que contrapõe os governantes aos valores que devem proteger, seja em razão de uma ineficiência generalizada (Cf. Carlos Santiago Nino, 2007: 3). Ao discorrer sobre os direitos que demandam uma ação positiva por parte do Estado, Robert Alexy (1994: 430) identifica três categorias: (1) direitos à proteção; (2) direitos de organização e procedimento; e (3) direitos a prestações em sentido estrito. Apesar de todos serem úteis à salvaguarda da pessoa humana, os dois primeiros estão diretamente conectados à proteção de qualquer direito fundamental, ainda que tradicionalmente enquadrado sob a epígrafe das liberdades individuais, exigindo um *non facere* por parte do Estado. Ao assegurar um direito, o Estado deve necessariamente impedir que terceiros o desrespeitem, bem como oferecer garantias orgânicas e procedimentais que permitam a sua proteção, entre as quais Gomes Canotilho (2011: 204) inclui a sua monitorização (*rectius*: "armazenamento, acompanhamento e avaliação de dados"), o que permite a atuação planejada e sistemática dos poderes constituídos.

Os direitos fundamentais, tal qual uma grande família, descendem de uma origem comum e devem coexistir do modo mais harmônico possível. Face à sua importância para a pessoa humana e ao papel que ostentam no ambiente social, não é exagero afirmar que o desrespeito a um deles tende a afetar, direta ou indiretamente, todos os demais. Como bem lembrou Rui Barbosa (vol. VI, 1934: 527), "[q]uando um direito constitucional desaparece, nenhum dos outros se deve presumir seguro".

Diversamente da eficácia *stricto sensu*, que delinea a força normativa do comando constitucional, indicativo de sua imperatividade e potencial aplicabilidade na realidade, a efetividade, também denominada de eficácia social, aponta para a sua irrestrita projeção na realidade. Não como projeto ou aspiração futura, mas como fator de modificação do ambiente sociopolítico. Em outras palavras, a norma

constitucional que reconhece direitos é eficaz na medida em que possa ser invocada por seus destinatários, efetiva se for verdadeiramente observada.

É com os olhos voltados à referida dicotomia que deve ser compreendido o disposto no § 1º do art. 225 da Constituição brasileira de 1988, que estabelece uma série de obrigações para o Poder Público com o objetivo de assegurar a *efetividade* do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um direito de caráter nitidamente difuso, já que não individualizáveis os seus destinatários em potencial, que alcança o uso e o gozo, mas não a disposição de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. A sua conservação, tanto para as gerações atuais, como para as futuras, é obrigação do Poder Público e da própria coletividade, que têm o dever de defendê-lo e preservá-lo. Enquanto o *munus* da coletividade assume contornos essencialmente negativos, devendo abster-se de qualquer prática que possa maculá-lo, sobre o Poder Público recaem obrigações positivas, conducentes à efetiva materialização dos objetivos constitucionais.

Não satisfeita com o exposto reconhecimento desse direito, a Constituição de 1988 descreveu que ações deveriam ser praticadas para assegurar a sua efetividade, justamente aquelas elencadas nos incisos do § 1º do art. 225. Conquanto a grande maioria assumia contornos essencialmente programáticos, dependendo de juízos valorativos de natureza política, bem como de integração pela legislação infraconstitucional, faltando qualquer delas ter-se-á de concluir que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não estará sendo efetivo, ao menos em toda a sua plenitude. Assim, embora haja liberdade na forma de promover tais ações, não há qualquer liberdade em relação à conveniência, ou não, de implementá-las. A omissão do Poder Público importará no correlato e imediato reconhecimento da inobservância de um direito fundamental de natureza difusa, como sói ser aquele que recai sobre o meio ambiente. Em situações dessa natureza, parece ser plenamente possível que o Poder Judiciário, quando provocado, expeça as determinações necessárias à observância desse direito, que não pode permanecer à deriva em situações que o próprio Constituinte, *a priori*, identificou como lesivas aos seus contornos essenciais, comprometendo a sua efetividade. Quando as ações tenham sido adotadas, mas em intensidade inferior à exigida pelo contexto, será mais tênue a linha limítrofe entre referenciais políticos e jurídicos, o que exige maior cautela em sua valoração, mas nem por isso deve ser excluída, de imediato, a intervenção do Judiciário.

3. Instrumentos de Proteção dos Direitos Fundamentais

De acordo com Guastini (2005: 255-268), os instrumentos voltados à proteção e consequente efetivação dos direitos fundamentais devem ser necessariamente analisados à luz do princípio da divisão das funções estatais e dos mecanismos de freios e contrapesos que asseguram o seu equilíbrio e harmonia. Fosse o poder concentrado em um único órgão, não haveria qualquer possibilidade de proteção dos direitos que viesse a aviltar.

Centrando a discussão especificamente no âmbito das ações ou omissões do Poder Público, o que, é importante frisar, não reflete qualquer postura de rejeição em relação à incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas (a *Drittwirkung* da doutrina germânica), a Constituição de 1988 concebe inúmeros mecanismos de proteção: (1) contra o Poder Legislativo, (1.1) veda a abolição, via reforma constitucional, dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV), (1.2) veda a edição de atos normativos infraconstitucionais que afrontem os direitos fundamentais, isso sem prejuízo de restrições pontuais e proporcionais, o que decorre do caráter fundante da ordem constitucional, (1.3) autoriza a realização de referendos, permitindo sejam obstadas iniciativas de violação aos direitos fundamentais (arts. 1º, parágrafo único e 14, II) e (1.4) condiciona a desconsideração de certos direitos fundamentais, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, à autorização judicial, que é exigida para a busca domiciliar (art. 5º, XI), a interceptação telefônica (art. 5º, XII) e a decretação de prisão (art. 5º, LXI) ; e (2) contra o Poder Executivo, estabelece a sua vinculação à lei, o que importa na observância dos balizamentos democraticamente estabelecidos pelo Legislativo, quer na execução direta (arts. 1º, *caput* e 37, *caput*), quer na edição de atos regulamentares ou de leis delegadas (arts. 84, IV e 49, V). A inobservância desses balizamentos permitirá seja acionado o Poder Judiciário, do qual não pode ser afastada qualquer lesão ou ameaça a direito, bem como permitirá a responsabilização política do Chefe do Executivo, perante o Legislativo, sempre que atentar contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais (art. 85, III).

Face aos reconhecidos inconvenientes da responsabilização política, norteados por interesses partidários, o que a torna ineficaz sempre que uma força política afigure simultânea supremacia no Executivo e no Legislativo, resta o acesso ao Judiciário, nem sempre ágil e, não poucas vezes, ineficaz.

A falta de agilidade costuma ser apanágio das estruturas burocráticas dos Estados em vias de desenvolvimento, em que o fantasma da ineficiência teima em assombrar repartições e apossar-se de servidores, fruto de deficiências de ordem material e de ranços morais arraigados há gerações, ao que se soma a debilidade dos instrumentos de controle existentes. Quanto à ineficácia, o grande obstáculo enfrentado costuma ser a entronização da discricionariedade administrativa, entendendo-se que a adoção de um considerável rol de providências situa-se na esfera de conveniência política do Executivo, impedindo que o Judiciário se substitua a ele.

Esse quadro, que assume proporções colossais em relação aos direitos sociais, cuja efetividade depende, quase integralmente, de direitos prestacionais a cargo do Estado (atos comissivos), também alcança as liberdades clássicas, normalmente associadas a uma abstenção do Estado (atos omissivos), mas que também podem exigir um atuar positivo, como ocorre com a edição das leis necessárias à sua regulação, a criação de condições que viabilizem o seu surgimento (v.g.: assegurar

a liberdade de expressão sem disponibilizar educação ao povo é uma *contradictio in terminis*) ou com o puro e simples cumprimento do comando constitucional (v.g.: com o respeito à integridade física e moral do preso, direito tacitamente riscado de nossa ordem constitucional).

Em relação aos mecanismos de proteção (3) contra o Poder Judiciário, o seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, recebeu a importante competência de "*guarda da Constituição*" (art. 102, *caput*), devendo estabelecer o sentido das normas constitucionais em caráter conclusivo, isso sem prejuízo de uma reforma constitucional vir a sobrepujar o seu entendimento. Além disso, podem ser mencionados (1) o dever de motivação das decisões judiciais, permitindo seja reconstruído o *iter* argumentativo que norteou o juízo valorativo ali declinado (art. 93, IX), (2) as garantias inseridas na cláusula do devido processo legal, integrada pela legislação infraconstitucional (v.g.: os Códigos de Processo Civil e de Processo Penal) e necessariamente observada pelos órgãos jurisdicionais (art. 5º, LIV) e (3) a existência de tribunais superiores com competência para rever as decisões das instâncias inferiores.

Os órgãos jurisdicionais, em certa medida, terminam por ostentar uma postura autorreferente, fundando exclusivamente no seu entendimento a correção das decisões que venham a proferir. Em outras palavras, violações aos direitos fundamentais perpetradas pelo Poder Judiciário não de ser identificadas e contornadas por ele próprio. Apreciada a causa pela última instância competente do Poder Judiciário, *tollitur quaestio*. Não haverá possibilidade de contornar a interpretação realizada, ressalvada, obviamente, a edição, nas situações que comportem providências dessa natureza, de eventual reforma constitucional ou legislativa com o objetivo de afastar os alicerces de sustentação da decisão proferida. O Judiciário, assim, pode ser visto como a instância final de defesa dos direitos fundamentais, o que suscita não poucos debates em relação a *quis custodiet ipsos custodes?* Se para Montesquieu o Judiciário era o mais fraco dos poderes, isso porque se limitava a aplicar a lei editada pelo poder competente, não sendo nada mais que a "*boca que pronuncia as palavras da lei*", a superação do positivismo formalista há muito alterou esse quadro. Na modernidade, o Juiz se afasta da atividade meramente cognoscitiva e passa a contribuir para a construção da própria norma, fazendo-o a partir do texto fornecido pelo Legislativo e em constante intercâmbio com a realidade. Nesse sentido, a moderna doutrina dos princípios constitucionais fala por si. Daí a preocupação de Guastini (2005: 268):

Se se reconhece – como agora quase todos reconhecem – que também o Poder Judiciário é um poder político, surge então o problema – inteiramente novo para o constitucionalismo – de inventar técnicas constitucionais mais apropriadas que garantam os direitos de liberdade contra o Judiciário.

Seria a consulta popular um instrumento útil ou a sua utilização poderia ser manipulada pelas maiorias ocasionais, comprometendo a própria força normativa da Constituição? A questão, como se percebe, é campo propício para palpitantes debates de ordem sociopolítica.

4. Ação Popular e Ação Civil Pública na Tutela dos Direitos de Terceira Dimensão

A ação civil pública e a ação popular são instrumentos processuais de indiscutível relevância na tutela dos interesses difusos e coletivos. A sua principal funcionalidade é a de permitir a solução de contendas que interessam a um elevado quantitativo de interessados e que poderiam ser pulverizadas em inúmeras ações individuais.¹

A ação civil pública tem sua disciplina básica traçada na Lei nº 7.347/1985, tendo sido contemplada, de forma idêntica ou com pequenas variações terminológicas, nas Leis nº 7.853/1989 (pessoas portadoras de deficiência), 7.913/1989 (investidores no mercado de capitais), 8.069/1990 (infância e adolescência), 8.078/1990 (consumidores) e 10.741/2003 (idosos), isso sem olvidar a referência expressa no art. 129, III, da Constituição da República. De acordo com o art. 25, IV, *a*, da Lei nº 8.625/1993, é o instrumento adequado para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. O disposto na alínea *b* do inciso IV do art. 25 é mera especificação de um interesse difuso, sendo previsto que a ação civil pública pode ser utilizada para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.

A referência a “outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”, constante do art. 25, IV, *a*, da Lei nº 8.625/1993, assume indiscutível relevância no sistema de tutela coletiva, pois afasta os riscos da incompletude que sempre acompanha a técnica da enumeração taxativa. A esse respeito, é bem conhecida a ampla resistência do Poder Executivo Federal na plena operacionalização desse sistema. Com a edição da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), foi vetado não só o inciso IV do art. 1º, que autorizava o uso da ação civil pública para a defesa de “qualquer direito difuso e coletivo” como, também, parte da própria ementa da lei, que fazia referência à mesma expressão. Somente com o advento da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) é que o inciso IV foi integrado à Lei nº 7.347/1985. Posteriormente, optou-se pela desnecessária referência a outros interesses que já seriam absorvidos por essa cláusula geral, o que foi feito por intermédio da Lei nº 8.884/1994 (Lei de Proteção à Ordem Econômica) e da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). Finalmente, a Medida Provisória nº 2.180-35/2001

¹ Parte das considerações aqui realizadas reproduz o que expusemos na obra Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 439 e ss.

manteve os penduricalhos e suprimiu a cláusula geral. Ocorre que a estratégia não produziu os resultados almejados. Afinal, a Constituição da República, no inciso III do art. 129, já considerara função institucional do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção “de outros interesses difusos e coletivos”, comando que aproveita aos demais legitimados, isso em razão do § 1º do mesmo preceito.

À guisa de ilustração, será admissível o ajuizamento de ação civil pública para: a) garantir a observância do art. 13 da Constituição da República (“A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil”) por parte dos órgãos da administração direta (v.g.: nenhum ato normativo poderia ser redigido, parcial ou totalmente, em outro idioma) e indireta (v.g.: seria vedado à Caixa Econômica Federal, empresa pública, o lançamento de cartão bancário intitulado *federal card*) de todos os entes da Federação (Cf. Barbosa Moreira, 2001: 185); b) garantir a observância dos demais princípios e regras que coexistem com a liberdade de expressão e a vedação à censura, resguardando os fins educacionais da programação das emissoras de televisão (Cf. Barbosa Moreira, 1995: 45); c) impugnar resolução do Banco Central que limite o repasse de recursos do FGTS ao Poder Público, pelas instituições financeiras, comprometendo a realização de obras de saneamento básico (Cf. Garcia Vitta, 2001: 864); d) a defesa das pessoas portadoras de deficiência (Lei nº 7.853/1989); e) apurar a responsabilidade pelos danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários (Lei nº 7.913/1989); f) resguardar os direitos das crianças e dos adolescentes (Lei nº 8.069/1990); g) a defesa do consumidor (ações coletivas – Lei nº 8.078/1990); e h) a defesa do idoso (ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis e homogêneos – Lei nº 10.741/2004).

Os legitimados à propositura da ação civil pública estão previstos no art. 5º da Lei nº 7.347/1985. São eles, os entes federados, os entes da Administração Pública direta e indireta, o Ministério Público; a Defensoria Pública, esta quando presentes os interesses dos necessitados; e as associações que estejam constituídas há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; ainda merece menção a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994) e as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, que atuem em defesa do consumidor (Lei nº 8.072/1990, art. 82, III).

Não menos relevante que a ação civil pública é a ação popular. Dispõe a Constituição de 1988, em seu art. 5º, LXXIII, que:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Esse preceito, inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais, ampliou consideravelmente o alcance da ação popular, que fora preteritamente disciplinado pela Lei nº 4.717/1965, que somente fazia referência à “declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público”. É perceptível a importância desse instrumento processual para a defesa dos direitos fundamentais de terceira dimensão, de contornos essencialmente difusos, incluindo o direito a uma administração pública proba, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao patrimônio histórico e cultural.

Na medida em que somente o cidadão pode propor a ação popular, não é reconhecida a legitimidade das pessoas jurídicas para o manejo desse instrumento processual (Súmula nº 365 do STF). O *status* de cidadão, a teor de nossa sistemática constitucional, somente pode ser adquirido pelo nacional, o que ocorre com o seu alistamento eleitoral, obrigatório para os maiores de dezoito anos e facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, sendo vedado para os conscritos, durante o período do serviço militar obrigatório. Na medida em que a cidadania é obtida com o alistamento eleitoral, é natural seja ela provada, perante os órgãos jurisdicionais, com a apresentação do título de eleitor.

A cidadania consubstancia um vínculo de natureza política que une o indivíduo à República Federativa do Brasil, habilitando-o a praticar diversos atos de interesse coletivo, entre os quais também se encontra a capacidade de votar e de ser votado. A amplitude desse vínculo não impede que, por imposição da ordem jurídica, o exercício de algumas prerrogativas afetas a ele permaneça circunscrito a parcelas específicas do território nacional. É o que ocorre, por exemplo, com a obrigação de o cidadão votar na circunscrição a que esteja vinculada a sua inscrição eleitoral ou de possuir domicílio eleitoral na localidade em que pretende se candidatar a cargo eletivo. Essas limitações territoriais ao exercício de alguns aspectos da cidadania não podem ser presumidas, hão de ser expressas, isso por tratar-se de vínculo estabelecido com o Estado brasileiro, não com algumas de suas parcelas.

Face à amplitude do vínculo político existente entre o cidadão e o Estado brasileiro, ao que se soma a inexistência de qualquer restrição estabelecida pela ordem jurídica, não há correlação necessária entre a circunscrição em que mantém a sua inscrição eleitoral e o juízo competente para o processo e julgamento da ação popular que venha a ajuizar. Cidadão com domicílio eleitoral na circunscrição territorial de um ente federado pode perfeitamente ajuizar ação popular para proteger interesses afetos a outro ente federado, no território deste último. Afinal, a cidadania é nacional, não local.

A práxis jurídica tem sedimentado o entendimento de que a ação popular deve ser sempre proposta em primeira instância, ainda que o demandado goze de foro por prerrogativa de função na seara criminal². Pode ser manuseada, por exemplo, para suspender o pagamento indevido de gratificação³ e impedir a nomeação de

² STF, Pleno, AO-QO nº 859/AP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 11/10/2001, DJ de 01/08/2003.

³ STF, Pleno, AO-QO nº 506/AC, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 06/05/1998, DJ de 04/12/1998.

membro do Tribunal de Contas que não preencha qualidades intelectuais mínimas para ocupar o cargo, o que configura manifesta afronta à moralidade administrativa.⁴

Ainda que o objeto da ação civil pública apresente similitude com aquele passível de ser tutelado via ação popular, não há óbice seja ele protegido por qualquer dos legitimados. Tais ações coexistem, não guardando entre si uma relação de exclusão recíproca. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de assentar que

a nova ordem constitucional erigiu um autêntico “concurso de ações” entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. A ação civil pública não veicula bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a ação popular. Aliás, a bem da verdade, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encarta a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas.⁵

Apesar das vantagens oferecidas pela tutela coletiva, ainda há grande resistência à sua utilização em matérias de grande relevância para a coletividade. Nesse particular, podemos mencionar a situação dos contribuintes. Segundo o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985:

não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Anteriormente à edição do próprio preceito, a jurisprudência já se sedimentara no sentido de não ter o Ministério Público legitimidade para a defesa dos interesses do contribuinte⁶.

Em apertada síntese, podem ser aduzidos os seguintes argumentos em prol do manejo da ação civil pública para a defesa dos contribuintes: a) a questão deve ser analisada sob uma ótica bipolar, alcançando, além dos direitos dos contribuintes, a legalidade e a moralidade dos atos da administração pública; b)

⁴ STF, 2ª Turma, RE nº 167.137/TO, Rel. Min. Paulo Brossard, j. em 18/10/1994, DJ de 25/11/1994.

⁵ STJ, 1º T., REsp. nº 406.545/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 26/11/2002, DJU de 09/12/2002, p. 292.

⁶ STF, Pleno, RE nº 195.056-1/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 09/12/1999; STF, Pleno, RE nº 213.631-0/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 09/12/1999; STJ, 1ª T., REsp. nº 168.415/ SP, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 08/06/1998, DJU de 10/08/1998, p. 037; 1ª T., REsp. n. 177.804/SP, Rel. Min. José Delgado, DJU de 26/10/1998; 1ª T., REsp. nº 175.888/PR, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 03/05/1999; 2ª T., REsp. nº 86.381/RS, Rel. Min. Fernando Peçanha Martins, j. em 14/09/1999, DJU de 03/11/1999, p. 0103; 2ª T., REsp. nº 113.326/MS, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, DJU de 15/12/1997; 2ª T., REsp. nº 115.500/PR, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU de 03/08/1998; 2ª T., REsp. nº 200.234/SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU de 21/06/1999. E ainda: STJ, 2ª T., REsp. n. 264.180/SP, rel. Min. João Octávio de Noronha, j. em 16/06/2005, DJU de 22/08/2005, p. 187.

é admissível o controle incidental de constitucionalidade, no âmbito da ação civil pública, dos atos que infrinjam as limitações constitucionais ao poder de tributar; c) os interesses individuais homogêneos, quando coletivamente tutelados, são espécies dos interesses coletivos, não sendo sua defesa restrita àqueles oriundos de relações de consumo; d) é admissível a defesa coletiva dos interesses individuais dos contribuintes, ainda que tenham natureza patrimonial, já que indiscutível a necessidade de defesa da ordem jurídica e de preservação do interesse social; e) ainda que não sejam considerados interesses coletivos, a utilização da ação civil pública para a tutela dos interesses individuais homogêneos foi expressamente autorizada pela remissão à Lei nº 8.078/1990, contida no art. 21 da Lei nº 7.347/1985; f) a pretensão que busque anular o lançamento tributário, a um só tempo, tutela interesses coletivos (metaindividuais, de natureza indivisível, de que são titulares todos os contribuintes do tributo, os quais encontram-se vinculados ao sujeito ativo da obrigação tributária por relação jurídica instituída *ex vi legis*) e, no que concerne à repetição do indébito, interesses individuais homogêneos, já que mais incisiva a determinabilidade e a individualidade dos beneficiários; e g) a não referência à defesa dos contribuintes na ementa da Lei nº 7.347/1985 era irrelevante na medida em que o art. 129, III, da Constituição da República e o art. 1º, IV, da referida Lei faziam referência a outros interesses difusos e coletivos.

É relevante observar que, tanto o entendimento cristalizado na jurisprudência como a alteração introduzida no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985, devem ser analisados sob uma perspectiva que os compatibilize com o texto constitucional, em especial com o art. 129, III, que dispõe ser atribuição do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública em defesa dos interesses difusos e coletivos.

Ainda que tenha prevalecido a tese de que a cobrança indevida de tributos viola direitos individuais homogêneos e que a defesa destes últimos seria restrita à matéria consumerista, deve-se lembrar de que nem todos os atos praticados pelo Estado em detrimento do contribuinte violam direitos dessa natureza. À guisa de ilustração, pode ser mencionado o seguinte exemplo: após instituir uma taxa cujo fato gerador não atenda aos requisitos da especificidade e da divisibilidade, determinado Município, em conluio com a Companhia de Energia Elétrica, passa a cobrá-la, sem qualquer autorização expressa por parte dos consumidores, juntamente com a tarifa de luz. Nessa hipótese, de acordo com o entendimento predominante, o prejuízo que cada contribuinte sofrerá com o pagamento do tributo se situa na esfera dos interesses individuais homogêneos. No que concerne à inserção da cobrança na conta de luz, condicionando o adimplemento de uma obrigação ao cumprimento de outra, atingirá ela interesses coletivos, já que indivisível o direito (inadequação da forma de cobrança), os contribuintes estão ligados ao Município por uma relação jurídica base (do que decorre o surgimento da obrigação tributária), e a lesão individual não é passível de ser quantificada.

À luz dessa constatação, ao art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985 deveria ser dispensada uma interpretação conforme a Constituição, o que afastaria a possibilidade de restringir-se a utilização da ação civil pública nas hipóteses em que seja divisada a presença de interesses difusos ou coletivos, ainda que “envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

Essa distinção não foi bem percebida pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a ilegitimidade do Ministério Público para pleitear a anulação de acordos celebrados entre o Fisco e alguns contribuintes, que importariam substancial diminuição do recolhimento de ICMS aos cofres públicos sob a alegação de incremento do comércio na região.⁷ *In casu*, optou-se por centrar a atenção na temática tributária quando, à evidência, o objetivo era a proteção do patrimônio público. O Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a repercussão geral da matéria, entendeu que o TARE (Termo de Acordo de Regime Especial) “não diz respeito apenas a interesses individuais, mas alcança interesses metaindividuais, pois o ajuste pode, em tese, ser lesivo ao patrimônio público”, daí a legitimidade do Ministério Público para pleitear a sua anulação.⁸ Em outra oportunidade, o Tribunal reconheceu a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública com o fim de reduzir reajuste na tarifa de transporte coletivo, isto por se tratar de relação de prestação de serviços submetida ao Código de Defesa do Consumidor, não de questão tributária⁹.

Não bastasse a dificuldade de transição do individualismo para o coletivismo, fazendo que a massificação dos processos individuais continue a preterir o processo coletivo, há, especificamente em relação à ação popular, uma evidente carência de democracia participativa.

A denominada democracia participativa, voltada à aproximação do individual ao social, busca sedimentar uma ideologia coletiva, reflexo da constatação de que problemas setoriais tendem a transmutar-se em problemas gerais. Indica que a democracia deve ser realizada com a participação contínua e responsável, no processo político, de grandes setores da população: é uma forma de participação ativa, não de mera figuração (Eisenstadt, 2000: 7). A partir da interação entre indivíduos e estruturas de poder, tem-se a proliferação e conseqüente sedimentação de um sentimento de inserção, que desempenha relevante função educativa na formação da sociedade.

A participação popular, de modo ativo e necessariamente crítico, permite que a democracia seja vista não só como meio necessário à consecução de certos objetivos, mas, principalmente, como fim. Esse fim somente será alcançado quando

⁷ STJ, 1ª Seção, REsp. nº 845.034/DF, Rel. Min. José Delgado, j. em 14/02/2007, DJU de 11/06/2007, p. 260.

⁸ STF, Pleno, RE nº 576.155/DF, repercussão geral-mérito, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 12/08/2010, DJ de 25/11/2010.

⁹ STF, 1ª T., RE nº 379.945/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 11/10/2005, DJU de 20/04/2006, p. 15.

o povo tomar suas decisões de modo consciente, à luz da livre valoração dos fatos e dos respectivos aspectos circunstanciais. A organização da sociedade civil torna-se particularmente relevante, enquanto fator de densificação ideológica, para evitar que a multidão anônima, reunida esporadicamente em torno de alguns poucos interesses comuns, não seja conduzida por pequenos grupos, que buscam difundir a relevância de seus interesses e identificá-los com os interesses da própria coletividade.

Como ressaltado por Zagrebelsky (1995: 6), práticas que, na aparência, se mostram hiper ou ultrademocráticas podem não passar de mera adulação do povo, que se vê manipulado e conduzido à incômoda condição de massa de manobra, cuja única utilidade é legitimar decisões previamente tomadas. Nesse contexto, o povo é manobrado em prol dos interesses das maiorias ocasionais; pensa ser protagonista, quando não passa de mero figurante; é objeto, não sujeito; a democracia, em consequência, é meramente instrumental (Zagrebelsky, 1995: 81). Não é incomum que, sob os auspícios do apoio popular, sejam sedimentadas práticas verdadeiramente antidemocráticas. Sob aplausos, o povo vê tolhidas parcelas substanciais de sua liberdade, que, pouco a pouco, torna-se um invólucro destituído de conteúdo; um signo belo na aparência, mas privado de sua essência. A democracia crítica deve refutar a postura daqueles que impedem o diálogo ou negam a tolerância, crendo terem sempre razão e tendo como único móvel a busca pelo poder (Zagrebelsky, 1995: 120).

Não obstante o elevado nível de descontentamento, de nossa população, com os detentores do poder, não se verifica, em proporção semelhante, a adoção de medidas práticas que busquem reverter esse quadro, entre elas o manejo da ação popular.

Epílogo

A contemplação formal de direitos e obrigações talvez seja uma das tarefas mais singelas a serem desempenhadas pelos poderes constituídos. Apesar disso, a evidente relutância, de considerável parcela da nossa sociedade, inclusive daqueles que, nela formados, são alçados ao poder, em observar os padrões de conduta previstos na ordem jurídica, certamente justifica o elevado déficit de efetividade dos direitos fundamentais. O conhecido jargão “a lei não pegou” há muito se popularizou. O que muitos não percebem é que esse estado de coisas tende a moldar o ambiente sociopolítico de acordo com os valores que dele se desprendem, e as consequências, por certo, serão desastrosas, principalmente quando os direitos preteridos possuírem contornos metaindividuais. Reverter esse quadro não é tarefa nada fácil. Afinal, tanto quem tem legitimidade para ajuizar a ação como quem irá julgá-la estão inseridos na mesma sociedade, cuja fratura ideológica é mais que evidente. Em outras palavras, o ânimo de muitos arrefeceu e a condescendência se estabeleceu, terminando por sedimentar códigos paralelos de conduta. Mudar esse quadro, com a sedimentação de uma ideologia efetivamente participativa, é o nosso grande desafio.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Suhrkamp, 1994.
- BARBOSA, Rui. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira, colligidos e ordenados por Homero Pires*, v. VI, Art. 71 (Conclusão) a 91 (Disposições Geraes) e Disposições Transitorias, São Paulo: Saraiva & Cia., 1934.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação civil pública e a língua portuguesa, *in: Revista de Direito do Ministério Público do Rio de Janeiro* nº 13, p. 185, 2001.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação civil pública e a programação de TV, *in: Revista de Direito Administrativo* nº 201, p. 45, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 18ª ed., 2006.
- DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*, 9ª ed., London: Macmillan, 1945.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 4. 5ª ed. Salvador: Editora Podivm, 2010.
- EISENSTADT, S. N. *Os Regimes Democráticos. Fragilidade, Continuidade e Transformabilidade*, trad. de Carlos Leone, Oeiras: Celta, 2000.
- GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GARCIA VITTA, Heraldo. Ação Civil Pública. Resolução do BACEN. Tutela Antecipada, *in: Boletim de Direito Administrativo*, novembro de 2001, p. 864.
- GOMES CANOTILHO, J. J. Protecção de direitos fundamentais através de organização e procedimento, *in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VIII, p. 197, 2011.
- LOCKE, John. *The second treatise of government: essay concerning the true original, extent and end of civil government*. 3ª ed. Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976, publicado inicialmente em 1690, como parte da obra *Two treatises of government*.
- LUCAS VERDU, Pablo. Considerações preliminares à obra de Gualter Jellineck. *Reforma y mutacion de la Constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.
- SMITH, Adam. *Riqueza das nações (The wealth of nations)*, vol. II. Trad. de CARDOSO, Teodora et al. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il "Crucifige!" e la democrazia*. Torino: Einaudi, 1995.
- _____. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992 (12ª reimp. de 2010).

Cessão Fiduciária em Garantia de Recebíveis Performados e a Performar

Jorge Lobo*

Sumário

1. Contrato de Cessão Fiduciária em Garantia. 2. A Jurisprudência dos Tribunais de Justiça e do STF. 3. Negócio Fiduciário. 4. Cessão Fiduciária em Garantia. 5. Natureza Jurídica da Recuperação Fiduciária. 6. Conclusões.

1. Contrato de Cessão Fiduciária em Garantia

A) Condições Contratuais Básicas

O contrato de cessão fiduciária em garantia de títulos de crédito e dos direitos creditórios deles decorrentes, denominados, no mercado de capitais, “recebíveis”, e, para os fins dos arts. 82 e 83 do Código Civil e 49, § 3º, da Lei nº 11.101, de 2005 (LRFE), “bens móveis”, assinado, por livre e espontânea vontade e mútuo consenso, pelo credor-fiduciário e o devedor-fiduciante, possui, invariavelmente, “cláusulas padrão”, que têm por escopo fixar as “condições básicas do negócio”, através das quais acordam, em caráter irrevogável e irretratável, por si e seus sucessores, que:

(a) em garantia do bom, fiel e cabal cumprimento de todas as obrigações assumidas no contrato, o devedor-fiduciante cede, fiduciariamente, ao credor-fiduciário, a propriedade e a posse direta e indireta dos recebíveis discriminados em documento anexo, os quais, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou gravames de qualquer natureza ou espécie, são entregues ao credor-fiduciário;

(b) o credor-fiduciário poderá, quando e se necessário, exercer, na qualidade de legítimo proprietário fiduciário dos recebíveis, os direitos especificados na Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, com as alterações da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, no Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, e na Lei nº 9.514, de 20 novembro de 1997;

(c) ao credor-fiduciário será lícito conservar e recuperar, por meios judiciais e extrajudiciais, a posse direta dos recebíveis contra qualquer detentor, inclusive o próprio devedor-fiduciante; promover a interpelação dos devedores para que

* Procurador de Justiça aposentado.

¹ Usualmente designado “operação garantida”.

não paguem, ao devedor-fiduciante, enquanto durar a cessão fiduciária, o valor dos recebíveis; propor ações e execuções judiciais e medidas extrajudiciais para assegurar o pagamento dos recebíveis; se qualquer deles não for pago, levá-los a protesto e promover a cobrança judicial contra o devedor-fiduciante e quaisquer coobrigados pelo pagamento; transigir e dispor, pelo preço que entender, dos recebíveis e de quaisquer direitos deles decorrentes, transferindo-os por endosso, cessão ou como lhe convenha através do uso de mandato com poderes especiais e irrevogáveis para assinar os documentos necessários à efetivação da transferência; receber e dar quitação etc.

Em diversas outras cláusulas, as partes dispõem sobre:

- (a) a vinculação dos recebíveis à conta do devedor-fiduciante;
- (b) a responsabilidade do devedor-fiduciante pela existência e legitimidade dos direitos creditórios;
- (c) a obrigação do devedor-fiduciante de entregar novas duplicatas e/ou direitos creditórios e/ou cheques e/ou notas promissórias no valor necessário para manter a garantia boa, firme e valiosa, sempre que tenham sido os recebíveis já entregues declarados de valor insuficiente para quitar total ou parcialmente a dívida garantida;
- (d) a autorização, dada pelo devedor-fiduciante ao credor-fiduciário, para que utilize quaisquer importâncias que venha a ter em seu poder na amortização e/ou liquidação do saldo devedor da “operação garantida”, caso ocorra o inadimplemento de qualquer de suas cláusulas ou condições;
- (e) o vencimento antecipado da “operação garantida” e imediata execução da garantia em caso de descumprimento de obrigação de dar, fazer ou não fazer e/ou pagar, no todo ou em parte, a dívida garantida, ou se tiver título apontado ou protestado, ou vier a ser citado para responder a ação ou execução de título judicial ou extrajudicial, ou se requerer recuperação judicial, ou se tiver declarada a sua autofalência ou for pedida a sua quebra etc.

B) Características e Finalidades do Contrato de Cessão Fiduciária em Garantia

Da leitura, ainda que perfunctória, do instrumento público ou particular de contrato de cessão fiduciária em garantia, conclui-se que o devedor-fiduciante, ao assiná-lo, transmite, ao credor-fiduciário, em caráter limitado e resolúvel, o domínio e posse dos recebíveis, que são contabilizados e permanecem vinculados à “conta devedor-fiduciante” e podem ser utilizados na amortização e/ou liquidação do saldo devedor da “operação garantida”, caso ocorra o inadimplemento, no todo ou em parte, de qualquer de suas cláusulas ou condições.

As características da “operação garantida” e a forma de amortização e/ou liquidação da dívida evidenciam que as partes celebram um negócio fiduciário, na modalidade de cessão fiduciária de recebíveis em garantia de empréstimos e financiamentos bancários², com a finalidade de propiciar, ao devedor, recursos financeiros a menores taxas e com mais rapidez e, ao credor, a certeza e a segurança de que, na qualidade de proprietário fiduciário, poderá, a qualquer momento, celeremente, sem depender de excussão judicial da garantia, cobrar e receber o que lhe é devido.

Registre-se, por fim, com ênfase, que o contrato de cessão fiduciária em garantia de recebíveis, celebrado pelas partes ao seu livre alvedrio, inspira-se nas ideias de probidade, lealdade, fidelidade e confiança recíproca e é presidido, quer em sua origem, quer durante a sua vigência, quer quando de sua execução, pelos princípios da livre iniciativa, da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, do consensualismo, da boa-fé subjetiva e objetiva, da força obrigatória das convenções, da intangibilidade e da função social do contrato.

C) As Questões Práticas

Apesar da clareza dessas cláusulas e condições contratuais, das ideias, que as inspiram, e dos princípios clássicos e modernos, que as informam, que se impõem ao professor, ao advogado e ao magistrado quando da interpretação da vontade contratual³, lavra, na jurisprudência e na doutrina, acirrada controvérsia a respeito do regime jurídico aplicável ao instituto da cessão fiduciária de títulos de crédito (duplicatas, notas promissórias, cheques emitidos por terceiros e outros títulos) e de direitos creditórios (direitos de crédito presentes (créditos performados) e futuros (créditos a performar), em garantia de empréstimos e financiamentos bancários em face da LRF.

Em termos práticos, discute-se:

(a) se, embora deferido o processamento do pedido de recuperação judicial formulado pelo devedor-fiduciante, o crédito de recebíveis “não se submete aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerá o direito de propriedade” (do credor-fiduciário), conforme dispõe o art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101, de 09.02.2005⁴, podendo, em consequência, o credor-fiduciário aplicar as quantias que vier a receber –

² Operações comerciais, especialmente que têm por objeto a transmissão de imóveis, são garantidas pelo instituto da alienação fiduciária em garantia de imóveis.

³ Caio Mario, *Instituições de Direito Civil*, Forense, 11ª ed., 2004, v. III, p. 53 - 55.

⁴ Art. 49 Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.”

“§ 3º Tratando-se de credor titular de posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

produto da cobrança e/ou pagamento de recebíveis performados ou a performar – na amortização e/ou liquidação do saldo devedor de empréstimos e financiamentos contraídos pelo devedor-fiduciante da “operação garantida”, ou,

(b) se “o deferimento do processamento da recuperação judicial” “suspende”, por “180 (cento e oitenta) dias”, o direito de o credor cobrar e/ou receber os “direitos creditórios”, consoante estabelece o art. 6º, § 4º, da LRFE⁵, e se, na forma do art. 49, § 5º, da LRFE⁶, “o valor eventualmente recebido em pagamento das garantidas permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º, do art. 6º, desta Lei”.

2. A Jurisprudência dos Tribunais de Justiça e do STJ

A) Fundamentos da Aplicação do Art. 49, § 5º, da LRFE

Os acórdãos *favoráveis à sujeição dos créditos decorrentes de cessão fiduciária em garantia de recebíveis ao regime legal da recuperação da empresa* têm se baseado, em síntese, nos fundamentos seguintes:

(1º) as normas dos arts. 66-B, § 3º, da Lei nº 4728, de 1965⁷, e do 49, § 3º, da LRFE⁸ são excepcionais, por isso devem ser interpretadas restritivamente, sendo,

⁵ Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

⁶ Art. 49 Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 5º - Tratando-se de crédito garantido por *penhor* sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídos ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

⁷ Art. 66-B O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

⁸ Art. 49 Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 3º Tratando-se de credor titular de posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou

por conseguinte, vedado ao exegeta equiparar a cessão fiduciária de recebíveis à alienação fiduciária em garantia de coisas fungíveis ou bens móveis;

(2º) caso o legislador quisesse equiparar a cessão fiduciária de créditos à propriedade fiduciária de bens móveis o teria feito de forma expressa, tal qual no art. 66-B, § 3º, da Lei nº 4728, de 1965, incluído pela Lei nº 10.931, de 2004;

(3º) os títulos de crédito não se enquadram na classificação jurídica dada aos bens móveis;

(4º) créditos garantidos por direitos creditórios submetem-se ao § 5º, do art. 49, da LRFE, que trata de garantia fiduciária, e não ao § 3º, do mencionado artigo, que regula o crédito do titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis;

(5º) eventuais pagamentos ao credor-fiduciário implicaria em violação do princípio da igualdade entre os credores e a inversão dos critérios de preferência eleitos pelo legislador e

(6º) a exclusão dos recebíveis da recuperação judicial atenta contra o princípio da preservação da empresa, que inspira o art. 47 da LRFE⁹, e busca proteger a atividade empresarial.

B) Fundamentos da Aplicação do Art. 49, § 3º, da LRFE

A Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça têm decidido, reiteradamente, embora, às vezes, por maioria de votos, que a cessão fiduciária em garantia, por possuir natureza jurídica de propriedade fiduciária, *não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial da empresa* nos termos do art. 49, § 3º, da LRFE.

Eis os principais fundamentos em que se escudam os ministros com votos vencedores:

(1º) os arts. 49, § 3º, da LRFE c/c. 82 e 83 do Código Civil (CC) deixam claro que os “bens móveis”, citados na LRFE, são, para todos os efeitos legais, “os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”, *ex vi* do art. 83 do CC, inclusive, os bens móveis incorpóreos, como os recebíveis;

(2º) o art. 49, § 3º, da LRFE, ao mencionar o gênero – bens móveis – não haveria porque especificar suas categorias arroladas nos arts. 82 e 83 do CC, assim como não se fez necessário discriminar o sentido legal de “bens imóveis” (CC, arts. 79 a 81);

de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

⁹ Art. 47 A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação das empresas, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

(3º) o fato de o art. 49, § 3º, da LRFE utilizar a palavra coisa (bens corpóreos) em nada diminui a garantia outorgada por lei aos titulares de cessão fiduciária de bens incorpóreos, tal qual os créditos, e,

(4º) o sistema jurídico brasileiro, até a edição da Lei nº 10.931, de 2004, só admitia a propriedade fiduciária para fins de garantia de bens móveis infungíveis (CC, art. 1361), situação que foi profundamente alterada pelo art. 66-B da Lei nº 4.728, de 1965, com a redação da Lei nº 10.931, de 2004, para passar a abranger, *ex vi* do art. 49, § 3º, a “alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direito sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito”.

3. Negócio Fiduciário

Como assinala Judith H. Martins Costa,

na teoria do negócio fiduciário, tudo é discutível, sua admissibilidade e sua estrutura, as suas relações com os negócios indiretos, e os simulados, ou ainda a fraude, razão possuindo De Martini ao sublinhar a desordem conceitual que, nessa matéria, é imperante, em razão do que se poderia chamar de “poliedricidade da *fidúcia*”¹⁰, o que dificulta sobretudo a exegese do instituto e sua aplicação por juízes e tribunais.

A) As Origens do Negócio Fiduciário

(a) O Direito Romano como Fonte do Negócio Fiduciário

Para Paulo Restiffe Neto e Paulo Sergio Restiffe, a *fidúcia* surgiu no Digesto e na Lei das XII Tábuas¹¹ e consistia, doutrina Orlando Gomes, em um “pacto obrigacional

¹⁰ Os negócios fiduciários - Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do *trust* no Direito Brasileiro, *Revista dos Tribunais*, v. 657, p. 38.

¹¹ Os dois aclamados autores ensinam: “Os estudiosos da *fidúcia* localizam suas origens em textos do Digesto e da Lei das XII Tábuas. Assim, RENÉ JACQUELIN (‘De la Fiducie’), C. ACCARIAS (‘Précis de Droit Romain’), CARLO LONGO (‘Corso di Diritto Romano’), além de outros. Além dos dois textos antes mencionados, que da *fidúcia* dão notícia vaga e imprecisa, numerosos outros dela nos falam: as ‘Institutas’, de GAIO; as ‘Sentenças’, de PAULO; a ‘Collatio’; os ‘Fragmentos do Vaticano’ e de uma ‘Constituição do Código Teodosiano’; a chamada ‘Fórmula Bética’ e as ‘Táboas de Pompéia’” (Nestor José Foster. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Porto Alegre, Livraria Sulina Editora, 1970, p. 11).

“Originariamente la ‘fidúcia’ romana clásica no implicaba una venta o una transmisión de la propiedad en el sentido que hoy le damos. Fue un negocio jurídico basado en la ‘fides bona’ negocial. El ‘dominus’ confiaba al cesionario un ‘usus’ de la cosa, bien con fines de garantía, bien con propósito de salvaguardia, pero con intención de obtener su restitución una vez cumplidos estos objetivos”. (Joaquín Arespacochaga. *El Trust, la Fidúcia y Figuras Afines*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 17-18). “No direito romano encontramos a *fidúcia cum amico*, que não tinha finalidade de garantia, sendo negócio jurídico pelo qual uma pessoa alienava os seus bens com a condição de lhe serem restituídos com o fim das circunstâncias aleatórias que o determinaram, como a guerra, a viagem, etc. Outro negócio era *fidúcia cum creditore*. Nesta a venda se faz com a ressalva de recuperar o bem, uma vez efetivado o pagamento, dentro de certo tempo, ou sob dada condição” (Marco Aurélio da Silva Vianna. *Comentários ao Novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XVI, p. 520-521).

agregado à transferência da propriedade, que se destina a neutralizar o efeito real da transmissão, condicionando-o ao fim especial para o qual ela se realiza”¹².

(b) O Direito Germânico como Inspiração do Negócio Fiduciário

Para alguns, o negócio fiduciário surgiu sob inspiração do direito germânico, constituído por uma avença ou acordo de duplo efeito: um, externo e visível, formado pela transmissão da propriedade de uma coisa; outro, interno ou oculto a terceiros, expresso no pacto de restituir o bem e dele não dispor¹³.

“A fidúcia, instituto jurídico que repousa exclusivamente na lealdade e honestidade de uma das partes, o fiduciário, correspondente, por isso mesmo, à boa-fé e confiança nele depositada pela outra parte, o fiduciante, tem a sua origem no direito romano, que a hauriu na Lei das XII Tábuas, vindo a ser encontrada em textos interpolados no Digesto.” (*Garantia Fiduciária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, 3ª ed., p. 21).

“Mesmo após o aparecimento dos institutos da hipoteca e do penhor, a fidúcia continuou em uso franco em Roma, especialmente a *fiducia cum creditore*, porque dava maiores garantias ao credor, já que este se tornava verdadeiro proprietário. Havia apenas a limitação do *pactum fiduciae*, pelo qual o fiduciário obrigava-se a restituir a coisa, no momento do resgate da dívida garantida, ao fiduciante. Tinha, portanto, a fidúcia, dois aspectos: o *real*, pelo qual o fiduciário se tornava autêntico proprietário, e o *obrigacional*, pelo qual o fiduciário se comprometia a restituir a coisa, resolvido o contrato. Se se negasse a restituí-la, tinha o fiduciante (antigo proprietário) apenas direito à indenização, não lhe cabendo exigir a restituição da própria coisa, embora assim se ajustasse pelo *pactum fiduciae*. Ressalte-se que a transferência de propriedade, no negócio fiduciário romano, não implicava necessariamente na transmissão da posse. Esta poderia continuar com o devedor, ‘uma vez que nem a *mancipatio* nem a *in jure cession* exigiam a passagem da posse” (Nestor José Forster. Ob. cit., p. 11-12).

“No direito romano já se conhecia o negócio fiduciário sob as figuras da *fiducia cum amico* e da *fiducia cum creditore*. A *fiducia cum amico* era tão somente um contrato de confiança e não de garantia em que o fiduciante alienava seus bens a um amigo, com a condição de lhe serem restituídos quando cessassem as circunstâncias aleatórias”. (Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2004, 19ª ed., 4º v., p. 543).

¹² Orlando Gomes. *Alienação Fiduciária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, 4ª ed., p. 43.

¹³ Conforme se lê em Joaquín Arespachochaga: “*Su construcción en nuestros días es obra de los autores alemanes del siglo XIX que retoman la figura del modelo que los pandectistas transmitieron a la civística moderna. Para éstos, la fidúcia constituía un negocio jurídico de doble efecto: una fracción externa y visible (constituída por la venta transmisora de la propiedad de una cosa), y otra no desvelada a terceros (el pacto obligacional de devolver el bien, así como un compromiso de no disposición)*” (Ob. cit., p. 17-18).

“A segunda teoria, de inspiração alemã, recorre à condição resolutiva para justificar a limitação, no tempo e no conteúdo, do direito real do fiduciário. Sustentam seus adeptos que ele adquire uma propriedade temporária, para fim determinado. (...) No esquema germânico, o poder do fiduciário é limitado no próprio negócio fiduciário, na conformidade de seu fim. Se configura a modalidade de alienação fiduciária em garantia, esta finalidade limita-se, de sorte que o devedor recobrará, automaticamente, a propriedade do bem alienado, e, se tornando novamente seu proprietário, pode reivindicá-lo de quem quer que o detenha”. (Orlando Gomes, *Alienação fiduciária cit.*, p. 43 e 51).

“A fidúcia do antigo direito germânico, conquanto tenha suas raízes na fidúcia de origem romana, como reconhece Mariano Navarro Martorell (*La propiedad fiduciaria*, 1950, p. 28), dela se diferencia, conforme demonstra Juan Jordano Barea (*El negocio fiduciario*, Bosch, 1959, p. 27), que, por sua vez, funda-se em Cariota-Ferrara e Ambrosini. É que ‘en la fidúcia de tipo romano se confiere al fiduciario un poder jurídico ilimitado (titularidad plena y definitiva); personalmente, sin embargo, se obliga a retransmitir al fiduciante o a otra persona por éste indicada el bien transmitido, una vez alcanzado el fin propuesto’, enquanto, diversamente, ‘en la fidúcia de tipo germánico, por el contrario, el *treuhander* (fiduciario) adquire una titularidad condicionada resolutoriamente con eficacia real *erga omnes*, de tal modo que es ineficaz todo uso contrario al fin perseguido, provocando, *ipso jure*, el retorno de la cosa al fiduciante o sus herederos, incluso en perjuicio de tercer adquirente” (Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe. Ob. cit., p. 24).

“Na fidúcia de tipo germânico, a propriedade e o direito não se transferem plena e ilimitadamente ao fiduciário, mas sim condicionados resolutoriamente e com eficácia real. Os poderes do fiduciário, desde o início, são rigorosamente limitados ao fim que as partes tiveram em vista. Correspondem, plenamente,

(c) O Negócio Fiduciário como Produto do Direito Moderno

A crise da Justiça, sobretudo nas megalópoles de todos os países desenvolvidos e em desenvolvimento, em que sobressai o acúmulo de ações e execuções judiciais de longuíssima duração e se propaga o fracasso na excussão dos direitos reais de garantia clássicos para satisfazer os direitos e interesses do credor pignoratício e do credor hipotecário diante do inadimplemento do devedor, e a contínua e crescente demanda por bens, serviços e recursos financeiros impuseram a recriação da garantia fiduciária ou negócio fiduciário¹⁴, calcado na confiança¹⁵ como razão decisiva da avença.

B) Conceito de Negócio Fiduciário

Luiz Edson Fachin ensina que:

O fiduciário é titular de um direito sob condição resolutiva; em face da transferência em garantia, é dono dos bens transferidos de modo restrito e resolúvel. A extinção desse direito de propriedade está prevista no próprio título constitutivo. É um negócio jurídico (por consequente, contrato fundado em relação obrigacional) que constitui um direito real de garantia condicional. A condição resolutiva, na hipótese, é adimplemento da obrigação assumida. Emerge daí sua característica essencial, que a define.¹⁶⁻¹⁷

aos seus interesses econômicos. Por isso, adquire o fiduciário tão somente um direito real limitado. Consequentemente, não terá ele o poder *de abuso*, e, assim, qualquer ato abusivo terá ele de disposição, não afetaria os direitos do fiduciante. Esta concepção fugiria, nestas condições, à *fidúcia* propriamente dita, mas, consoante a afirmação de MESSINA, levaria sobre a concepção romana a vantagem da plena correspondência entre a intenção das partes e os meios jurídicos por ela adotados.

Trata-se, assim, de um direito transmitido condicionalmente, e, por isso, o lado obrigacional do negócio dará ao fiduciante maiores garantias, possibilitando-lhe, mesmo, a recuperação da própria coisa fiduciada (Otto de Sousa Lima. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 140).

“A *fidúcia* acabou por ser proscrita no direito romano, em decorrência dos abusos que foram cometidos. Foi retomada no século XIX, por Regelsberg, que trouxe a lume o chamado negócio fiduciário do tipo germânico. Neste, ao contrário do negócio fiduciário romano, temos a transferência do domínio do devedor ao credor, como garantia da dívida, resolvendo-se o negócio pelo pagamento da dívida (Cf. Darcy Bessone, *Direitos reais*, p. 452)” (Marco Aurélio da Silva Viana. Ob. e v. cit., p. 520-521).

¹⁴ “O ressurgimento da *fidúcia* na atualidade, incorporada ao direito positivo como espécie nova de garantia, decorre da crise constatada na prática de utilização de outros tipos de direitos reais de garantia clássicos. Sobretudo a hipoteca, precisamente pela sua estrutura de direito real de garantia constituído *sobre bem alheio*, expõe, por isso (*bem alheio*), a sua maior fragilidade, exacerbada pela crise de entupimento da Justiça” (Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe. Ob. cit., p. 22).

¹⁵ “Num acordo qualquer de vontades, entra, praticamente sempre, a confiança; faz parte do tecido da avença. Faltava a confiança, como razão do negócio jurídico, ou seja, contratar-se a correção pela correção; faltava o legislador consagrá-la num certo setor, eliminando em extensão correspondente o sucedâneo bastardo da simulação. É a garantia fiduciária” (Philomeno J. da Costa. “Bibliografia. Paulo Restiffe Neto/Garantia Fiduciária/1975/São Paulo/Editora Revista dos Tribunais/597 p.” *RDM* 18/123).

¹⁶ *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 15. p. 340.

¹⁷ *Generalmente se consideran actos o negocios fiduciarios los que determinan una modificación subjetiva de la relación jurídica preexistente y el surgimiento simultáneo de una nueva relación: la modificación subjetiva en la relación preexistente consiste en la trasmisión plena del dominio u outro derecho, efectuada*

Otto de Souza Lima, a seu turno, leciona: “Negócio fiduciário é aquele em que se transmite uma coisa ou direito a outrem, para determinado fim, assumindo o adquirente a obrigação de usar deles segundo aquele fim e, satisfeito neste, de devolvê-los ao transmitente”¹⁸.

C) Características do Negócio Fiduciário

Do conceito de negócio fiduciário, pode-se extrair suas características principais, a saber: (a) um elemento real, representado pela transferência voluntária da coisa ou do direito; (b) um elemento obrigacional, consistente na restituição da coisa ou do direito se verificada determinada condição resolutiva¹⁹.

D) Espécies de Negócio Fiduciário

São espécies de negócio fiduciário²⁰ no direito brasileiro²¹: (a) a alienação

con fines de administración, facilitación de encargos o garantías, que por sí mismos no exigirían la trasmisión; y la nueva relación que surge simultáneamente con aquella trasmisión consiste en la obligación que incumbe al adquirente, de restituir el derecho al trasmite, o de trasferirlo a una tercera persona, una vez realizada la finalidad, todo por la confianza que el trasmiteante dispensa al adquirente.(Elias P. Guastavino. *Actos fiduciarios*, in: “*Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*”. Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 365).

¹⁸ Ob. cit., p. 170.

¹⁹ “Da definição de LONGO, emergem os seguintes elementos constitutivos característicos do negócio fiduciário:

a) ato de transferência da coisa, ou ato de alienação voluntária, que representa o elemento real do negócio;

b) elemento obrigacional, consistente numa convenção pela qual o fiduciário (o que recebe a coisa) se compromete a devolver a coisa ou dela desfazer-se para dar-lhe uma destinação pré-estabelecida” (LONGO, Carlos. *Curso di Diritto Romano*, Milano, 1933, p. 42, *apud* FORSTER, Nestor José, ob. cit., p. 17).

“O característico do negócio fiduciário decorre do fato de se prender, ele, a uma transmissão de propriedade, mas de ser, o seu efeito de direito real, parcialmente neutralizado por uma convenção entre as partes em virtude da qual o adquirente pode aproveitar-se da propriedade que adquiriu, apenas para o fim especial visado pelas partes, sendo obrigado a devolvê-la desde que aquele fim seja preenchido. (...)” (ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 106).

²⁰ “A alienação fiduciária é efetivamente uma espécie do gênero *negócio fiduciário*, guardando os traços comuns deste. O devedor aliena a coisa sob a condição suspensiva de retorno *ipso jure* do domínio, mediante o pagamento da dívida assim garantida. E o credor investe-se temporariamente no domínio da coisa alienada em garantia fiduciária, sob condição resolutiva”. (Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, ob. cit., p. 313).

Em sentido contrário, José Carlos Moreira Alves, que disserta: “Em conclusão, verifica-se que a alienação fiduciária em garantia, negócio jurídico típico que é, não se enquadra entre os negócios fiduciários propriamente ditos, diferenciando-se, também, dos negócios fiduciários do tipo germânico; e, ainda, que apresente semelhanças com o *trust receipt* e vários pontos de contato com o *chattel mortgage*, é instituto próprio do direito brasileiro, em cujo sistema – do qual, à primeira vista, parece aberrar – se ajusta dogmaticamente, já prestando amplo benefício como instrumento jurídico adequado segurança do crédito”. (*Da Alienação Fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 3ª ed., p. 46). Fábio Ulhoa Coelho, a seu turno, esclarece: “A alienação fiduciária em garantia, introduzida no direito brasileiro pela Lei de Mercado de Capitais (Lei nº 4.728/1965, art. 66, com a redação dada pelo Dec.-Lei nº 911/1969), é espécie do gênero/negócio fiduciário” (*Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 137).

²¹ “Em absoluto rigor técnico, são espécies de negócio fiduciário a alienação fiduciária em garantia, a cessão fiduciária em garantia e o negócio fiduciário de administração” (Cfr. CHALHUB, Melhin N. *Negócio Fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 63) e “são sub-espécies as discriminadas no

fiduciária em garantia de coisa fungível²²; (b) a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e títulos de crédito²³; (c) a propriedade fiduciária de coisa móvel infungível²⁴; (d) a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel²⁵; (e) a cessão fiduciária de direitos decorrentes de alienação de unidades habitacionais²⁶ e (f) a cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis²⁷.

E) Semelhança entre a Alienação Fiduciária em Garantia e a Cessão Fiduciária em Garantia

Melhim Namen Chalhub assinala que:

A cessão fiduciária e a alienação fiduciária são institutos similares, exercendo a mesma função de garantia do crédito e alicerçando-se nos mesmos fundamentos; enquanto na alienação, o objeto do contrato é um bem (móvel ou imóvel), na cessão o objeto é um direito creditório; em ambas, a transmissão do domínio fiduciário ou da titularidade fiduciária subsiste enquanto perdurar a dívida garantida²⁸, razão pela qual o tratamento legal da cessão fiduciária de recebíveis em garantia de empréstimos e financiamentos bancários deve seguir e orientar-se pelos princípios do negócio fiduciário em garantia de bens móveis e imóveis, aplicando-se-lhe as Leis nºs 4.728, de 1965, com a redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004; 4.864, de 1965, e 9.514, de 1997, além do Decreto-Lei nº 911, de 1969.

F) O Negócio Fiduciário é um Instituto de Direito Econômico

Ensina Orlando Gomes que o Direito Econômico caracteriza-se por:

uma unidade tríplice: de espírito, de objeto e de método ... Seu método distingue-se pela desenvoltura na busca das construções e técnicas adequadas às novas exigências, não recuando, sequer, na aceitação de monstros jurídicos, como o contrato forçado, a

texto: a alienação fiduciária tem por objeto coisas móveis, coisas fungíveis e imóveis e a cessão fiduciária de direitos de diferentes naturezas, inclusive a cessão fiduciária para fins societários" (Chalhub, *idem*, p. 64).

²² Art. 66-B, § 3º, da Lei nº 4.728, de 1965, incluído pela Lei nº 10.931, de 2004.

²³ Art. 66-B, § 3º, da Lei nº 4.728, de 1965, incluído pela Lei nº 10.931, de 2004.

²⁴ Art. 1.361 do Código Civil.

²⁵ Art. 17, IV, da Lei nº 9514, de 1997, que visa facilitar o financiamento imobiliário.

²⁶ Art. 22 da Lei nº 4864, de 1965, que se destina a estimular a construção civil.

²⁷ Art. 17, II, da Lei nº 9514, de 1997.

²⁸ Ob. cit., p. 322-323.

sociedade de um só sócio ou a venda para garantir²⁹, ou, digo eu, adequando a lição ao caso concreto, “ao *negócio fiduciário*”, o qual, por isso, quanto ao método, é orientado por princípios de Direito Econômico, tal qual suas espécies, a alienação fiduciária em garantia e a *cessão fiduciária em garantia*.

4. Cessão Fiduciária em Garantia

A) A Cessão Fiduciária em Garantia no Direito Positivo

Logo após a promulgação da Lei nº 4728, de 1965, que incorporou, ao direito positivo brasileiro, o instituto da alienação fiduciária em garantia de coisa móvel, a Lei nº 4864, também de 1965, com a finalidade de estimular a construção civil, criou, no art. 22, a *cessão fiduciária de direitos decorrentes de alienação de unidades habitacionais*³⁰, com o aplauso da doutrina pátria³¹, vindo a Lei nº 9514, de 1997, no art. 17, II, a *instituir a cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis* e, por fim, a Lei nº 10.931, de 2004, a dispor sobre a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito (além de direitos creditórios, presentes e futuros, em se tratando de garantia constituída através de cédula de crédito bancário, nos termos do artigo 31 da referida Lei nº 10.931), todos institutos de Direito Econômico, que se distinguem pela clara finalidade de buscarem soluções técnicas, que atendam às exigências do mundo moderno, e de serem respostas prontas e eficazes “às novas, crescentes e instáveis exigências de uma sociedade em vertiginosa transformação”³², sem suprimir ou esmagar os direitos individuais do cidadão.

²⁹ Orlando Gomes, *Direito Econômico cit.*, p. 5, nº 4.

³⁰ Sobre a cessão fiduciária de créditos oriundos de financiamento habitacional, Melhin N. Chalhub escreve: “Na mesma linha conceitual sobre a qual está configurada a alienação fiduciária, a Lei 4.964, de 29 de novembro de 1965, instituiu uma garantia fiduciária tendo como objeto direitos creditórios decorrentes de alienação de imóveis, a que denominou *cessão fiduciária de crédito em garantia*.”

“A garantia criada por aquela lei tinha espectro limitado, restringindo-se apenas aos créditos oriundos de financiamento habitacional. O propósito da lei era estimular a expansão do crédito no setor habitacional e, nesse sentido, destinava-se aquela cessão fiduciária a servir como garantia dos financiamentos da produção de imóveis” (Ob. cit., p. 321-322).

³¹ “A experiência fiduciária feita pelo legislador foi, na verdade, francamente positiva. Com efeito, a 29 de novembro do mesmo ano de 1965, nos arts. 22 e 23 da Lei nº 4.864, conhecida como Lei de Estímulos à Construção Civil, (posteriormente modificada e regulamentada pelo Decreto-Lei nº 4, de 11 de fevereiro de 1969), está prevista a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado. É uma forma de oferecimento de garantia, por parte de empresas financiadas, ao grupo ou caixa financiadora. Nesse tipo de cessão fiduciária, o credor é titular fiduciário dos direitos cedidos até a liquidação da dívida garantida, continuando o devedor a exercer os direitos em nome do credor, segundo as condições do contrato e com as mesmas responsabilidades de depositário” (art. 23)” (Nestor José Forster, ob. cit., p. 32-33).

³² Orlando Gomes, ob. cit., p. 2, nº 1.

B) Conceito de Cessão Fiduciária em Garantia de Recebíveis Performados e a Performar

Cessão fiduciária em garantia é a transferência, limitada e resolúvel³³, que faz o devedor-fiduciante ao credor-fiduciário, do domínio e posse direta, mediante tradição efetiva³⁴, de direitos creditórios³⁵ presentes (performados) e futuros (a performar) oriundos de títulos de crédito próprios e impróprios³⁶ ou de contratos³⁷, em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do credor-fiduciário com a liquidação da dívida garantida e a reversão imediata e automática da propriedade ao devedor-fiduciante³⁸ uma vez satisfeito o débito.

Melhin N. Chalhub, em seu excelente livro *Negócio Fiduciário*, ao tratar da definição da cessão fiduciária em garantia de direitos creditórios imobiliários, diz:

Por esse contrato, o tomador de um financiamento transfere seus direitos de crédito à instituição financiadora, que os adquire, como cessionária fiduciária. Essa transferência de titularidade não se faz em caráter pleno e definitivo, mas, tendo escopo de garantia, tem caráter limitado quanto ao conteúdo dos direitos transmitidos ao titular e, também, caráter temporário – serve a cessão somente

³³ Por isso, afirmo que a cessão fiduciária em garantia hoje praticada no país inspirou-se no negócio fiduciário do tipo germânico, eis que a transmissão da titularidade dos recebíveis do devedor para o credor é consumada a título de simples garantia e sob condição resolutiva, resolvendo-se a avença com a liquidação da obrigação pecuniária contraída pelo devedor.

³⁴ “Assim, num caso típico de negócio fiduciário, a transferência da propriedade para fins de garantia, a transmissão de propriedade é efetivamente desejada pelas partes, não, porém, para o fim de troca, mas para um fim de garantia” (ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 106).

³⁵ A Resolução CMN nº 2907, de 29.11.2001, e a Instrução CVM nº 356, de 17.12.2001, com as alterações da Instrução CVM nº 393/03, classificam como direitos creditórios “os direitos e títulos representativos de crédito, originários de operações realizadas nos segmentos financeiro, comercial, industrial, imobiliário, de hipotecas, de arrendamento mercantil e de prestação de serviços, os contratos referidos no § 8º do art. 40, desta Instrução, bem como direitos e títulos representativos de créditos de natureza diversa assim reconhecidos pela CVM” (art. 2º, I, IN/CVM 356).

³⁶ São exemplos de títulos de crédito próprios a letra de câmbio e a nota promissória e de títulos de crédito impróprios o cheque (MARTINS, Fran, *Títulos de Crédito*. 12ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 19).

³⁷ A cessão fiduciária em garantia é um negócio jurídico bilateral, oneroso, informal e acessório, porque depende do contrato que lhe deu origem.

“No momento em que se completar a satisfação do crédito do fiduciário, ocorrerá, automaticamente, a extinção, por resolução de pleno direito, do ônus da cessão fiduciária de crédito em garantia. Extinta a obrigação que a cessão teve em vista garantir, não haveria por que subsistir o gravame, que se encontra resolvido.

³⁸ “No momento em que se completar a satisfação do crédito do fiduciário, ocorrerá, automaticamente, a extinção, por resolução de pleno direito, do ônus da cessão fiduciária de crédito em garantia. Extinta a obrigação que a cessão teve em vista garantir, não haveria por que subsistir o gravame, que se encontra resolvido.

“Não se pode perder de vista que a *resolubilidade* é o principal elemento integrante da nossa fidejussão, ou seja, é a principal característica também da espécie de garantia constituída pela cessão fiduciária. Por isso, o implemento da condição resolutiva (pagamento) exaure a função da garantia e assegura, por si só, no esquema legal, a reversão da titularidade dos direitos cedidos ao patrimônio do devedor-cedente (fiduciante)” (Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe. *Ob. cit.*, p. 122-123).

para que o cessionário-fiduciário receba recursos para satisfazer seu crédito e perdura somente enquanto perdurar esse crédito³⁹.

C) Finalidade da Cessão Fiduciária em Garantia

É truísmo que o direito anda a reboque dos fatos, sobretudo em épocas de autênticas revoluções científicas, técnicas e tecnológicas, que fazem desaparecer antigas necessidades e anseios e surgir novas demandas por bens e serviços, que impõem o aparecimento de mecanismos e expedientes legais aptos a atendê-los, como ocorre em relação à cessão fiduciária em garantia, cuja finalidade precípua, quanto ao devedor-fiduciário, é propiciar-lhe crédito mais fácil, rápido e barato⁴⁰, e, quanto ao credor-fiduciante, assegurar a satisfação do crédito de forma mais eficaz e plena do que as garantias reais clássicas, como a hipoteca e o penhor.

5. Natureza Jurídica da Recuperação Judicial da Empresa

Os privatistas afirmam que a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Privado, devido à sua natureza contratual.

Os publicistas, que é um instituto de Direito Público, porque se materializa através de uma medida processual.

Para mim, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico, pois não se pauta pela ideia de justiça, mas de eficácia técnica numa zona intermediária entre o Direito Privado e o Direito Público, “caracterizando-se por uma unidade tríplice: de espírito, de objeto e de método”⁴¹.

A) Instituto de Direito Privado

Para os privatistas, a recuperação judicial da empresa é um contrato⁴², celebrado entre o devedor e os seus credores, razão pela qual ao juiz só cabe homologá-lo⁴³ e, se o contrato não se consumar, decretar a falência do devedor⁴⁴.

É o que sustenta Sergio Campinho:

Por isso, em nossa visão, o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial, com

³⁹ Ob. cit. p. 323.

⁴⁰ O mercado bancário vem, neste momento, praticando as seguintes taxas médias de juros para empréstimos e financiamentos: (a) com garantia pessoal através de aval ou fiança: 2,5% a.m. e 34,5% a.a.; (b) com garantia real de hipoteca ou penhor, 2% a.m. e 26,8% a.a. e (c) com garantia de recebíveis, 1,8% a.m. e 23,9% a.a.

⁴¹ GOMES, Orlando, *in*: O ensino do Direito Econômico, da obra “*Direito Econômico*”, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 4.

⁴² Os doutos não esclarecem se bilateral ou plurilateral.

⁴³ *Cfr.* art. 58, da LRFE.

⁴⁴ *Cfr.* art. 56, § 4º, da LRFE.

feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetiva e subjetiva para sua implementação⁴⁵.

E, por igual, Lídia Valério Marzagão:

Assim, verifica-se que a partir da vigência desta nova Lei, estaremos resgatando um sistema já adotado em nosso País no século passado e não haverá mais dúvida quanto à natureza contratualista da recuperação judicial que a princípio, obriga a participação efetiva de todos os credores representados em assembleia geral de credores, que terão o poder de aprovar ou não o plano de recuperação apresentado pelo devedor⁴⁶.

A meu ver, *d.m.v.*, o instituto da recuperação judicial da empresa não é um contrato porque o contrato só obriga os credores que a ele aderiram, tácita ou expressamente⁴⁷, o que não ocorre na recuperação judicial, porque ela:

(1º) “suspende o curso de todas as ações e execuções em face do devedor”, independentemente da vontade dos credores⁴⁸;

(2º) “obriga a todos os credores a ela sujeitos”, inclusive os credores ausentes, os que se abstiveram de votar e os dissidentes, vencidos na assembleia geral de credores⁴⁹;

(3º) nova os créditos anteriores ao ajuizamento da ação com sacrifício do direito dos credores, embora, eventualmente, sob protestos⁵⁰;

(4º) mesmo não havendo unanimidade na votação por classes, o juiz pode homologar o plano, impondo-o à classe dissidente, se preenchidos os requisitos do art. 58, §§ 1º e 2º, da LRFE etc.

B) Instituto de Direito Público

Para os publicistas, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Processual, pois a LRFE garante ao devedor, preenchidos os requisitos formais

⁴⁵ *Falência e recuperação de empresa – o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12-13.

⁴⁶ *In*: Rubens Approbato Machado (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 93.

⁴⁷ A vontade da parte, manifestada por meio de declaração, expressa ou tácita, é um dos elementos constitutivos do negócio jurídico e pressuposto de sua validade, no que a doutrina, pátria e alienígena, cognominou de “princípio da autonomia da vontade”, o qual, somado ao “princípio da força vinculante do contrato, ou da obrigatoriedade das convenções” e ao “princípio da relatividade das convenções”, constitui o alicerce da teoria do negócio jurídico ou teoria contratual.

⁴⁸ Art. 6º, da LRFE.

⁴⁹ Art. 59, da LRFE.

⁵⁰ Art. 59, da LRFE.

do art. 51 e os requisitos materiais do art. 48, propor ação de recuperação judicial e afirmam, com ênfase, se a recuperação judicial se efetiva e se implementa através de uma ação processual de natureza constitutiva, ela é um instituto de Direito Público, na linha preconizada pela doutrina italiana sobre a “administração controlada”⁵¹, a “administração extraordinária”⁵² e a “liquidação coacta administrativa”⁵³.

A meu ver, a recuperação judicial da empresa não é um instituto de Direito Público porque: (1º) o credor não é citado para responder a uma demanda judicial, sob pena de revelia⁵⁴, embora possa formular objeção⁵⁵; (2º) o juiz não decide uma lide, *rectius*, um conflito de interesses, que são compostos, consensualmente, pelo devedor e seus credores no âmbito da assembléia geral de credores, sobretudo quando os credores apresentam modificações ao plano de recuperação⁵⁶; (3º) não há produção de provas, audiência de conciliação, instrução e julgamento, condenação em honorários de sucumbência, etc.

C) Instituto de Direito Econômico

(a) Conceito de Recuperação Judicial da Empresa

Como escrevi alhures,

recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de (a) preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, (b) garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano e (c) assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de

⁵¹ *Secondo l'opinione prevalente, si tratta di una procedura giudiziale civile a carattere concursuale, avente natura cautelare rispetto all'eventuale fall. successivo.* (Alberto Maffei Alberti. *Comentario breve alla legge fallimentare.* Milão, CEDAM, 2000, p.745).

⁵² *L'amministrazione straordinaria – si osserva- è procedura esecutiva concursuale, sai pure specialissima, con una originale combinazione di atti giurisdizionali e amministrativi inseriti in un'unitaria struttura procedimentale (...)* Sostanzialmente conforme PAJARDI, 1005, che pone l'accento sulla natura comunque giurisdizionale del procedimento. Il QUATRARO, 11, pur riconoscendo l'indubbia funzione esecutiva, ritiene invece che l'amministrazione straordinaria sia una procedura amministrativa. (Piero Pajardi. *Codice del Fallimento.* Milão, Giuffrè Editore, 1997, 3ª ed., p. 1410-1411).

⁵³ *La l.c.a. costituisce l'espressione del potere di controllo dello Stato sull'attività di determinate categorie di imprenditori.*

Ha natura amministrativa e non giurisdizionale (...) Di diverso avviso è altra parte della dottrina secondo cui alla l.c.a. deve essere riconosciuta natura mista amministrativa e giurisdizionale (Alberto Maffei Alberti. *Ob. cit.*, p. 774).

⁵⁴ Art. 319, do CPC.

⁵⁵ Art. 55, da LRFE.

⁵⁶ Art. 56, § 3º, da LRFE.

um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiverem de participar das deliberações da assembleia geral⁵⁷.

(b) Aspectos da Recuperação Judicial da Empresa

A recuperação judicial da empresa pode ser examinada, estudada e debatida sob três diferentes prismas: como um ato complexo, uma ação constitutiva e um instituto de Direito Econômico.

(i) Recuperação Judicial da Empresa como Ato Complexo

Consoante já ressaltai, “a recuperação judicial é um ato complexo, uma vez que pode ser considerada sob vários aspectos, pois abrange um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação *ex lege*”.

“A recuperação judicial é um ato coletivo processual, porque as vontades do devedor, manifestada na petição inicial, e de seus credores, declaradas expressa ou tacitamente, ‘marcham paralelas’, ‘se completam’ e se ‘fundem em uma só’, ‘formando uma e única vontade unitária’, sob a direção e fiscalização do Poder Judiciário (LRFE, arts. 35, I; 42; 45; 47; 51, III; 55; 56; 58 e 59)”.

“A recuperação judicial é um favor legal, porque garante, ao devedor, atendidos determinados pressupostos e requisitos, formais e materiais, o direito de sanear o estado de crise econômico-financeira em que se encontra com a finalidade de salvar o negócio, manter o emprego dos trabalhadores, respeitar os interesses dos credores (art. 47) e reabilitar-se (art. 63), benefício legal que produz efeitos desde o deferimento da petição inicial da ação de recuperação com a suspensão ‘de todas as ações e execuções’ pelo prazo de cento e oitenta dias (art. 6º, *caput* e § 4º)”.

“A recuperação judicial é uma obrigação *ex lege*, porque, concedida, pelo juiz, por sentença (art. 58), ‘implica novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e todos os credores a ela sujeitos, sem prejuízo das garantias’ que possuam (art. 59, *caput*)”⁵⁸.

(ii) Recuperação Judicial da Empresa como Ação Constitutiva

A recuperação judicial da empresa é uma ação constitutiva porque cria nova situação jurídica para o devedor e os credores a ela sujeitos, quer no plano do direito

⁵⁷ In: Paulo F.C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação e Falência da Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 104-105.

⁵⁸ Ob. cit., p. 105-106.

processual⁵⁹, quer no do direito material⁶⁰, podendo afirmar-se, como, aliás, se diz em França, ser um autêntico “procedimento de sacrifício”⁶¹.

(iii) Recuperação Judicial da Empresa como Instituto de Direito Econômico

Embora “ato complexo” e “ação constitutiva”, a recuperação judicial da empresa tem a natureza e as características de um instituto de Direito Econômico, como passo a demonstrar.

Os estudiosos do Direito Econômico dividem-se em inúmeras escolas, entre as quais se destacam: (a) Escola Dogmática, integrativa publicista-privatista⁶²; (b) Escola Autonomista⁶³; (c) Escola de Direito Público Econômico⁶⁴; (d) Escola de Direito Econômico da Empresa ou de Direito Comercial Econômico⁶⁵; (e) Escola de Direito Administrativo da Economia⁶⁶; (f) Escola de Direito Internacional Econômico ou de Direito das Comunidades Econômicas⁶⁷; (g) Escola de Direito do Desenvolvimento⁶⁸;

⁵⁹ Arts. 6º e 59, §§ 1º e 2º, da LRF, entre inúmeros outros.

⁶⁰ Art. 59, da LRF.

⁶¹ *Les procédures collectives sont des procédures de sacrifice qui limitent les pouvoirs du débiteur et qui restreignent les droits des créanciers* (Yves Guyon. *Droit des affaires*. Paris: Economica, 1991, 3ªed., Tome 2, p. 113).

⁶² Albino de Souza. *Do Econômico nas Constituições Vigentes*. v. I, p. 97 e ss.; Enrico Allorio. *La certezza del Diritto dell'Economia*. Riv. Dir. Econ., 1956, p. 1.198 e ss.; Cesarino Júnior. *Direito Social Brasileiro*. Saraiva, 1970, 6ª ed., p. 19 e ss.; F. Ch. Jeantet. *Aspects du Droit Économique, in Dix Ans de Conférences d'Aggregation – Études de Droit Commercial offertes a Joseph Hamel*. Paris: Dalloz, 1961; Bruno Leoni. *L'Insegnamento del Diritto dell'Economia*. In: Riv. Dir. Econ., 1957, p. 736 e ss.; Gerd Rink. *La Définition du Droit Économique dans le Système Juridique Allemand*, in: Riv. Dir. Econ., 1966, p. 751 e ss.

⁶³ Antonio Amorth. *L'insegnamento del diritto dell'economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1957, p. 7312 e ss.; Elio Casetta. *Brevi Considerazioni sul c.d. Diritto Amministrativo dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1955, p. 339 e ss.; Bernard Chenot. *Droit Public Économique*. Inst. D'Études Politiques, 1957/58; Les sources de Droit, p. 7 e ss.; Danilo De'Cocci. *Il Diritto dell'Economia e la Figura del Dirigente Industriale nel Momento Presente*, in: Riv. Dir. Econ., 1964, p. 42 e ss.; Haemmerle, in Allorio. Ob. cit., p. 1198 e ss.; Klausung, in Hamel e Lagarde. *Traité de Droit Commercial*, Dalloz, 1954, nº 6, p. 12 e ss.; J. Mazard. *Aspects du Droit Économique Français*, in: *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, 1957, p. 21 e ss.

⁶⁴ Brethe de La Gressaye e Laborde-Lacoste. *L'Introduction Générale à l'étude du Droit*. Paris, 1947, p. 111 e ss.; J. Hemard. *La Notion de Droit Économique – Conf. no Centre European Universitaire de Nancy – Cours 1962/1963*, p. 9 e ss.; Heymann, in: Hamel e Lagarde. Ob. cit., nº 6, p. 12 e ss.; M. Houin. *Le Droit Commercial et les Décrets*. 1953 – *Droit Social*, 1954, p. 267; M. Lévassieur, in: Hemard, Ob. cit., p. 9 e ss.; Julio H. G. Olivera. *Derecho Económico – Conceptos y Problemas Fundamentales*. Buenos Aires, Ed. Arayú, 1954; J. Van Houtte. *Les repercussions de l'economie dirige*. cit por Limpens em *Contribution à l'étude de la Notion de Droit Économique*, in: Riv. Dir. Econ., 1966, p. 735 e ss.

⁶⁵ Casanova. *Le Imprese Commerciali*. Torino, p. 28 e ss.; *L'introduzione Filosofica al Diritto Commerciale Positivo de Giuseppe Montanelli*, in: Riv. Dir. Econ., 1964, p. 115 e ss.; Claude Champaud. *Contribution à la définition du Droit Économique*, in: Riv. Dir. Econ., 1967, p. 141 e ss.; Angelo de Mattia. *Diritto Penale dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1957, p. 1016 e ss.; M. Louis Fredericq. *Traité de Droit Commercial Belge*. Gand, 1946, T. I, nº 2, p. 22; J. Limpens. *Contribution à l'étude de la Notion de Droit Économique*- Centre Univ. de Droit Comparé – Bruxelles; G. Lyon-Caen. *Contribution à la Recherche d'une Définition du Droit Commercial*, in: Riv. Trim. De Droit Commercial, 1949, Tomo II, p. 577 e ss.; Jean Von Ryn. *Autonomie Nécessaire et Permanence du Droit Commercial*. 1953, tomo IV, p. 565 e ss.

⁶⁶ CANSACCHI Giorgio. *L'Insegnamento del Diritto dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1957, p. 731 e ss.; Huber, in: Casetta. *Brevi Considerazioni sul c.d. Diritto Amministrativo dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1955, p. 339 e ss.

⁶⁷ Cartou. *L'Introduction à l'étude du Droit des Communautés Européenes*, in *Les Documents Communauté Européene* 40, decembre, 1966, p. 16 e ss.

⁶⁸ Roger Granger. *Pour un Droit du Développement dans les pays sous-développés*, in *Dix Ans de Conférences d'agregation – Études de Droit Commercial offertes a Hamel*, p. 47 e ss.

(h) Escola Teleológica ou de Direito Econômico aplicado⁶⁹⁻⁷⁰.

Filio-me à doutrina, liderada, no país, por Orlando Gomes, que sustenta (a) estar o Direito Econômico situado numa zona intermediária entre o Direito Público e o Direito Privado⁷¹, (b) possuir uma triplíce unidade: “de espírito, de objeto e de método”⁷², e (c) não orientar-se a regra de direito pela ideia de justiça (princípio da igualdade)⁷³, mas pela ideia de eficácia técnica⁷⁴ devido à especial natureza da tutela jurídica que dela emerge, em que prevalecem os interesses gerais e coletivos, públicos e sociais, que ela colima preservar e atender prioritariamente, daí o caráter publicístico de suas normas, que se materializam através de “fato do príncipe”, “proibições legais” e “regras excepcionais”.

A recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico porque suas normas não visam precipuamente realizar a ideia de justiça, mas sobretudo criar condições e impor medidas que propiciem às empresas em estado de crise econômica⁷⁵ se reestruturarem, ainda que com parcial sacrifício de seus credores, de que são exemplos marcantes, na Lei nº 11.101, de 2005⁷⁶: (a) a

⁶⁹ BERRI, Mario. *Riflessioni sul Diritto dell'Economia e l'Umana Personalità*, in: Riv. Dir. Econ., 1967, p. 155 e ss.; BETTI, Emilio. *L'insegnamento del Diritto dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1962, p. 149 e ss.; Renzo Bolaffi. *L'insegnamento del Diritto dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1962, p. 147 e ss.; CHIARELLI, Giuseppe. *Diritto Pubblico e Privato nel Diritto dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1967, p. 254 e ss.; COMPARATO, Fábio K. *O Indispensável Direito Econômico*, in: Rev. dos Tribunais, v. 353/14 e ss., 1965; Enrico Finzi. *Prospettive pratiche del Diritto dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1962, p. 144 e ss.; Giuseppe Grosso. *L'insegnamento del Diritto dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1957, p. 720 e ss.; Hedemann, in: Casetta. Ob. cit., p. 339 e ss.; A. Jacquemin. *Pour une Nouvelle Approche du Droit Economique*, in Document de travail C.R. I.D.E. nº 1/1968, do Centre de Recherches interdisciplinaires Droit-Economie, da Universidade de Louvain; Marty e Raynaud. *Droit Civil*, Paris, 1957, T. I, p. 69; MINOLI, Eugenio. *L'insegnamento del Diritto dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1957, p. 709 e ss.; Santoro-Passarelli. *L'Autonomia dei Privati nel Diritto dell'Economia*, in: Riv. Dir. Econ., 1956, p. 1213 e ss.; M. Vasseur. *Le Droit de La Reforme des Structures Industrielles et de Economie Régionales*. Paris 1959, Cap. *Vers un Droit Économique*, 516 e ss.; Camilo Viterbo. *Ensayos de Derecho Comercial y Económico*. Buenos Aires, 1947, p. 127 e ss.

⁷⁰ Sobre cada uma dessas correntes de pensamento, leia-se o excelente *Direito Econômico*, do emérito Prof. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 171 - 283.

⁷¹ Diz o saudoso Orlando Gomes: “O Direito Econômico, compreendendo, como compreende, regras de Direito Civil, Comercial, Administrativo, Penal e Tributário, desenvolve-se numa zona intermediária, que não é de Direito Público, nem de Direito Privado (ob. cit., p. 4, nº 4).

⁷² *Loc. cit.*

⁷³ Gustav Radbruch, ao tratar das “antinomias da ideia de direito”, ensina que “achamos a ideia de direito na de Justiça e surpreendemos a essência desta – a justiça distributiva – na de igualdade, isto é, no tratamento igual de coisas iguais e no tratamento desigual de coisas desiguais” (in: *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, Editor, 1979, 6ª ed. p. 159).

⁷⁴ “A regra de Direito não se ordena mais a uma ideia de justiça; passa a ser aferida pela eficácia técnica. Empolgado por esse pensamento, o legislador convenceu-se de que as leis devem ser, antes de mais nada, um instrumento, uma técnica a serviço do Estado no cumprimento da programação econômica nacional. (...)

Essa nova orquestração da política legislativa repercute na dogmática jurídica, por isso que as inovações normativas tiveram de ser ajustadas à estrutura de institutos tradicionais, quer através de configuração diferente, quer mediante recondicionamento. Em consequência, certos princípios esvaziaram-se, alguns instrumentos jurídicos mudaram de função, e fórmulas dúbias ou meras designações terminológicas surgiram, tudo a indicar a pronunciada crise dogmática jurídica” (Orlando Gomes, ob. cit., p. 17-18).

⁷⁵ Aqui a expressão “estado de crise econômica” é utilizada em sentido amplo, que abrange crise societária, administrativa, operacional, econômica, financeira etc.

⁷⁶ Nestes exemplos, sobressai a ideia de eficácia técnica em detrimento da ideia de justiça, pois, só para ficar na hipótese da letra a, embora possa ser considerada, pelo credor, injusta a suspensão das ações e

suspensão das ações e execuções contra o devedor (art. 6º, *caput*); (b) a fiscalização dos negócios sociais do devedor pelo administrador judicial (art. 22, II, a), pelo comitê de credores (art. 27, I, a, da LRFE), pelo Ministério Público (art. 84, do CPC) e pelo juízo, que preside o processo; (c) a exclusão dos adiantamentos de contrato de câmbio – ACC, da alienação fiduciária em garantia e do *leasing* dos efeitos da LRFE (art. 49, §§ 3º e 4º); (d) o pagamento prioritário dos créditos trabalhistas (art. 54); (e) a novação das obrigações e dívidas do devedor, mesmo sem a anuência e até contra a vontade dos credores (art. 59); (f) a destituição dos administradores da empresa (art. 64); (g) as restrições aos poderes dos administradores da empresa (art. 66); (h) o privilégio dos créditos extraconcursais (art. 84) etc.

6. Conclusões

O art. 49, § 5º, da LRFE trata, literal e indubitavelmente, do direito real de garantia do “*penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras e valores mobiliários*” (parte inicial do citado § 5º) e não do *negócio fiduciário* tendo por objeto títulos de crédito e direitos creditórios, previsto no art. 49, § 3º, da LRFE.

Por ser o penhor um instituto que não possui o condão de transmitir o domínio do produto dos títulos de crédito e direitos creditórios para quitar a dívida garantida, as importâncias recebidas pelo credor pignoratício devem ser depositadas em conta vinculada conforme dispõe o § 4º, do art. 6º, da LRFE, sobrelevando notar, por oportuno, que, no penhor, o credor executa a dívida e se paga com a transformação do objeto do penhor em dinheiro; na cessão fiduciária, executa a garantia, para liquidar, total ou parcialmente, a dívida.

O art. 66, B, § 3º, da Lei nº 4.728, de 1965, com a redação da Lei nº 10.931, de 2004, instituiu um regime especial e privilegiado de cobrança e recebimento do crédito garantido por alienação fiduciária em garantia de coisa fungível e por cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e títulos de créditos, que independe de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, o mesmo tendo feito o art. 49, § 3º, da LRFE, ao utilizar a expressão “*proprietário fiduciário*”, qualidade que o credor adquire quer através do negócio fiduciário de alienação em garantia, quer do negócio fiduciário de cessão em garantia.

Destarte, ao excluir-se do processo de recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária de recebíveis, não se está estendendo a regra especial do citado art. 66-B, § 3º, mas aplicando-a em conjunto com a do mencionado art. 49, § 3º, eis que, *ex vi* do art. 83 do CC, na categoria de “*bens móveis e direitos pessoais*”, se incluem os títulos de crédito e direitos deles decorrentes, tanto os já vencidos (performados), quanto os vincendos (a performar), eis que o CC não os distingue.

execuções contra o devedor inadimplente, por vezes até mesmo inadimplente contumaz, ela é medida indispensável para o seu reerguimento e, portanto, ainda que apenas teoricamente (eis que, na prática, muitas vezes não se confirma), tecnicamente eficaz.

E mais:

(1º) a novel “recuperação judicial da empresa” e a cessão fiduciária de títulos de crédito e direitos creditórios devem ser examinadas segundo os cânones e princípios jurídicos de Direito Econômico, em que prevalece a ideia de eficácia técnica sobre a ideia de justiça;

(2º) como instituto de Direito Econômico, o negócio fiduciário ou a “venda para garantir”, em suas duas principais espécies – a alienação fiduciária em garantia e a cessão fiduciária em garantia – tem por escopo atender, com eficácia e rapidez, às novas exigências criadas por um mundo em avassaladora transformação⁷⁷, o que embasa a sua exclusão dos efeitos de recuperação judicial;

(3º) para tornar essa garantia plenamente eficaz e estimular a concessão de linhas de crédito e de empréstimos e financiamentos à indústria, ao comércio e às empresas de prestação de serviços com respaldo em cessão de direitos creditórios, a LRFE, sabiamente, exclui a “propriedade fiduciária de bens móveis”, vale dizer, *de recebíveis*, dos efeitos da ação de recuperação judicial.

(4º) por fim e em síntese: a LRFE, ao referir-se, no art. 49, § 3º, a “credor titular de posição de proprietário fiduciário de bens móveis”, abrange tanto o proprietário fiduciário, que adquiriu essa qualidade por força de contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, quanto o proprietário fiduciário que ostenta essa posição em decorrência de contrato de cessão fiduciária em garantia de recebíveis, ambos os institutos de Direito Econômico, que têm a finalidade precípua de servir de instrumentos, a serviço do Estado e dos particulares, do desenvolvimento econômico e social do país, daí serem regulados por princípios jurídicos próprios, que não seguem a ideia de justiça, mas de eficácia técnica, o que, repito, explica, justifica e fundamenta a sua exclusão do processo de recuperação judicial e de falência do devedor.

⁷⁷ A necessidade imperiosa de recursos financeiros, para manter as empresas industriais, comerciais e de serviços competitivos e rentáveis em um mundo globalizado, e a procura por meios e modos de segregar riscos, por parte de financiadores, multiplicaram as operações com lastro em receita futura, ordinariamente realizadas sob a forma de desconto de duplicatas. Essas novas operações, além da hoje corriqueira cessão fiduciária de recebíveis em garantia, são a securitização de recebíveis através da formação de SPE e do FIDC.

A Interdição a partir da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)

Luiz Cláudio Carvalho de Almeida*

Sumário

1. Introdução. 2. Da Incidência da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência sobre a Interdição. 3. A “Nova Interdição” a partir da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. 4. A Nova Interdição e o Casamento. 5. A Interdição e o Voto. 6. Aspectos Processuais. 7. Da Perícia. 8. O Curador. 9. Prestação de Contas. 10. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Palavras-chave

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Incapacidade Civil. Curatela de Interditos.

Resumo

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência alterou significativamente o regime das incapacidades em atenção aos princípios consagrados no texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o qual foi incorporado à Constituição Federal com o *status* de emenda constitucional. As alterações promovidas no Código Civil restringiram o alcance da sentença de interdição aos atos de natureza patrimonial. Nesse sentido, a nova legislação tem como foco o melhor interesse do interditando, mantendo fora dos efeitos da sentença direitos de natureza extrapatrimonial, como o direito ao matrimônio, ao voto e ao trabalho. De igual modo busca-se um processo mais atento às circunstâncias e peculiaridades do caso concreto e das necessidades do indivíduo cuja interdição se pretende.

1. Introdução

O instituto da interdição tem recebido ao longo dos anos severas críticas quanto à sua aplicação no dia a dia forense, sobretudo pela insensibilidade dos operadores do direito em observar durante o processo as características pessoais dos

* Promotor de Justiça, titular da Promotoria de Justiça de Proteção ao Idoso e à Pessoa com Deficiência do Núcleo Campo dos Goytacazes, e atualmente Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça ao Idoso e à Pessoa com Deficiência.

interditandos, o que estaria transformando o instituto num mecanismo de castração e de restrição de direitos, ao invés de uma medida de proteção em favor do incapaz.

Consoante observa António Menezes Cordeiro (*In: Tratado de Direito Civil Português*. v. I, Tomo III. Almedina, 2004, p. 413), “a medida radical da interdição tem conotações discriminatórias e surge, por vezes, deslocada. Aliás: ela foi desviada, em certas conjunturas históricas recentes, do seu objetivo românico, que era a tutela do pupilo. Na fórmula usada sob o nacional-socialismo, a interdição era o “meio de luta da comunidade contra os associais espiritualmente anormais”.

O advento da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (ou Estatuto da Pessoa com Deficiência), trouxe profundas alterações ao tema, representando verdadeira quebra de paradigma no regime das incapacidades.

Nesse ponto cabe esclarecer que o presente texto ainda mantém o uso da palavra interdição.

Tal ressalva mostra-se relevante na medida em que se percebe da intenção do legislador da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, doravante indicada no texto apenas pela sigla LBI, a retirada do mundo jurídico da referida nomenclatura. Note-se que o texto da LBI não utiliza a palavra interdição em nenhum momento, preferindo substituí-la por curatela. Assim se observa, por exemplo, nos arts. 84 e 85 da lei e da nova redação dada pela LBI ao Código Civil em seus arts. 1.768 e 1.769, onde se verifica a preocupação em se substituir o termo “interdição” pela expressão “processo que define os termos da curatela”.

Há, sem dúvida, um desejo de expurgar a palavra interdição como se a mesma carregasse, em si, um espectro histórico de repressão. Imputa-se ao termo a responsabilidade pela atitude daqueles que subverteram o instituto em detrimento das pessoas com deficiência.

Contudo, o esforço de exclusão do termo afigura-se inútil na medida em que, em primeiro lugar, o mesmo foi mantido na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), nos arts. 747 e seguintes, devendo ser lembrado que o novo CPC entrará em vigor após o fim da *vacatio* da LBI.

Não bastasse a manutenção do vocábulo na legislação processual, é importante salientar que os termos interdição e curatela tem sentido próprio. Na dicção de Pontes de Miranda¹ a interdição é o “ato do poder público pelo qual se declara ou se retira (= desconstitui) a capacidade negocial de alguém”, enquanto a curatela é “o cargo conferido por lei a alguém para reger a pessoa e os bens, ou somente os bens” das pessoas com limitações em sua capacidade.

Feito o pequeno comentário terminológico, retoma-se o foco sobre as mudanças trazidas pela LBI no regime das incapacidades, sobretudo no que se refere à ação de interdição.

¹ *In: Tratado de Direito Privado*. Tomo IX. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

Antes de tudo, é necessário salientar que a lei em comento presta-se a dar concretude a comando constitucional já vigente no Brasil desde o ano de 2008. Nesse ano foi editado o Decreto Legislativo nº 186, de 09 de junho, que aprovou, nos termos do § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007.

O referido parágrafo 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, estabelece a natureza de emenda constitucional para tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

É bem verdade que em 22 de agosto de 2009, foi editado o Decreto nº 6.949, desta feita da lavra do Poder Executivo federal, por meio do qual se promulgou a referida Convenção, ainda que se possa perquirir sobre sua real necessidade, uma vez que pelo rito estipulado pelo art. 60, § 3º, da Constituição Federal, cabe à Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal a promulgação de emendas à Constituição e não ao Presidente da República.

2. Da Incidência da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência sobre a Interdição

Uma das mais importantes alterações normativas trazidas ao ordenamento jurídico pátrio pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi justamente o novo conceito de pessoa com deficiência.

Até então, adotava-se o conceito do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, com a redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004, conceito este de caráter exclusivamente clínico. Nesse sentido, ser pessoa com deficiência resumia-se basicamente a ter uma doença enquadrada na codificação internacional CID-10.

A análise da deficiência levava em conta tão somente o indivíduo e não o ambiente em que o mesmo se encontrava inserido e nem suas funcionalidades. A título de exemplo, permitia-se que duas pessoas com uma perna amputada fossem consideradas pessoas com deficiência a despeito das tecnologias assistivas a que tiveram acesso, a despeito do apoio familiar e a despeito da interação que tiveram com as barreiras impostas pela sociedade.

O novo conceito veio no art. 1º da Convenção, *verbis*: “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

A partir do novo paradigma, ser considerado pessoa com deficiência exige dois elementos constitutivos: a) impedimentos de longo prazo; b) obstrução na participação plena e efetiva na sociedade em razão de diversas barreiras.

Assim, duas pessoas com o mesmo quadro clínico (dois amputados, dois autistas) podem receber enquadramento diverso conforme haja ou não plena e efetiva participação na sociedade, importando muito mais nesse contexto a funcionalidade do que a descrição clínica de sua condição física/intelectual/mental/sensorial².

Outro ponto que merece destaque a partir do novo conceito é que a Convenção inovou ao fazer a distinção, antes inexistente no ordenamento, entre a deficiência intelectual e a deficiência mental. Na primeira há o déficit cognitivo mais relacionado ao aprendizado e na segunda a desorganização mental. Ambos podem ser enquadrados como pessoas com deficiência.

Sob a vigência do catálogo do Decreto nº 3.298/1999 apenas o funcionamento intelectual significativamente inferior à média era considerado como deficiência. Sob aquele regimento tal circunstância era denominada como deficiência mental. No regime inaugurado pela Convenção esta característica se enquadra como deficiência intelectual. A Convenção inova ao utilizar o termo deficiência mental para uma nova espécie, qual seja, daqueles que apresentam desorganização mental sem que a mesma importe em atraso de aprendizado, como ocorre, por exemplo, com pessoas com esquizofrenia.

Para os fins a que se propõe o presente estudo, o que importa dizer é que ao abarcar as pessoas com deficiência mental e intelectual, os princípios vetores da Convenção passaram a iluminar o instituto da interdição como um todo, exigindo, mesmo antes da edição da LBI, uma releitura do instituto em tela.

Tal é a preocupação da Convenção com a restrição da capacidade civil das pessoas com deficiência que a mesma dedica um artigo exclusivo para o tema, qual seja, o 12. Transcreve-se, em especial, o item 4: “Os Estados-partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.”

Do referido preceito é possível extrair 5 (cinco) princípios.

² “O que define a pessoa com deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa com deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, o grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, de estar incluído socialmente. O grau de dificuldade para a inclusão social é que definirá quem é ou não pessoa com deficiência” (Araújo, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Pessoa com Deficiência*. 4ª ed. Brasília: SDH, 2011, p. 20).

O primeiro deles é o princípio do PROTAGONISMO DO INTERDITANDO. Via de regra, nas ações de interdição há pouca ou nenhuma participação do interditando, a qual muitas vezes se limita a responder perguntas padronizadas do magistrado e que nada acrescentam na aferição do real desejo do paciente no contexto da ação em questões relevantes como a escolha do curador ou os limites da interdição.

Outro princípio extraído da Convenção é o do MELHOR INTERESSE DO INTERDITANDO, ou seja, a ação deve se reverter em medida de proteção que tutele o interesse do interditando e não de terceiros, como sói acontecer em casos em que a família busca a restrição de direitos de familiares idosos para impedi-los de praticar ato que, embora seja lícito e desejado livre e conscientemente pelo paciente, pode comprometer interesses sucessórios.

O terceiro princípio que se elenca é o da PROPORCIONALIDADE, segundo o qual as restrições na prática de atos jurídicos devem se limitar ao mínimo necessário. Esse, aliás, foi o fio condutor da campanha capitaneada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) denominada “Interdição Parcial é Mais Legal” em que se propunha a prioridade da interdição parcial em detrimento da interdição total³.

Os dois últimos princípios são o da TEMPORALIDADE e o do ACOMPANHAMENTO PERIÓDICO, que se referem, respectivamente, à necessidade de reavaliações periódicas para manutenção da restrição da capacidade nos moldes em que foi deferida originalmente e à necessidade de prestação de contas a respeito do exercício da curatela.

Conforme se perceberá a seguir, todos os princípios previstos na Convenção irradiaram-se pelo texto da LBI, que empresta aos mesmos a concreitude de que necessitam para a garantia dos direitos das pessoas com deficiência.

3. A “Nova Interdição” a partir da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência

Muito do que se apregoa atualmente como novidades trazidas pela LBI, na verdade, já estava presente no ordenamento sob a forma de princípios constitucionais, desde a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pelo Congresso Nacional.

Todavia, até certo ponto de forma coerente com a tradição jurídica brasileira, a edição de uma legislação ordinária teve o poder de chamar a atenção dos operadores do direito para a revolução que se propunha no regime das incapacidades, sob o enfoque dos anseios dos movimentos sociais que desembocaram na edição da convenção.

³ Para mais informações basta acessar o seguinte endereço eletrônico: <http://www.cnmp.gov.br/portal/acao-nacional/direitos-fundamentais/projetos-lista/261-interdicao-parcial-e-mais-legal/6075-objetivo-geral> (Acesso em 17 nov. 2015).

O primeiro ponto que chama atenção é o que se poderia intitular como o fim da interdição total, decorrente da alteração do texto do art. 1.772, do Código Civil.

Mesmo antes do advento da LBI, a interdição parcial era indicada como a alternativa mais coerente com o princípio da dignidade da pessoa humana e, num plano mais específico, com os princípios já consagrados na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência agregados ao texto constitucional sob o *status* de emenda⁴.

Outro ponto que é relevante é que muito embora usualmente se utilizasse a expressão interdição total, os direitos inerentes à personalidade não eram afetados pela restrição da capacidade, tendo sido objeto inclusive de entendimento consagrado no enunciado nº 138 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal. Transcreve-se: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.

O que a alteração legislativa fez foi tornar como regra geral o que no regime anterior era uma possibilidade do juiz ao prolatar a sentença.

O texto anterior do art. 1.772, do Código Civil, permitia ao magistrado circunscrever os limites da curatela às restrições constantes do art. 1.782, do mesmo diploma legal, relativas ao pródigo, e que se referem a atos de natureza eminentemente patrimonial.

No regime inaugurado pela LBI o limite da curatela é fixado justamente pelo art. 1.782, do Código Civil, uma vez que o novo texto do art. 1.772 é imperativo ao preceituar que o juiz determinará os limites da curatela de forma circunscrita ao rol do art. 1.782, que elenca os seguintes atos:

Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

Note-se que nesse ponto é possível estabelecer um convívio harmônico entre a LBI e o novo Código de Processo Civil que, muito embora não mencione quais seriam os limites da curatela, estipula que os mesmos deverão ser fixados na sentença, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito (art. 755, inciso I, do Novo CPC).

Uma questão que se coloca é de se estabelecer se a ação de interdição, sob o novo regime, limita-se, em termos absolutos e intransponíveis, a restringir

⁴ “É inaceitável partir-se para a curatela plena quando existe a alternativa de flexibilizá-la. Desse modo, a consagração da curatela relativa no art. 1.772 do CC/2002 surge como medida menos restritiva de direitos que a interdição total”. (ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e Interdição Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 226).

atos exclusivamente de natureza patrimonial. A resposta a tal indagação possui repercussões relevantes, tanto sob o prisma do direito material quanto do processual, o que se analisará com mais vagar nos itens subseqüentes.

Porém, numa primeira análise, permite-se responder que se divisa uma intenção em restringir o objeto da ação de interdição à esfera patrimonial. Não fosse assim o catálogo explícito de atos vinculados à curatela não teria sido parametrizado em função do pródigo⁵.

Por outro lado, o art. 6º e o art. 85, ambos da LBI, deixam claro que a definição da curatela não alcançará mais direitos extrapatrimoniais tradicionalmente restringidos pelos efeitos da sentença de curatela, tais como o direito ao matrimônio, ao trabalho e ao voto. Aliás, o *caput* do art. 85 foi redigido de modo a não deixar dúvidas quanto aos limites patrimoniais da ação de interdição. Transcreve-se: “A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”.

Todavia, remanescem resquícios do alcance da curatela a atos de natureza não patrimonial, ainda que não expressamente declarados na sentença.

Tais resquícios se divisam notadamente no caso de tratamentos de saúde, onde em função do comprometimento mental ou intelectual do interdito, esgotadas todas as formas para obtenção de consentimento, este se mostrar impossível. Nesses casos, a própria LBI cria uma exceção, permitindo ao curador que faça a opção em nome do curatelado. É o que estipula o parágrafo único, do art. 11, da LBI.

Em hipóteses como essas, há o que já se tem identificado como ausência da capacidade para consentir⁶, que independe da condição da pessoa ser interditada ou não. Qualquer pessoa pode, ainda que momentaneamente, ser privada de tal capacidade (que não se confunde com a capacidade de fato ou de direito), necessitando de um suprimento nos casos em que for exigível manifestação de vontade, como no caso do tratamento médico.

Outros dispositivos legais já previam essa atuação supletiva do curador nas questões afetas à saúde, permanecendo em vigor, irradiadas pelos princípios constitucionais trazidos pela Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência.

É o que se verifica, por exemplo, no art. 17, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)⁷.

⁵ Nesse sentido Tepedino, Barboza e Moraes (*In: Código Civil Interpretado*. v. IV. Rio de Janeiro: Renovar. 2014, p. 523): “Portanto, a incapacidade do pródigo não se refere a outros atos que não os ligados à disposição econômica, neste sentido o art. 1.782 repete o seu antecessor, art. 459 do CC1916, e estabelece uma lista, não taxativa, de atos privados que são vedados ao incapaz por prodigalidade, exatamente por se tratar de atos civis de disposição patrimonial (Eduardo Espinola, *A Família*, p. 625-626)”.

⁶ A capacidade para consentir pressupõe quatro elementos: a) a capacidade para decidir sobre valores; b) a capacidade para compreender fatos; c) a capacidade para compreender as alternativas; d) a capacidade para se autodeterminar com base na informação obtida (Nesse sentido PEREIRA, André Gonçalo Dias. *A Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: Comemorações aos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra Editora. 2006, págs. 208 e ss.).

⁷ Art. 17. Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.
Parágrafo único. Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita:

4. A Nova Interdição e o Casamento

Um dos aspectos mais impactantes na reforma do regime das incapacidades é a manutenção da capacidade para o casamento para as pessoas interditas. A LBI tem uma manifesta preocupação em enfatizar tal aspecto, conforme se observa do art. 6º, inciso I, e do art. 85, § 1º. Não bastassem os dispositivos insertos na própria lei em comento, houve a preocupação em se alterar o Código Civil no que se refere à invalidade do casamento (vide a nova redação dos arts. 1.548, 1.550 e 1.557).

Portanto, no novo regime posto pela LBI, a pessoa interdita pode casar.

O questionamento que se impõe refere-se às condições do interdito para manifestar validamente sua vontade.

A interdição, a despeito de eventuais distorções no seu uso, tem como finalidade precípua a proteção do indivíduo com deficiência mental ou intelectual. Nesse sentido, também se prestava a impedir a prática de atos eivados de vício, aos quais o incapaz estaria sujeito em função da ação deletéria de terceiros.

Assim também ocorria em relação ao casamento. A interdição se prestava a protegê-lo de golpes. Entretanto, o novo regime estabelecido pela LBI precisa ser melhor analisado para não gerar conclusões equivocadas.

Historicamente, muitas pessoas interditas sentiam-se tolhidas em sua vida pela impossibilidade jurídica de casar-se e constituir família. Muitas vezes, tais pessoas já mantinham uniões estáveis. Observava-se que tais potencialidades dos interditos sequer eram analisadas no curso do processo de interdição, o qual, invariavelmente, independentemente das características do indivíduo, gerava uma sentença de interdição total, dando tratamento uniforme e profundamente restritivo a situações diferentes⁸.

Obviamente, há uma gama diversa de pessoas interditas, em que os extremos vão desde limitações mínimas até a impossibilidade de contato com o mundo exterior.

O ponto chave da nova legislação é que, diferentemente do regime anterior, a incapacidade para casar não é mais aferida *a priori* no bojo de uma ação de interdição, mas sim caso a caso a partir de provocações pontuais pelos legitimados para tanto.

I – pelo curador, quando o idoso for interdito;

II – pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil;

III – pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar;

IV – pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público (Sem grifo no original).

⁸ Mostra-se pertinente a lição de Pietro Perlingieri que ao analisar o tema adverte: “o estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em consideração o grau e a qualidade do déficit psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas-de-força totalmente desproporcionadas e, principalmente, contrastantes com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa” (In: *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 164).

Ora, se uma pessoa interdita não tem condições para a manifestação de vontade em função de deficiência que a impeça de se manifestar de toda e qualquer forma (basta imaginar uma pessoa em estado vegetativo em decorrência de uma seqüela de acidente vascular encefálico) não poderá casar não em razão de sua incapacidade, mas sim pela ausência da manifestação de vontade⁹.

Mais complexos serão os casos em que a higidez de vontade não seja tão clara assim, devendo a análise respectiva ser desenvolvida no bojo de um processo judicial onde se busque declaração judicial nesse sentido, ou, no caso em que o ato já tenha sido praticado e esteja sendo questionado, sua desconstituição.

Mesmo no âmbito da habilitação permanece a possibilidade do questionamento da higidez da manifestação de vontade do interdito por meio da impugnação a que se refere o art. 1.526, parágrafo único, do Código Civil, cujo texto permaneceu inalterado após o advento da LBI.

Porém, deve ser anotado que no caso em que o casamento for realizado a despeito da incapacidade para o consentimento (situação de fato) não estaria mais aberta a possibilidade de reconhecimento da nulidade absoluta, em razão da revogação do inciso I, do art. 1.548, do Código Civil, mas tão somente estaria aberta a via da nulidade relativa, com fulcro no art. 1.550, inciso IV, do Código Civil.

Nesse ponto, fragiliza-se a proteção ao interdito, sobretudo em razão da existência de prazo de decadência para as ações de anulação (art. 1.560, do Código Civil), não aplicáveis para as ações declaratórias de nulidade.

Note-se que além de casar a pessoa interdita poderá decidir quanto ao número de filhos, sendo vedada sua esterilização compulsória (cf. art. 6º, incisos III e IV, da LBI), podendo inclusive adotar (art. 6º, inciso VI, da LBI). Contudo, da mesma forma como ocorre com qualquer pessoa, o pedido de adoção formulado por pessoa interdita será analisado em função do melhor interesse da criança, devendo ser verificadas as condições do candidato para o exercício do poder familiar.

5. A Interdição e o Voto

No campo do Direito Eleitoral também se divisam repercussões oriundas das alterações legais determinadas pela LBI.

⁹ Conforme a lição de Flávio Tartuce (Manual de Direito Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, págs. 1.152/1.153):

“Não havendo vontade do nubente, o casamento é considerado inexistente, eis que esse é elemento mínimo essencial para o ato.

Um exemplo de ausência de vontade apontado pela doutrina que aceita a teoria da inexistência é aquele envolvendo a coação física ou vis absoluta (pressão física que retira totalmente a vontade). Ilustre-se, com os casamentos realizados com pessoa sedada ou hipnotizada. O Tribunal do Rio de Janeiro já aplicou a ideia à situação em que o nubente se apresentava em situação de debilidade emocional quando da celebração do casamento (TJRJ, Acórdão 4091/1995, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Ligiero, j. 24.09.1996)”.

Uma das alterações trazidas pelo diploma legal em tela foi a nova redação dada ao art. 3º, do Código Civil, de modo a limitar apenas aos menores de 16 (dezesesseis) anos a condição de absolutamente incapazes. Logo, todos aqueles sujeitos à interdição passaram, indiscriminadamente, à condição de relativamente incapazes.

O art. 15, inciso II, da Constituição Federal, possibilita a perda ou suspensão dos direitos políticos no caso de incapacidade absoluta que, até o advento da LBI, decorria das sentenças de interdição em que tal condição era reconhecida. No regime inaugurado pela LBI, as sentenças de interdição deixam de ter qualquer repercussão no campo eleitoral, vez que o interditado não é mais considerado absolutamente incapaz.

Não bastasse tal raciocínio, o art. 85, § 1º, da LBI, é expresso ao preceituar que a curatela não alcança o direito ao voto.

Contudo, pode ocorrer uma impossibilidade do exercício de tal direito conforme o grau de comprometimento do interditado, sendo invocável nesse caso a Resolução TSE nº 21.920, que isenta as pessoas com deficiência nessas condições das sanções decorrentes do não cumprimento das obrigações eleitorais. O texto do parágrafo único, de seu art. 1º, prevê: "Não estará sujeita à sanção a pessoa portadora de deficiência (*sic*) que torne impossível ou demasiadamente oneroso o cumprimento das obrigações eleitorais, relativas ao alistamento e ao exercício do voto".

6. Aspectos Processuais

O momento de vigência da LBI coincide com o do novo Código de Processo Civil. Considerados os períodos de *vacatio legis*, o primeiro tem sua vigência datada do dia 06 de janeiro de 2016 (exceto alguns dispositivos, *cf.* art. 125) e o segundo no dia 16 de março de 2016.

Numa primeira impressão, percebe-se uma falta de sintonia entre os dois diplomas legais, que, contudo, não chega a comprometer o sistema cujo fundamento reside na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁰.

A desarmonia é verificável logo de proêmio na comparação do art. 747, do Novo CPC, com o art. 1.768, do Código Civil, na redação determinada pela LBI. Os artigos em destaque referem-se à legitimidade para a deflagração da ação de interdição e não são coincidentes.

¹⁰ A desarmonia entre os dois diplomas legais mostra-se de forma flagrante ante a análise do art. 1.072, inciso II, do novo Código de Processo Civil, que revoga, entre outros, artigos que tiveram a redação modificada pela LBI. Assim se instala um quadro altamente complexo de direito intertemporal, uma vez que os artigos revogados pelo novo CPC foram alterados no curso da *vacatio* acrescentando preceitos que não foram considerados pelo legislador revogador. Nesse contexto, busca-se presentemente, pelo menos como proposta, uma interpretação que possibilite o convívio das inovações, ainda que não isenta de críticas. Nessa linha, apresenta-se o texto de Fredie Didier Jr. (<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187>. Acesso em 16 dez. 2015).

O Código Civil após a alteração determinada pela LBI estabelece a seguinte ordem (cf. art. 1.768): I – pais ou tutores; II – cônjuge, ou por qualquer parente; III – o Ministério Público; IV – a própria pessoa. Também regula, em sequência, a atuação do Ministério Público como proponente da ação, dando-lhe abrangência de atuar nos casos de deficiência mental ou intelectual, nas hipóteses de inexistência ou omissão dos demais legitimados (vide art. 1.769, inciso I).

Por sua vez, o Novo CPC faz opções diversas, estabelecendo diferente legitimidade ativa e critério diverso para o ajuizamento da ação por parte do Ministério Público.

Nas respectivas relações de legitimados adotadas pelos diplomas legais em referência há pontos de convergência que não demandam polêmicas, eis que ambos preveem a legitimidade de cônjuge, parentes e tutores. Quanto ao companheiro, muito embora o Código Civil seja silente a respeito, o regime de equiparação entre união estável e casamento determinado pela Constituição Federal autoriza o seu enquadramento no rol de legitimados divisados pelo Código Civil, ainda que omissa sua menção expressa¹¹.

O que, de fato, pode ser objeto de controvérsia são as inovações trazidas pelos diplomas legais e que não encontram recíproca previsão. Enquanto a LBI inova ao inserir entre os legitimados a própria pessoa com deficiência (nova redação do art. 1.768, inciso IV, do Código Civil), o Novo CPC faz a previsão, até então inédita, da legitimidade do representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando (art. 747, inciso III).

No entanto, há possibilidade de convivência de ambos dispositivos, uma vez que é possível admitir-se a legitimidade prevista em diploma legal diverso do Código de Processo Civil desde que não conflitante.

Cumpra registrar que a legitimidade do próprio interditando muito embora possa soar exótica a alguns já era admitida pela doutrina, ainda que de forma minoritária¹².

¹¹ Nesse sentido Tepedino, Barboza e Moraes (*In: Código Civil Interpretado*. v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 502): “Nessa linha, o companheiro deve ser incluído no elenco dos legitimados a requerer a interdição, mesmo não integrando expressamente a lista dos indicados no presente artigo, especialmente por ser a união estável entidade familiar constitucionalmente reconhecida (CR, art. 226, §3º)”.

¹² Na vigência da legislação anterior Alcides Mendonça de Lima já admitia tal possibilidade (*In: Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 436). Transcreve-se: “284. Pedido do próprio interditando – A pessoa pode perceber que não esteja em seu perfeito juízo e completo discernimento, mesmo em fases alternadas. A outorga de procuração a terceiro não resolveria, pois, a qualquer momento, poderia revogá-la. E pode haver o interesse manifesto de, definitivamente (pelo menos enquanto dure a anomalia psíquica), ser resguardada a própria pessoa e, máxime, seu patrimônio, com a nomeação de curador pelo juiz. Embora a lei não o mencione, entendemos possível, porque ninguém velará mais por si mesmo do que o próprio interessado. Se os parentes próximos e o cônjuge, inclusive o Ministério Público – esse sentimentalmente alheio por inteiro ao interditando – podem requerer a declaração, por que não ele próprio? Ou será exposta a situação ao Ministério Público que promoverá, se entender que é caso; ou, então, agirá diretamente, por meio de advogado. O Ministério Público deverá intervir e deverá ser nomeado curador especial ou à lide, para a regularização do feito”.

Quanto à legitimidade do Ministério Público, percebe-se a mesma falta de sintonia entre a LBI e o novo CPC. A LBI promoveu alteração no Código Civil para conferir legitimidade irrestrita para a deflagração da ação de interdição sempre que o membro do Ministério Público se deparar com hipótese de tutela de direitos de pessoa com deficiência mental ou intelectual e ainda alterou a redação do art. 3º da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, para inserir, na mesma linha de raciocínio, a tutela de direitos (ou interesses) individuais indisponíveis de pessoas com deficiência no rol de direitos cuja legitimidade foi conferida ao MP.

Por outro lado, o novo Código de Processo Civil manteve a legitimidade do Ministério Público atrelada às hipóteses de doença mental grave.

Nesse ponto em particular percebe-se certa inadequação da terminologia adotada pelo novo CPC aos conceitos jurídicos presentes na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, portanto, inadequada à própria Constituição Federal¹³.

Quando a Lei nº 7.853/1989 confere ao MP a legitimidade para a tutela de direitos individuais indisponíveis possibilita que o mesmo ajuíze qualquer ação que tenha como finalidade a proteção de tais interesses. E nesse sentido, considerando-se que o escopo da interdição é a proteção do incapaz (agora somente o relativamente incapaz), não se vislumbra como se frustrar a atuação ministerial na defesa de pessoa com deficiência, ao argumento de falta de previsão no Novo Código de Processo Civil de legitimidade para tanto.

Havendo a presença de interesse de pessoa com deficiência, aplica-se a legitimidade prevista em lei especial, que acaba coincidindo com o que prevê o texto do Código Civil alterado pela LBI, deixando de ter relevância a análise do que seria doença mental grave, expressão, aliás, que carece de definição jurídica, falha que não ocorre com o conceito de pessoa com deficiência.

Deve-se lembrar, ainda, que mesmo após a vigência da LBI, mantém-se hígido o preceito insculpido no art. 74, inciso II, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que confere ao Ministério Público a legitimidade para a deflagração da ação de interdição em relação a idosos, sem que haja qualquer ressalva ao tipo de transtorno mental ou espécie de deficiência.

7. Da Perícia

Apesar da legislação revogada não fazer qualquer exigência expressa nesse sentido, a praxe forense nas ações de interdição, na questão da perícia, conferia prevalência ao saber médico.

¹³ Célia Barbosa Abreu já assinalava, antes da promulgação da LBI, em relação à manutenção do termo doença mental grave para legitimação da atuação do MP no novo CPC que “o melhor posicionamento é aquele que entende ser da maior relevância a atuação do *Parquet* na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, entendendo nesse contexto que a interpretação mais adequada seria que a menção à “doença mental grave” se prestaria apenas a conferir o caráter subsidiário à atuação do MP nessa situação específica (*In: Primeiras Linhas sobre a Interdição após o Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: CRV, 2015, p. 160).

Contudo, muito embora em vários casos tais perícias tenham chegado a resultado com a justiça esperada, certo é que em muitas situações concretas apenas o conhecimento médico limitado a descrever a doença ou deficiência do indivíduo empobrecia a cognição processual na medida em que não descrevia as potencialidades do interditando.

Indicar em um laudo, por exemplo, que uma pessoa tem Síndrome de Down nada diz a respeito das funcionalidades deste indivíduo. Várias pessoas com Síndrome de Down, apesar do mesmo diagnóstico, podem interagir com a sociedade de maneiras extremamente diferentes.

O que a Convenção apregoa é o tratamento individualizado de cada caso em que for investigada a possibilidade de interdição de uma pessoa, de modo que a restrição seja a menor possível e sempre proporcional às potencialidades do interditando.

Por isso, tanto o Código Civil, com a redação que lhe deu a LBI, quanto o novo CPC exigem equipe multidisciplinar para a realização de perícia, o que importa dizer que doravante apenas o laudo médico é insuficiente para a prova na ação de interdição.

Cumpra ser registrado que, mesmo nesses casos extremos, a prova pode ser produzida por equipe multidisciplinar para a definição de outros aspectos cuja elucidação se mostre necessária para a prolação de sentença, como, por exemplo, a escolha do curador.

8. O Curador

Em relação ao curador a LBI também inova ao alterar o texto do art. 1.772, parágrafo único, para que dele conste que o juiz deverá levar em conta a vontade do interditando para a escolha de seu representante legal. Aliás, nesse particular, a alteração legislativa apenas confere densidade normativa ao princípio do protagonismo da pessoa com deficiência previsto no art. 12, da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que prevê o dever dos Estados-parte de assegurar que “as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem direitos, a vontade e as preferências da pessoa”.

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade da curatela compartilhada (art. 1.775-A, do Código Civil, com a redação determinada pela LBI). Tal possibilidade já vinha sendo reconhecida pela jurisprudência¹⁴, mas agora a consagra a lei.

Também merece destaque a revogação do art. 1.776 e a alteração do art. 1.777, ambos do Código Civil. O claro intuito da alteração legislativa foi evitar a

¹⁴ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DE CURADOR. PEDIDO DE CURATELA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. Não há impedimento legal para que exista mais de um curador e, além disso, a curatela é um múnus que deve ser exercido sempre em favor do melhor interesse do curatelado. Assim, no caso concreto, comprovado que o pedido atende aos interesses da curatelada, deve ser determinada a curatela compartilhada.

(TJRS, 8ª Câmara Cível, Rel. DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ, Apelação Cível nº 70065878449 (Nº CNJ: 0273222-85.2015.8.21.7000).

segregação da pessoa com deficiência e o consequente afastamento do convívio familiar e social por meio de internações em estabelecimentos médico-hospitalares. Tais internações historicamente acabavam tendo como resultado violações de direitos e não o adequado tratamento médico.

Em relação a tal aspecto o Código Civil, com a redação determinada pela LBI, e o novo Código de Processo Civil mostram-se harmônicos. A nova redação do art. 1.777, do Código Civil, estabelece que a pessoa interditada deverá receber o apoio necessário para a preservação do direito à convivência familiar, evitando-se o recolhimento em estabelecimentos que obstem tal convívio. Na mesma toada o novo CPC, em seu art. 758, impõe ao curador o dever de buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito.

9. Prestação de Contas

Outra alteração que se fez presente refere-se à prestação de contas que passou a ser anual.

No regime anterior, conforme previsto no art. 1.781, do Código Civil, aplicava-se à curatela a mesma regra prevista para tutela, qual seja, a obrigatoriedade de prestação de contas a cada 2 (dois) anos (art. 1.757, do Código Civil) e de apresentação anual de balanço (art. 1.756, do Código Civil).

ALBI inova ao criar regra específica para a curatela prevendo a obrigatoriedade de prestação de contas anual cumulativamente com a apresentação do balanço respectivo (art. 84, § 4º).

É bom que se registre que balanço e prestação de contas não se confundem, enquanto o primeiro trata-se de mera demonstração contábil de receitas e despesas o segundo pressupõe a instrução com os documentos que lhe servem de base (conforme art. 551, do Novo CPC).

10. Conclusão

As alterações legislativas trazidas pela LBI certamente causam profundo impacto no regime das incapacidades, iluminadas que são pelos princípios trazidos ao ordenamento brasileiro pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Muito embora o espectro de pessoas submetidas às ações de interdição seja bastante variado, há um foco para se limitar proporcionalmente os efeitos de uma sentença de interdição sobre a pessoa.

Desse modo, o que se deseja é a preservação da vontade do interditando, buscando-se torná-lo um partícipe do processo e ainda um protagonista de sua própria existência.

Por certo, essa mensuração a respeito da extensão dada à proteção legal demandará do julgador um olhar mais detalhado sobre o caso concreto, a exigir uma sentença cada vez mais detalhada e ajustada às circunstâncias e às características da pessoa com deficiência cuja interdição se pretende.

Por outro lado, ainda existirão casos em que nenhuma participação será possível, como no caso das pessoas em estado de coma, por exemplo, onde se poderia insinuar uma crítica ao afastamento da figura da incapacidade absoluta.

No entanto, espera-se que tais pessoas, historicamente marginalizadas pela sociedade como um todo, possam ter um tratamento mais humanizado no processo e que sua participação nas decisões de sua própria vida possa enfim ser garantida.

Referências Bibliográficas

ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e Interdição Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Primeiras Linhas sobre a Interdição após o Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: CRV, 2015.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Pessoa com Deficiência*. 4ª ed. Brasília: SDH, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. v. I, Tomo III. Almedina.

DIDIER JR., Fredie. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187>. Acesso em: 16 dez. 2015.

LIMA, Alcides Mendonça de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

PEREIRA, André Gonçalves Dias. A Capacidade para Consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: *Comemorações aos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*. Coimbra Editora.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

A Reparação Mínima em Favor da Vítima de Crimes Violentos e a Atuação do Ministério Público

Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos*

Palavras-chave

Vítima. Crime. Indenização.

Síntese

A proteção da vítima de crimes violentos encontra amparo no direito internacional e no nacional. A Resolução 40/34 da ONU de 1985, a Constituição Federal no artigo 5º XLV e seu parágrafo 2º, bem como no art. 245 garantem a reparação do dano causado pelo delito. De acordo com o artigo 1º da Diretiva 2004/80 da Comunidade Europeia, a indenização deve ser assegurada primordialmente quando da ocorrência de um crime doloso e violento. A reparação do dano causado pelo crime está prevista no art. 91, inciso I do Código Penal. A indenização mínima deve constar da sentença criminal na forma do art. 387, IV do CPP. O trabalho do preso tem como uma das finalidades atender à indenização dos danos causados pelo crime, na forma do art. 29 da LEP. O Ministério Público, como titular da ação penal pública, na forma do art. 129 da Constituição Federal, tem legitimidade para incluir na denúncia o pedido de condenação do autor do delito na indenização mínima prevista no art. 387, inciso IV, garantindo a isenção da vítima no processo penal.

Fundamentação

A reflexão a respeito da posição da vítima no âmbito da persecução penal está, inegavelmente, entre as questões mais importantes e atuais do cenário do direito nacional e internacional. A vítima vem resgatando sua importância no âmbito do conflito penal, voltando a ocupar um papel de protagonismo que lhe pertenceu no passado¹.

Os altos índices de criminalidade violenta em nosso país nos trazem o questionamento sobre o que vem sendo feito e o que pode mudar a fim de que seja efetivamente assegurado no Brasil o direito à vida, à liberdade de ir e vir, e à integridade física e sexual.

* Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro.

¹ FRADE, Edison Vlademir de Almeida. *Os Direitos da Vítima da Criminalidade*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. 2011. Disponível no site <www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/6071>. Acessada em 28 ago. 2015, p. 9.

Conforme disserta Souza², o Direito Penal é o mais intenso mecanismo de controle social formal, por intermédio do qual o Estado, através do seu sistema normativo, impõe sanções negativas de particular gravidade às condutas desviadas mais nocivas para a convivência, objetivando, desse modo, “a necessária disciplina social e a correta socialização dos membros do grupo”.

Assim, os bens jurídicos mais caros a uma sociedade são tutelados pelo Direito Penal³. Os direitos à vida, à liberdade e à integridade física e sexual são reconhecidos dentro de um Estado Democrático de Direito, que deve garantir a seus cidadãos uma existência digna, com respeito e liberdade.

Afinal, o direito à vida, à liberdade, à integridade física e sexual, microcosmos dentro do direito à segurança, são, ao mesmo tempo, direitos fundamentais, eis que assegurados na nossa Constituição, e direitos humanos, na perspectiva do Direito Internacional. Daremos prioridade ao termo “direitos humanos” em razão da universalidade desses direitos, atribuídos a qualquer indivíduo, que têm como único requisito de aplicabilidade a condição humana.

Num Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma *política integral de proteção dos direitos*. Tal definição permite que se afirme que o dever de proteção estatal não somente vale no sentido clássico (proteção negativa) como limite do sistema punitivo, mas, também, no sentido de uma proteção positiva por parte do Estado. O direito penal, a segurança pública e os organismos de repressão da criminalidade também são garantidores dos direitos humanos. Afinal, a vítima de um crime de estupro, de uma tentativa de homicídio, de uma lesão corporal de natureza grave, desfigurando o seu rosto, teve seus direitos humanos gravemente violados, e é dever do Estado garantir a proteção à integridade física e sexual de seus concidadãos.

Considerando os direitos humanos como um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e dignidade⁴, o direito internacional dos direitos humanos possui uma relação dual com o direito penal e processual penal. Ao mesmo tempo em que pugna pelo zelo às garantias dos acusados (devido processo penal, presunção de inocência etc.), tem sua face punitiva, que ordena aos Estados que tipifiquem e punam criminalmente os autores de violações de direitos humanos⁵.

Importante frisar que, sendo fundamentais para a existência humana, os direitos à vida e à segurança pessoal justificaram a própria criação do Estado e o monopólio do uso da força por parte deste. Cabe ao Estado restaurar a ordem jurídica violada, impedindo que a sociedade faça justiça “por suas próprias mãos”. O

² SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*/Artur de Brito Gueiros Souza, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.3.

³ ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. Livraria do Advogado, 2013.

⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.19.

⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: Novos Paradigmas de Proteção das Vítimas de Violações de Direitos Humanos em: <www.revistadoatribunais.com.br>* Acessado em 31 ago. 2015.

homem se libertou da barbárie ao entregar ao Estado o direito de punir aquele que praticou um crime, impedindo que a sociedade ou a vítima busque a compensação e reparação da ordem jurídica violada por seus próprios meios.

A Constituição Federal garante a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*). O art. 5º, inciso XLV, estipula que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

O art. 245 da Constituição Federal estabelece: “A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.”

Por sua vez, a Carta Magna menciona a importância dos tratados internacionais, dispondo, no art. 5º, parágrafo 2º, que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Nesta era digital, as informações são compartilhadas de forma mais dinâmica e qualquer cidadão tem acesso ao direito internacional e à troca de experiências com outros países. Não somente o direito interage, como os profissionais dos diversos países se tornam mais próximos, e novas ideias nos permitem uma releitura da legislação nacional. Temas antigos como violência são revisitados à luz dos direitos humanos num intercâmbio facilitado pela era digital.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada após a 2ª Guerra Mundial, sob o reflexo da indignação da comunidade internacional com as violações a direitos básicos do ser humano cometidas durante a Guerra foi o grande marco para a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Conquanto o reconhecimento do direito à segurança já existisse muito antes da Declaração dos Direitos do Homem, tendo sido fundamento para a própria criação dos Estados e organização da sociedade, a proteção contra a violência ganhou uma nova feição quando passou a constar expressamente desta Declaração, pois traz uma nova abordagem em relação ao tratamento dado à vítima.

Insta ressaltar que os direitos humanos são os direitos inalienáveis assegurados a qualquer pessoa humana pelo simples fato de existir, assegurados à pessoa humana tendo em vista a sua mera condição humana⁶, celebrados pelo consenso internacional acerca de temas centrais à dignidade. Trata-se de uma categoria de direitos que se renova historicamente, consubstanciada em valores essenciais ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Devem ser garantidos a todos os seres humanos, como condição inata à sua existência, de modo não apenas formal, mas concreta e materialmente.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 7ª ed. 2007, p. 38.

Nas palavras de Norberto Bobbio⁷ “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez.” E exemplifica:

A liberdade de religião é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego (...) Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.

Trata-se de consenso internacional que a pessoa humana deve estar protegida contra a violência. A violência é algo abominável e os Estados devem envidar todos os seus esforços na proteção da integridade das pessoas, protegendo o seu direito de existir e de viver em segurança.

Neste sentido, conforme leciona Lenio Streck⁸, a Constituição determina – explícita ou implicitamente – que a proteção dos direitos humanos deve ser feita de duas formas: por um lado, protege o cidadão *frente ao Estado*; por outro, protege-o *através do Estado* – e, inclusive, por meio do direito punitivo – uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos humanos fundamentais tutelados em face da violência de outros indivíduos. Afirma o referido autor:

Quero dizer com isso *que este (o Estado) deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento* (Drindl, Canotilho, Vital Moreira, Sarlet, Streck, Bolzan de Moraes e Stern) ou outra

⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 3ª reimpressão, p. 25.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. O Dever de Proteção do Estado (*schutzpflicht*): O Lado Esquecido dos Direitos Fundamentais ou “Qual a Semelhança entre os Crimes de Furto Privilegiado e o Tráfico de Entorpecentes”? No site: www.leniostreck.com.br. Acessado em 20 jan. 2010.

expressão dessa mesma ideia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado. Insisto: já não se pode falar, nesta altura, de um Estado com tarefas de guardião de “liberdades negativas”, pela simples razão – e nisto consistiu a superação da crise provocada pelo liberalismo – de que o Estado passou a ter a função de proteger a sociedade nesse duplo viés: não mais apenas a clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, também, a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais (art. 5º, caput, da Constituição do Brasil).

A proteção da vítima no âmbito da Organização das Nações Unidas ganhou força a partir da década de 70, com o surgimento da vitimologia, a qual encontrou acolhida em diversos países, despontando movimentos organizados por defensores dos direitos das vítimas cujo objeto de preocupação era o vitimado como sujeito de direito. Diversos congressos e simpósios internacionais foram promovidos, sendo constante a atenção no que diz respeito à indenização às vítimas de crimes, bem como debatidos temas relacionados à assistência a esses vitimados e no que concerne aos seus direitos – mediação, compensação e reparação. Em meio a essa movimentação, culminou o surgimento da Declaração Universal dos Direitos das Vítimas de Crime e de Abuso de Poder, um dos diplomas de maior importância devido a sua abrangência universal. A Declaração foi resultado das deliberações do 7º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento do Delinvente, realizada em Milão, Itália, de 26 de agosto a 06 de setembro de 1985. Em 29 de novembro do mesmo ano, através da Resolução 40/34, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou o texto recomendado pelo Congresso, estimulando os Estados-membros a adotarem uma série de providências, entre as quais, a revisão das respectivas legislações.

A Declaração de Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e de Abuso de Poder (Resolução 40/34 da Assembleia Geral da ONU), de 1985, traz a definição de vítima e reconhece a necessidade de adoção de medidas, tanto a nível nacional como internacional, para garantir o reconhecimento dos direitos das vítimas da criminalidade e de abuso de poder, elencando uma série de ações a serem adotadas pelos Estados-partes, entre as quais a adoção de medidas nas áreas de assistência social, saúde, educação e reparação pelos danos sofridos.

A Declaração em tela é um instrumento internacional de abrangência mundial, porquanto aderida por todos os países membros da ONU, que oferece orientações a estes Estados sobre a questão da proteção e reparação às vítimas da criminalidade e do abuso de poder. O diploma foi arrojado, pois redimensionou a figura da vítima do delito, consolidando um lugar de realce na política criminal e induzindo a aplicação destes princípios nas legislações internas dos países

membros, não apenas assegurando o direito a uma devida indenização, mas, também, conforme se depreende da redação da resolução das Nações Unidas, dando azo à possibilidade de ostentar uma nova alocação no cenário do processo penal de forma mais atuante.

Reafirmando seu posicionamento, a Assembleia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 2005, adotou a Resolução 60/147 – Princípios e Diretrizes Básicos sobre os Direitos das Vítimas de Violações das Normas Internacionais de Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário a Interpor Recursos e Obter Reparações –, sendo este um dos mais recentes diplomas a acentuar a importância da salvaguarda dos direitos e interesses dos ofendidos, indo para além da problemática das vítimas de crimes.

Acompanhando os acontecimentos mundiais, a partir da década de 70, a problemática da vítima também passou a chamar a atenção do Conselho da Europa, o qual se mostrou atento às questões das vítimas de práticas de crimes, elaborando diversos documentos nesse sentido, tendo como principal objetivo harmonizar os direitos nacionais internos dos Estados membros do Conselho.

De acordo com o artigo 1º da Diretiva 2004/80/CE a indenização deve ser assegurada quando da ocorrência de um crime doloso e violento. Tendo em vista a necessidade de estabelecer normas mínimas aplicáveis a todos os Estados-membros, a Diretiva excluiu os crimes culposos e os crimes dolosos que provocam apenas danos materiais⁹. O artigo em tela permite ainda que o requerente possa apresentar seu pedido de indenização no Estado-membro onde tem sua residência habitual e não apenas naquele onde foi vitimizado. A Diretiva adotou o princípio da territorialidade, estabelecendo que a responsabilidade pelo pagamento da indenização estatal é inequivocamente atribuída ao Estado-membro em cujo território o crime foi praticado.¹⁰

É clara e evidente a preocupação da Organização das Nações Unidas e do Conselho da Europa, bem como dos demais órgãos da União Europeia, para com a tutela das vítimas de crimes e também quanto à eficácia das medidas compensatórias, comprovando a preocupação da comunidade internacional com a temática ora em análise.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (*"Pacto de San Jose da Costa Rica"*) elenca os direitos à vida (art. 4º, itens 1 a 6), à liberdade e à segurança (art. 7º, itens 1 a 6). O art. 1.1 assinala a obrigação dos Estados-membros garantirem os direitos humanos, punindo os autores de violações, sendo que os artigos 8º e 25 asseguram o direito da vítima e de seus parentes ao devido processo legal, ao acesso à justiça e à proteção judicial.

⁹ FRADE, Edison Vlademir de Almeida. *Os Direitos da Vítima de Criminalidade*. Dissertação de mestrado apresentada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. 2011. Disponível no site <www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/6071>.

¹⁰ Diretiva 2004/80/CE do Conselho Relativa à Indenização das Vítimas de Criminalidade p. 2. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:261:0015:0018:PT:PDF>> Acesso em: 28 jul. 2015.

O Estado Brasileiro foi condenado, no ano de 2001, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA por negligência e omissão no caso da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes que, por duas vezes, foi vítima de tentativa de homicídio pelo marido, além de agressões que a deixaram paraplégica¹¹, sem uma resposta efetiva do Estado.

Foi ressaltado no relatório da Comissão Interamericana o dever do Estado Brasileiro garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição o direito à segurança:

O Estado está obrigado a investigar toda situação em que tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção. *Se o aparato do Estado age de maneira que tal violação fique impune e não seja restabelecida, na medida do possível, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que não cumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição o exercício livre e pleno de seus direitos. Isso também é válido quando se tolere que particulares ou grupos de particulares atuem livre ou impunemente em detrimento dos direitos reconhecidos na Convenção.* (...) A segunda obrigação dos Estados-parte é “garantir” o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Essa obrigação implica o dever dos Estados-parte de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante aos quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Em consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e, ademais, procurar o restabelecimento, na medida do possível, do direito conculcado e, quando for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos.¹²

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (conhecida como Convenção de Belém do Pará) trouxe um olhar diferenciado para os direitos humanos das vítimas (mulheres), contribuindo

¹¹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil, 16-04-2001, parágrafos 54 e 55. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Vide comentários em: CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica*, p. 189 e PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, p. 230.

¹² Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA, Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil, 16-04-2001, parágrafos 42 a 44. Disponível em: <[HTTP://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm)>. *Apud* PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009. 3ª ed., p. 230.

para a aprovação da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha (em homenagem à vítima Maria da Penha). Referida lei trouxe mecanismos para proporcionar um melhor atendimento das vítimas mulheres na rede pública, afastar o agressor, restringir medidas despenalizantes, especializar órgãos jurisdicionais e de proteção, além de contribuir para uma divulgação na mídia dos direitos humanos das vítimas (mulheres).

O direito internacional dos direitos humanos faz menção à necessidade de prevenir as violações e, no caso de ocorrência destas, de reparar os danos causados às vítimas. Vislumbra-se que o direito internacional dos direitos humanos possui mandados implícitos de criminalização por meio do reconhecimento do dever de investigar e punir criminalmente os autores de violação de direitos humanos, além da obrigação de reparar as vítimas¹³. Com efeito, a Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece, em seu art. 8.º, que toda pessoa vítima de violação tem direito a um recurso efetivo perante os tribunais nacionais, para a obtenção de reparação. Note-se que o Estado tem o dever de proteger os direitos humanos de forma negativa (ao não violá-los) e de forma positiva (no sentido de impedir que os particulares violem os direitos humanos dos demais). Nesse sentido, o Estado pode ser condenado pela proteção insuficiente aos direitos humanos ao não conseguir punir com eficiência um crime praticado por particulares que viole os direitos humanos de terceiros¹⁴.

Sem dúvida, os diplomas explicitados difundem a importância do papel da vítima na obtenção de justiça e de seus direitos de participação, proteção e reparação, não apenas no âmbito internacional, mas também no plano interno dos Estados-membros das respectivas organizações.

Essa tendência mundial de reavaliação do vitimado, demonstrada pelos diversos diplomas explicitados, revela-se como estímulo às diversas nações para refletirem sobre os sistemas legislativos vigentes, incluindo cada vez mais a proteção da vítima no âmbito do direito criminal.

O Código Penal dispõe que são efeitos da condenação *tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime* (art. 91, inciso I). Dispõe ainda que a sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis (art. 9º, I). Por sua vez, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou

¹³ RAMOS, André de Carvalho. *Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: Novos Paradigmas de Proteção das Vítimas de Violações de Direitos Humanos* em <www.revistadostribunais.com.br> Acessado em: 31 ago. 2015.

¹⁴ Importante mencionar o *Caso Villagrán Morales y otros* (caso dos meninos de rua), no qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos processou a Guatemala pela absolvição dos acusados dos homicídios de cinco meninos de rua guatemaltecos. Ficou demonstrada grave violação ao dever de investigar e punir, incluso no dever genérico de garantia de direitos humanos presente na Convenção Americana de Direitos Humanos. E o caso Maria da Penha Maia Fernandes, no qual o Brasil foi condenado pela Comissão Interamericana por violação de direitos humanos causada, basicamente, pela delonga do Tribunal de Justiça do Ceará em aplicar a lei penal contra o acusado, em prazo razoável, de violência por ele praticada.

restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços (art. 16). Por sua vez, a reparação do dano é circunstância atenuante prevista no art. 65 III, “b” e condição, nem sempre obrigatória, para a suspensão do processo ou da pena (art. 78) e do livramento condicional (art. 83, inciso IV). Nos crimes praticados contra a administração pública, a reparação do dano é condição para a progressão de regime (art. 33, §4º) e motivo de extinção da punibilidade no peculato culposo, se anterior à sentença irrecorrível, ou causa para redução pela metade da pena imposta quando já tiver ocorrido o trânsito em julgado (art. 312, §3º).

Assim, verifica-se que o Direito Penal prevê medidas que revelam preocupação com a vítima, consistentes em estimular a reparação do dano como forma de obtenção de benefícios legais, tais como o *sursis* (CP, art. 78 § 2º), o livramento condicional (CP, art. 83, IV), a reabilitação criminal (CP, art. 94, III) ou a diminuição da pena (CP, art. 16).

Ainda podem ser assinaladas outras inovações legislativas ocorridas no Brasil, que revelam influência da vitimologia: a Lei nº 9.249/1995, que criou causa extintiva da punibilidade de determinados delitos, decorrente da reparação do dano antes do recebimento da denúncia; a Lei nº 9.503/1997 (alterada pela Lei nº 9.602/1998) – Código de Trânsito Brasileiro, que instituiu a multa reparatória; a Lei nº 9.605/1998, que prevê a pena de prestação pecuniária e oferece incentivos para a reparação do dano; a Lei nº 9.714/1998, que alterou dispositivos do Código Penal e introduziu a pena de prestação pecuniária; a Lei nº 9.807/1999, que criou o Sistema Nacional de Proteção a Vítimas e Testemunhas, regulamentada pelo Decreto nº 3.518, de 20 de julho de 2000; a Lei nº 11.690/2008, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal; a Lei nº 11.719/2008, que determinou seja fixada, na sentença criminal, o valor mínimo para a reparação dos danos causados pelo crime.

O Código de Processo Penal, alterado pelas Leis nº 11.690/2008 e 11.719/2008, recebeu modificações para dar mais efetividade à resposta penal e proteção da vítima, com a previsão de indenização mínima em favor desta. Neste sentido, foram relevantes as alterações dos artigos 155, 201 e art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal.

Por sua vez, a Lei de Execução Penal também ressalta que o trabalho do preso deve visar ao pagamento da reparação dos danos causados pelo delito (art. 29 da LEP).

O Estado Brasileiro, ao incluir na legislação penal e processual penal a obrigação de constar da sentença criminal o valor mínimo da reparação dos danos causados pela infração, trata a questão como de ordem pública e não de caráter privado ou particular. O interesse na reparação dos danos é de toda a sociedade e não somente da vítima. Dessa forma, não faz sentido transferir a questão para o Juízo Cível, uma vez que *é necessário constar da sentença penal condenatória para fins de execução da pena*.

Assim, nesta nova leitura da legislação, verifica-se, pela interpretação sistemática dos artigos 91, I do CP e art. 29 da LEP, que o art. 387 do CPP dá exequibilidade a deveres já expressamente previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal, *a fim de que o dever de indenizar conste expressamente da sentença criminal, com vistas a sua correta aplicação na EXECUÇÃO da pena.*

Registre-se que a vítima poderá solicitar a execução ou complementação da indenização no juízo cível (art. 63 do CPP), mas já estará resguardado o seu direito no âmbito criminal.

Não é razoável que as vítimas tenham que procurar o Juízo Civil e terminem não sendo indenizadas em razão da prisão e miserabilidade dos agentes criminosos, pois o Estado tem o dever de oferecer trabalho no sistema prisional exatamente com a finalidade descrita na Lei de Execução Penal de ressarcimento dos danos causados pelo delito.

O condenado, assim, está obrigado a trabalhar para indenizar a vítima dos danos sofridos. Conquanto seja disponível para a vítima (que poderá ou não promover a execução no juízo cível, além de promover a liquidação para apuração dos danos efetivamente sofridos, majorando o valor do ressarcimento), é um dever do Estado exigir do preso o seu trabalho para o pagamento da indenização. A indenização mínima tem que constar da sentença criminal, conforme norma expressa do art. 387 do Código de Processo Penal e tem um aspecto híbrido: é disponível para a vítima, que pode ou não exercer este direito, mas é indisponível sob a ótica do Estado, que tem o dever de exigir do preso o trabalho e a obrigação de fazer o depósito do numerário destinado ao pagamento dos danos devidos à vítima.

A legitimidade do Ministério Público para postular a aplicabilidade do art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal e a consequente indenização da vítima está amparada pelo fato de que é o Ministério Público o titular da ação penal pública.

Ora, se o Ministério Público é o titular da ação penal pública, deve o mesmo zelar pela correta aplicabilidade da legislação penal, nesta incluída o art. 91, I do Código Penal e art. 387, IV do Código de Processo Penal. Em respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório e do princípio da correlação, o ideal é que o pedido de indenização conste da denúncia oferecida pelo *Parquet*. O pedido de reparação dos danos causados pelo crime não interessa somente à vítima, mas a toda a sociedade. Trata-se de tema de ordem pública e não privada, uma vez que consta expressamente da legislação penal e processual penal, âmbito do direito público.

Essa legitimidade vem amparada pelo art. 129 da Constituição Federal, que assim dispõe: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”

Se a indenização deve constar da sentença criminal e a ação penal pública é promovida pelo Ministério Público, logo, o Ministério Público, ao deflagrar a ação penal, tem legitimidade para postular a correta aplicação da legislação penal, inclusive a postulação quanto à indenização, visto o interesse da sociedade na reparação dos danos causados pelo crime.

Importante frisar que o injusto penal não causa apenas um dano individual, mas um dano coletivo. Ainda que uma única pessoa tenha sido prejudicada pelo atuar criminoso, interessa a toda a sociedade a reprovação da conduta criminosa e que os danos sofridos sejam minimamente ressarcidos. E nesses danos mínimos não se pode ignorar os danos morais, ou seja, o grave sofrimento da vítima, pois esse é o tipo de dano que mais preocupa a sociedade. Note-se que os danos morais são danos visualizados de pronto, sem necessidade de dilação probatória extensa, visto que, em regra, a concordância e a satisfação da vítima com o fato descaracterizariam o delito.

Deste modo, é dever legal do Ministério Público zelar pelo cumprimento da escorreita aplicação da lei, sendo certo que ao requerer a condenação por danos morais, não está realizando uma cumulação de pedidos (um de natureza cível e outro para fins indenizatórios), mas, sim, requerendo a aplicação de um dos efeitos da condenação penal (obrigação de indenizar o dano provocado pelo injusto penal) descrito em lei.

Sendo inquestionável que o Ministério Público possui legitimidade para perseguir, no curso do processo penal, os demais efeitos genéricos e específicos da condenação, forçoso reconhecer que o órgão ministerial também poderá, na ação penal pública, pleitear a indenização em favor do ofendido na própria denúncia¹⁵.

Cabe ao Ministério Público perseguir a reparação mínima à vítima, evitando, deste modo, que a vítima, ao requerer indenização, transforme o processo penal em instrumento de vingança particular. Aliás, o interesse particular da vítima deve ser tutelado na esfera civil, enquanto na esfera criminal cabe ao Ministério Público zelar pela reparação mínima causada pelo delito.

Assim, é do interesse da sociedade que o Ministério Público persiga a reparação mínima do injusto penal, retornando-se ao estado anterior que fora indevidamente alterado pelo ato criminoso perpetrado, mas é preciso dar oportunidade de contraditório e ampla defesa, com pedido expresso na denúncia¹⁶.

Cediço que quando há mais de uma interpretação possível para um dispositivo legal, deve ser dada primazia àquela que esteja em conformidade com a Constituição.

¹⁵ PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. ESTUPRO. EXTORSÃO. FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO MÍNIMA. DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PEDIDO. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO NO MESMO SENTIDO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83/STJ. 1. Para que seja fixado, na sentença, o valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima (art. 387, IV, do CP), necessário o pedido formal, sob pena de violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório. 2. Agravo regimental improvido. (Superior Tribunal de Justiça. Processo AgRg no AREsp 311784 / DF AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0098274-1. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Data do Julgamento 05/08/2014. Data da Publicação 28/10/2014.)

¹⁶ DIREITO PROCESSUAL PENAL. REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS DECORRENTES DE CRIME. Para que seja fixado na sentença valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, com base no art. 387, IV, do CPP, é necessário pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e a concessão de oportunidade de exercício do contraditório pelo réu. Precedentes citados: REsp 1.248.490-RS, Quinta Turma, DJe 21/5/2012; e Resp 1.185.542-RS, Quinta Turma, DJe de 16/5/2011. REsp 1.193.083-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 20/08/2013, DJe 27/8/2013. [INFORMATIVO 528 de 23 de outubro de 2013 – QUINTA TURMA]

Portanto, o art. 387, IV do Código de Processo Penal pode ser lido como dispositivo que impõe o dever da fixação do valor mínimo de indenização apenas pelos danos patrimoniais, ou, ainda, pela reparação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos pela vítima.

Havendo mais de uma interpretação possível, questiona-se: qual é aquela que melhor se coaduna com a Constituição?

Consigne-se, de plano, que o enunciado normativo não estabeleceu qualquer restrição quanto à natureza dos danos suscetíveis de reparação mediante o valor mínimo.

Ressalte-se que a Constituição Federal, em seu 1º artigo dispõe que a dignidade da pessoa humana é *fundamento* da República Federativa do Brasil.

Sendo o dano moral uma cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana, não é difícil verificar que a interpretação que inclui a reparação do dano moral, aquele de natureza extrapatrimonial, encontra resguardo na Constituição Federal, que requer a proteção integral e completa da dignidade da pessoa humana.

De mais a mais, o artigo 3º, I da Magna Carta dispõe ser objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Mencione-se, ademais, os deveres de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos pelo Estado, sendo certo que ao não proteger suficientemente tais direitos, o Estado viola a *proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)*.

Assim sendo, como forma de proteção da vítima, a reparação deve ser não apenas dos danos materiais, mas, sobretudo, dos danos extrapatrimoniais, que violam a dignidade humana, que causam sofrimento e humilhação, denominados danos morais, reparando o prejuízo provocado pelo crime, evitando-se, deste modo, proteção deficiente dos direitos das vítimas de crimes.

O sofrimento causado por crimes praticados com violência ou grave ameaça, aliás, na forma dos tratados internacionais assinados pelo Brasil, é o dano que merece prioridade na indenização.

Tal dano extrapatrimonial, reconhecido pela Constituição Federal com a nomenclatura de dano moral (art. 5º, inciso X), precisa constar da sentença criminal para fins de produzir efeitos no sistema prisional. Note-se que seria uma reparação mínima, na forma prevista no art. 387, inciso IV do CPP. A impossibilidade do pagamento pelo condenado há que ser verificada caso a caso nas hipóteses nas quais o Estado, através do sistema prisional, não ofereça o trabalho ao preso, descumprindo o disposto no art. 29 da LEP.

Assim, não pode o Juízo Criminal deixar de aplicar a legislação penal, remetendo a questão ao Juízo Cível, quando cabe ao sistema penal a fiscalização do trabalho do preso e da reparação do dano para fins de benefícios penais ao condenado.

Até mesmo para fins de aplicabilidade da Justiça Restaurativa, moderna tendência na esfera penal, a condenação no Juízo Criminal se faz necessária.

Conclusão

A proteção da vítima de crimes violentos encontra amparo na Constituição Federal, em Tratados Internacionais e na legislação penal e processual penal. Note-se que o artigo 5º XLV menciona a reparação do dano causado pelo delito e seu parágrafo 2º reconhece os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Nesse sentido, a Resolução 40/34 da ONU de 1985, que assegura direitos às vítimas de criminalidade, está amparada no Direito Pátrio. De acordo com o artigo 1º da Diretiva 2004/80 da Comunidade Europeia, a indenização deve ser assegurada primordialmente quando da ocorrência de um crime doloso e violento. Em nosso direito, a reparação do dano causado pelo crime está prevista no art. 245 da Constituição Federal e no art. 91, inciso I do Código Penal. O sofrimento causado por crimes violentos ensejam a condenação em danos morais, sendo certo que nossa Constituição Federal reconhece o dano moral e tem como princípio basilar a dignidade da pessoa humana.

O Código de Processo Penal determina no art. 387, inciso IV do CPP que deve constar da sentença criminal o valor mínimo para a reparação do dano. Tal questão é relevante na medida em que o trabalho do preso tem como uma das finalidades atender à indenização dos danos causados pelo crime, na forma do art. 29 da Lei de Execução Penal. O Ministério Público, por sua vez, como titular da ação penal pública, na forma do art. 129 da Constituição Federal, tem legitimidade para incluir na denúncia o pedido de reparação mínima causada pelo delito, notadamente o dano moral causado por crimes violentos, garantindo a isenção da vítima no processo penal, bem como o contraditório e ampla defesa do acusado para fins de aplicação do art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal.

Referências Bibliográficas

- AMOS, Merris. *Human Rights Law*. Oxford: Hart Publishing, 2006.
- ALEXI, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BARATTA, Alessandro. *Defesa dos Direitos Humanos e Política Criminal: Discursos Sediciosos*, nº 3, ano 2. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARIO, Robert. *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale. Les textes essentiels*. v. 2. Paris: L'Harmattan, 2002. *Les droits des victimes d'infraction. Problèmes politiques et sociaux*. nº 943. Paris: La documentation Française, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal* (trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukur, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRADE, Edison Vlademir de Almeida. *Os Direitos da Vítima da Criminalidade*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. 2011. Disponível no site <www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/6071>. Acessada em: 28 ago. 2015, p. 9.

FREITAS, André Guilherme Tavares de Freitas. *A Infringência do Dever de Respeito aos Direitos Fundamentais como Critério de Aumento de Pena Base*. In: *Contributos em Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*, Coordenado por Alexander Araujo de Souza e Decio Alonso Gomes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) Do Processo Penal*. Considerações Críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARINHO, Alexandre Araripe e FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009, 3ª ed. _____ . *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007, 7ª ed.

MARINHO, Alexandre Araripe e FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.47

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.19.

_____. *Mandados de Criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: Novos Paradigmas de Proteção das Vítimas de Violações de Direitos Humanos* em <www.revistadostribunais.com.br> Acessado em: 31 ago. 2015.

ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. Livraria do Advogado, 2013.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública*. Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SIMON, Robert I. *Homens maus fazem o que homens bons sonham: um psiquiatra forense ilumina o lado obscuro do comportamento humano*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

SOUZA, Artur de Britto Gueiros. *Curso de direito penal: parte geral*/Artur de Brito Gueiros Souza, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SOUZA, Juana Giacobbo de Souza. *A Vítima e a Reparação do Dano no Processo Criminal Brasileiro*. Em http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/juana_souza.pdf. Acessado em: 15 set. 2015.

STRECK, LENIO LUIZ. *O Dever de Proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?* No site www.leniostreck.com.br. Acessado em 20 jan. 2010.

_____. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente*

(*Untermasssverbot*) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico, no site www.leniostreck.com.br. Acessado em 20 jan. 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

A Intervenção Preventiva Extrajudicial do Ministério Público no Combate à Corrupção – Escala de Ação Progressiva como Fator de Emancipação Social

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis*

Sumário

1. Introdução. 2. Corrupção e seu Custo Social. Patrimônio Público como Objeto da Corrupção. 3. Intervenção Preventiva Eficiente do Ministério Público. Escala de Atuação Progressiva. Fator de Emancipação Social. 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Os fenômenos de interação e desenvolvimento sociais, notadamente nos regimes de governo democráticos, vêm propiciando à coletividade o conhecimento e acesso às informações atinentes à administração pública, a cujos atores incumbe a esmerada gestão do patrimônio público¹.

Rotineira e infelizmente, noticiam-se atos de corrupção praticados nos mais diversos setores sociais. Cada vez mais sofisticadas e abrangentes, essas condutas ilícitas geram consequências nefastas e impeditivas ao desenvolvimento social, na medida em que o desvio de finalidade e o abuso do poder direcionam os benefícios ilícitos das ações e omissões apenas aos seus autores ou a quem lhes convenha, em detrimento da coletividade (custo social da corrupção).

Diante desse quadro, levando-se em conta a evitabilidade/irreversibilidade dos danos ao patrimônio público e, ainda, que sistemas de controle interno e externo dos poderes da República vêm se mostrando incapazes de combater satisfatoriamente a corrupção, é que exsurge a necessidade da intervenção preventiva extrajudicial do Ministério Público no combate à corrupção, através da proposta de uma “*escala de ação progressiva*”, lastreada no princípio da eficiência, como instrumento de emancipação social.

* Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, em julho de 2004; Pós-graduado em Direito Privado, Tese de Direito Penal, pela UCAM – Universidade Cândido Mendes, em julho de 2006.

¹ O patrimônio público, tanto sob o aspecto subjetivo (titularidade individual e coletiva), quanto sob o aspecto objetivo (ordem jurídica), foi forjado, externa e internamente, como direito fundamental, porquanto se trata de conjunto de bens transindividual e solidarizado, a bem da dignidade da pessoa humana, sendo parâmetro básico para a interpretação e concretização da própria ordem jurídica e da fixação dos parâmetros e valores do próprio Estado Democrático de Direito. Merece, pois, assim como a moralidade administrativa, tutela ampla e irrestrita, porquanto, conforme Fernando Rodrigues Martins (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 64), “a malversação do patrimônio público fere a concepção deontológica de um direito fundamental e importa na desapropriação violenta e lesiva de uma coletividade”.

2. Corrupção e seu Custo Social. Patrimônio Público como Objeto da Corrupção

A difícil tarefa de definir conceitualmente o vocábulo *corrupção* demanda, necessariamente, uma análise histórica balizada em contextos linguísticos altamente diferenciados no tempo. Não há uma única abordagem linguística ou normativa totalizante sobre a corrupção, que está referida a contextos de linguagens e interlocuções práticas dinâmicas, conforme os diferentes problemas que configuraram a história política.²

Tomando-se por base o referencial dos interesses (público e privado), na base liberal do pensamento político, a corrupção representa os vícios dos agentes públicos, praticados na dimensão do Estado³, cujos elementos distintivos, com propriedade, prelecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Sob o prisma léxico, múltiplos são os significados do termo corrupção. Tanto pode indicar a ideia de destruição como a de mera degradação, ocasião em que assumira uma perspectiva natural, como acontecimento efetivamente verificado na realidade fenomênica, ou meramente valorativa.

Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca de obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.⁴

² Nesse sentido, o regresso à experiência do mundo antigo e medieval revela que a corrupção estaria ligada a processos mais amplos de degeneração das instituições políticas, relacionando-se com o sentido da palavra *diaphthora*, no grego, e *corrumpere*, no latim, que têm sua significação em torno de ideias como putrefação, destruição, ruína. A corrupção estaria relacionada aos momentos de decadência de impérios e reinos, representando o momento no qual o governo se degenera para formas injustas ou eticamente consideradas ruins. Esta compreensão da corrupção relacionada a processos mais amplos de decadência é uma marca forte da herança do pensamento grego no pensamento ocidental, em especial se considerarmos as filosofias de Platão e, principalmente, de Aristóteles. (FILGUEIRAS, Fernando; MONTANDON, Ana Maria; OLIVEIRA, Bárbara Magalhães Aguiar de; ABREU, Ivana Mascarenhas. Corrupção, cultura política e reformas no Brasil. *Revista de C. Humanas*, v. 10, nº 2, p. 318-334, jul./dez. 2010)

³ Na chave liberal do pensamento político, a corrupção representa os vícios dos agentes públicos, praticados na dimensão do Estado. Não se trata de pensarmos sociedades pautadas na virtude, mas sociedades que são regidas pelos interesses. Tomando essa premissa dos interesses, a corrupção é analisada a partir de três ângulos diferentes: (1) a corrupção realizada pelos políticos profissionais, na dimensão da representação, envolvendo, especialmente, governantes e parlamentares; (2) a corrupção de funcionários públicos, que usam seu poder e prestígio para auferir vantagens indevidas, isto é, a corrupção da burocracia e do aparato administrativo do Estado; e (3) a corrupção de membros de instituições centrais do Estado, como a polícia e o Judiciário. (FILGUEIRAS, Fernando; MONTANDON, Ana Maria; OLIVEIRA, Bárbara Magalhães Aguiar de; ABREU, Ivana Mascarenhas. Corrupção, cultura política e reformas no Brasil. *Revista de C. Humanas*, v. 10, nº 2, p. 318-334, jul./dez. 2010).

⁴ GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Emerson e Rogério Pacheco Alves. 6ª ed, ver. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 7.

A corrupção não esgota, em si, as espécies de condutas ilícitas, com desvio de finalidade e em benefício do interesse particular (de quem corrompe, de quem é corrompido e de quem se beneficia da corrupção), mas, ao contrário, representa apenas uma das facetas dos atos de improbidade, os quais possuem maior amplitude significativa, definida pela Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa.

Corrupção, no âmbito estatal é, portanto, uma espécie de improbidade administrativa, qualificada pelo abuso do poder⁵ exercido por um agente público, para obter uma vantagem indevida para si ou para outrem, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. É a sobreposição ilícita dos interesses públicos pelos privados, em detrimento do patrimônio público – objeto material – com severos custos sociais.

Como consequência social negativa, estimou-se, em 2010, conforme dados da Federação das Indústrias de São Paulo (Fiesp), que o custo da corrupção no Brasil fica entre R\$ 41,5 e R\$ 69,1 bilhões por ano. Isto representa entre 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB).⁶ Em recente relatório realizado pela consultoria britânica Capital Economics, apontou-se que, embora seja difícil precisar, os impactos gerados pela corrupção na empresa pública brasileira Petrobras, investigados pela exitosa “Operação Lava-Jato”, incluindo os efeitos de redução de investimentos na companhia e outras implicações, perfaz o montante de 0,5 % do PIB nacional, apenas em 2015.⁷

Analisando teleológica e deontologicamente a corrupção⁸, com o reforço dos dados empíricos expostos alhures, fica claro perceber que seu objeto material é o patrimônio público, alvo inexorável, de dilapidação. Como esposado, referido comportamento ilícito e moralmente deformado causa, inevitavelmente, severos

⁵ Abuso de poder é o ato ou efeito de impor a vontade de um sobre a de outro, tendo por base o exercício do poder, sem considerar as leis vigentes. Desta maneira é evidente que a palavra ‘abuso’ já se encontra determinada por uma forma mais sutil de poder, o poder de definir a própria definição. Assim que o abuso só é possível quando as relações de poder assim o determinam. A democracia direta é um sistema que se opõe a este tipo de atitude. O abuso de poder pode se dar em diversos níveis de poder, desde o doméstico entre os membros de uma mesma família, até os níveis mais abrangentes. O poder exercido pode ser o econômico, político ou qualquer outra forma a partir da qual um indivíduo ou coletividade tem influência direta sobre outros. O abuso caracteriza-se pelo uso ilegal ou coercivo deste poder para atingir um determinado fim. O expoente máximo do abuso do poder é a submissão de outrem às diversas formas de escravidão. (VELLOSO, Gabba. *Desvio de poder*: jurisprudência e aplicação prática. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48). Tecnicamente, existem duas dimensões de abuso de poder: *excesso de poder* e *desvio de poder*. A primeira é aquela em que o agente público atua fora dos limites de sua competência e, a segunda, aquela em que o agente público atua dentro de seu âmbito competencial, porém, com desvio de finalidade pública.

⁶ Disponível em: <http://www.brasileconomico.com.br/noticias/corruptao-no-brasil-custa-ate-r-691-bilhoes-por-ano_82676.htm>. Acesso em: 07 ago. 2015.

⁷ Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/petrobras/noticia/3876272/corruptao-petrobras-pode-tirar-pib-diz-capital-economics>>. Acesso em: 07 ago. 2015.

⁸ No mesmo sentido, apontando ser a moralidade administrativa eminentemente finalística, assim se pronuncia Emerson Garcia: “Assumindo espontaneamente o ônus de gestor da coisa pública, tem o agente o dever de agir em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa, o que demonstra que o conceito de moralidade administrativa tem índole eminentemente teleológica”. GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_35/artigos/Art_emerson.htm>. Acesso em: 17 set. 2015.

prejuízos ao desenvolvimento nacional, ao passo que propicia o desvio de recursos indispensáveis à promoção da saúde, da educação, da segurança pública e de demais setores essenciais da sociedade, representando verdadeira afronta aos fundamentos e objetivos da república, bem como entrave à emancipação social⁹.

3. Intervenção Preventiva Eficiente do Ministério Público. Escala de Atuação Progressiva. Fator de Emancipação Social

A atividade de combate à corrupção deve ser levada a efeito por atividades de controle e fiscalização de todos os poderes republicanos, a exemplo dos órgãos de controle externo e interno do Poder Executivo, pelo Poder Legislativo, pela coletividade e pelo Ministério Público.¹⁰

Em que pese a ausência de especificação normativa expressa sobre o momento para a deflagração do controle e da defesa do patrimônio público, no exercício da função institucional de combate à corrupção, o que direciona a intervenção ministerial para o viés preventivo é a *evitabilidade* do resultado lesivo ao patrimônio público e a *irreversibilidade*, quase constante, dos danos aos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais sociais – custo social da corrupção.¹¹

Diante da amplitude do sistema jurídico de proteção ao patrimônio público e de combate à corrupção, não se pode mais conceber a ideia de inércia das instituições protetoras e nem uma atuação meramente repressiva, sob pena de irreversibilidade danosa ou compensação insuficiente. Exige-se, assim, do Ministério Público, uma mudança de paradigma de atuação, que direcione seu o mister executivo, preferencialmente, à prevenção extrajudicial da corrupção, valendo-se de todo o instrumental administrativo que lhe é dado, da maneira mais eficiente possível.

Sob o influxo do princípio da eficiência, o que se propõe é que a referida atuação preventiva extrajudicial de combate à corrupção, em alguns casos, siga uma *escala de ação progressiva*, lançando-se mão da *Recomendação* e, em seguida, do *Compromisso de Ajustamento de Conduta*, visando à solução mais rápida

⁹ Citamos os artigos 1º, II e III e o artigo 3º, I a IV, todos da Constituição da República, de 1988.

¹⁰ Essa ilação pode ser aferida da interpretação sistemática dos artigos 23, I, 31, 70 e 129, III, da CR/1988.

¹¹ Nesse sentido são as sábias lições de Gregório Assagra de Almeida: [...] muitos danos, especialmente os de dimensão social (aqueles que afetam o ambiente; a saúde do consumidor; a criança e o adolescente; o idoso; a saúde pública etc.), não são possíveis de reparação *in natura*. Portanto, só restaria nesses casos uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela jurídica apequenada, já que não responde ao direito a uma tutela jurídica genuinamente adequada, na sua condição de garantia fundamental do Estado Democrático de Direito (arts. 1º, 3º e art. 5º, XXXV, da CF/88). [...] Além de combater repressivamente os atos de improbidade, é razoável priorizar a atuação para evitar que ocorram atos dessa natureza, especialmente os que geram dano ao Erário [sic]. Muitas vezes torna-se impossível a recuperação dos ativos desviados, o que resulta em enormes prejuízos para a sociedade. A priorização da atuação preventiva pelos Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Procuradores da República será um caminho legítimo e eficaz para proteger o patrimônio público. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores da ampliação de sua legitimação social*. In: CHAVES, Cristiano et al. (Coord.) *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17-60.

e menos custosa da demanda, sem prejuízo do eventual ajuizamento de ação civil pública para a responsabilização por ato de improbidade administrativa, em casos de patente ilícito ímprobo.

O fator diferenciador da melhor utilização dessas peças de atuação pelo Ministério Público, especificamente na prevenção à corrupção, é a aplicação do *princípio administrativo da eficiência*¹². Em outras palavras, vislumbrada a ameaça ou a lesão ao patrimônio público, ao órgão de execução do Ministério Público cabe a escolha do mais eficaz aparelho procedimental de atuação, levando em conta, inexoravelmente, a melhor relação entre a produtividade e economicidade.¹³

A *audiência pública* é o exemplo mais eloquente de participação social nos rumos administrativos do patrimônio público, eis que proporciona, de maneira prévia, a efetivação da democracia dialética (LEITE DA SILVA, 2014). A participação do Ministério Público, instituição expoente da função de *Ombudsman*, em audiências públicas cujo tema seja, direta ou indiretamente, a gestão do patrimônio público (combate à corrupção), é fator de legitimação social e controle preventivo, pela prévia análise de todos os aspectos legais das ações propugnadas pela Administração Pública ou por particulares.

Tal ferramenta funciona como ótima fonte de elementos de informação para a formação da convicção ministerial, principalmente em casos de corrupção, nos quais agentes e beneficiários desenvolvem esquemas cada vez mais sofisticados de escamoteamento de bens e valores ilícitamente auferidos, bem como de informações. Propicia-se, assim, uma visão global da demanda e permite um vislumbre da melhor maneira de instrumentalizar a prevenção à corrupção.

Também ligada à perspectiva de atuação ministerial como *Ombudsman*¹⁴, surge a ferramenta da *recomendação*, cuja previsão normativa se encontra no art. 129, II, da CR/1988 e nos arts. 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), e 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União). Em resumo, a recomendação tem natureza jurídica de ato administrativo¹⁵ e se presta, no bojo de um procedimento administrativo ministerial (inquérito civil ou procedimento preparatório)¹⁶, a apontar conduta ou

¹² Conforme Hely Lopes Meirelles assim define que: o referido princípio da eficiência como sendo um dos deveres da Administração Pública, sendo aquele que “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. E arremata: “a partir da Emenda Constitucional 45/2004 a eficiência passou a ser um direito com sede constitucional.”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p. 98-99).

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 27.

¹⁴ Trata-se configuração de agente apolítico e independente, de investidura temporária, receptor das vozes inconformadas do povo contra as ações ou omissões ilícitas do Poder Público. No modelo jurídico-constitucional o Ministério Público assumiu esse mister, ainda que não exclusivamente, fulcrado no art. 129, II, da Constituição da República, o que ganha especial relevo quando se trata de patrimônio público

¹⁵ Não há dissonância doutrinária a respeito da natureza jurídica da recomendação, pelo que citamos, por todos. Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 231.

¹⁶ A nomenclatura dos procedimentos administrativos pode variar de acordo com cada Ministério Público

perspectiva de conduta ilícita e diagnosticar sua correção. A recomendação funda-se em fontes normativas e na força persuasiva (jurídica, moral e política) do Ministério Público, com o fito de pontar a anomalia e convencer o agente a saná-la.

Basicamente, a recomendação pode expressar um conteúdo positivo (fazer algo ou suprir alguma omissão) ou negativo (não mais fazer algo). Não obstante essa dualidade de conteúdo, é inegável a importância e a força de seus efeitos indiretos para a atuação preventiva à corrupção, pois servem para: a) influenciar juridicamente as ações e/ou omissões do agente recomendado; b) agir de forma psicológica na etapa precedente à ação e/ou omissão do destinatário; c) obrigar o destinatário a se manifestar; d) acaso atendida, gera o reconhecimento implícito da inadequação da conduta atestada e soluciona, extrajudicialmente, a ilegalidade; e) quando não acatada, serve de indicador do elemento subjetivo do agente para sua eventual responsabilização civil e/ou criminal; f) serve de instrumento de direcionamento da atuação institucional do próprio Ministério Público.

Desses efeitos exsurge a importância tática e prática da utilização da recomendação na prevenção à corrupção, pois, à luz do princípio da eficiência, funciona independentemente da vontade do recomendado, como meio de apontamento da ilegalidade e de identificação do corrupto e do beneficiário do ilícito, resultando no impedimento ou na correção da ilegalidade antes da ocorrência do dano. A partir da recomendação e de sua publicação, afasta-se do agente corrompido ou do beneficiário a possibilidade de alegação de desconhecimento da ilegalidade e, ao mesmo tempo, recomendam-se a ele a adoção das devidas providências sanatórias, prevenindo-se eventual intento corrupto. Esse expediente age, ainda, na configuração do elemento subjetivo do agente e/ou beneficiário, viabilizando a caracterização do dolo, exigido em alguns casos, para a responsabilização civil, administrativa e penal.

Por isso tudo, o uso da recomendação deve ser comedido, sob pena de banalizar-se o poder extrajudicial de solução de ilicitudes do Ministério Público e reduzir sua eficácia.

No mesmo sentido, praticamente com os mesmos efeitos, porém acrescido de caráter cominatório/coercitivo e com natureza jurídica de submissão (dimensão material) e de título executivo extrajudicial (dimensão processual), segue o *compromisso de ajustamento de conduta*, previsto no artigo 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985. Por meio do TAC, o compromissário reconhece irregularidade de sua conduta e assume, por título executivo extrajudicial (art. 585, II, do Código de Processo Penal), as obrigações determinadas, sob penalidade cominatória-financeira e execução judicial, em caso de descumprimento. Assim como a recomendação, entre outras valências, serve de delineador do elemento subjetivo do agente, cuja produção probatória, em casos de ações civis públicas de improbidade administrativa, não é tarefa das mais fáceis, sobretudo pela forçosa exigência jurisprudencial para condenação.

Estadual. Tomando-se de exemplo o Ministério Público de Minas Gerais, as recomendações somente poderão ser expedidas nos autos de um Procedimento Preparatório ou de um Inquérito Civil, conforme o art. 22 da Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 3/2009.

No âmbito da atuação resolutiva do Ministério Público, constatada a perspectiva de prática de condutas corruptas na administração do patrimônio público, é que surge a dúvida: qual o melhor instrumento de atuação a ser utilizado? Não há regra de determinação da atuação funcional, sobretudo por conta do princípio institucional da independência funcional, expressa no art. 127, §1º, da CR/1988. Todavia, com bases firmes no princípio da eficiência, o que se propõe é traçar uma *linha de atuação funcional extrajudicial escalonada*: em primeiro lugar, utiliza-se a *Recomendação*, como meio pedagógico e persuasivo (ciência ilícitude e proposta de correção), que não depende da vontade do corrupto ou corruptor para ser exteriorizado; acaso ineficaz e ainda incabível o ajuizamento de Ação Civil Pública ou não constatada a improbidade, colhe-se o *Termo de Ajustamento de Conduta*, com o imanente reconhecimento da ilícitude e a eficiente estipulação de multa civil cominatória.

A *audiência pública* pode constar como passo inaugural da escala proposta, quando ainda incipiente a demanda, ausente um lastro mínimo de informações e presente a conveniência da promoção de uma dialética com a comunidade local que, muitas das vezes, frutifica em elementos homiziados, de má-fé, pela própria Administração Pública.

Para trazer uma abordagem prática da utilização das ferramentas de atuação ministerial extrajudicial, cita-se uma tormentosa questão afeta à curatela do patrimônio público: a delegação permissiva da prestação do serviço público de transporte individual – TÁXI.¹⁷

Em inúmeros municípios brasileiros existem delegações ilegais e personalizadas da prestação do serviço público de transporte individual – TÁXI. Não raras vezes, o Chefe do Poder Executivo Municipal, em patente desvio corrupto de poder e para atender prioritariamente a interesses privados, em troca de apoio político, procede à delegação da prestação desse serviço a determinados administrados, sem a necessária precedência de procedimento licitatório próprio, como determinam, expressamente, os arts. 37, XXI e 175, da Constituição da República e as Leis nº 12.587/2012, 8.987/1995 e 8.666/1993. Tal conduta ilícita traz a perspectiva de ato de corrupção e, por sua vez, de improbidade administrativa, ao menos, por violação aos princípios da administração pública, conforme art. 11 da Lei nº 8.429/1992 e, também, na espécie inserta no artigo 10, incisos VIII da mesma lei, podendo ocasionar danos ao erário.¹⁸

¹⁷ O serviço público de transporte individual de passageiros (TÁXI) foi recentemente disciplinado pela Lei nº 12.587/2012, que determinou, expressamente, a delegação aos particulares prestadores através de permissão (Lei nº 8.987/1995), que atrai a necessidade imperiosa de prévia licitação, conforme os arts. 37, XXI e 175, da CR/1988, e a Lei nº 8.666/1993.

¹⁸ Cite-se o caso prático do Inquérito Civil nº MPMG. 0435.13.000008-4, vivenciado na comarca de Morada Nova de Minas/MG, em que se seguiu a *escala de ação progressiva*, primando-se pela resolutividade, com ótimos resultados. Constatada a ilegalidade, em primeiro lugar, expediu-se uma *Recomendação*; posteriormente, tomou-se um TAC e, por fim, bem delineado o elemento subjetivo, ingressou-se em juízo com as ações civis públicas correspondentes (ACP de execução do TAC, ACP de execução da multa cominatória e ACP por Improbidade Administrativa).

Acaso ainda inexistentes as referidas delegações do serviço de táxi ou, se existentes, porém outorgadas sem a precedência de licitação, o órgão ministerial poderia lançar mão da *audiência pública*, como instrumento eficiente de colheita de informações relevantes, em geral sonegadas pelos corruptos e corruptores, para a regularização da querela, tais como: número potencial de usuários do serviço; melhores pontos de embarque e desembarque de passageiros; necessidade do serviço nas zonas urbana e rural; capacidade econômica dos usuários etc.

De posse desses dados, caberia expedir uma *Recomendação*, por meio da qual o Ministério Público traçaria os padrões de legalidade a serem observados em futuro certame licitatório, ou apontaria as ilegalidades e indicaria as soluções extrajurisdicionais para o caso. Uma vez atendida a recomendação, encerrar-se-ia o procedimento em que fora expedida, como resultado eficiente de prevenção contra a corrupção.

De outro giro, não acatada a recomendação, ocorrendo delegações ilegais ou persistindo as irregulares já existentes, surgiriam duas opções ao *Parquet*: ajuizar uma ação civil pública, com pedidos de cumprimento de obrigações de não fazer (impedir novas delegações) e de fazer (realização de licitação), ou tomar um compromisso de ajustamento de conduta, para viabilizar a solução extrajurisdicional.

A opção pela precedência da recomendação se justifica porque esse instrumento, ao contrário do TAC, não depende da manifestação de vontade do recomendado, servindo assim, entre outros efeitos indiretos já citados, de apontamento da ilegalidade, de sugestão de correção e de delineador do elemento subjetivo do corrupto ou corruptor.

De outro giro, a escolha pela judicialização ou não da demanda para cumprimento das obrigações legais indicadas na recomendação deve ser analisada à luz dos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da eficiência. Quanto à improbidade, na espécie de corrupção, uma vez constatada, cabe ao Ministério Público buscar a responsabilização do agente público e dos beneficiários, em juízo, pois os direitos lesados são indisponíveis, aos quais não se pode renunciar, sobretudo em se tratando de legitimidade processual extraordinária.

Em nome da eficiência, privilegia-se a solução extrajurisdicional da querela, especialmente nos casos de ilegalidade sem patente constatação de prejuízo ao erário. Nessas hipóteses, nas quais o serviço de transporte esteja, efetivamente, sendo prestado (ainda que de forma ilegal), a utilização do TAC pode ser bastante à regularização e mais eficiente do que um longo e debatido processo judicial, até mesmo para evitar a descontinuidade do serviço e o enriquecimento sem causa do município.

A atuação preventiva proposta ocasiona efeitos positivos e negativos, tais quais aqueles advindos da pena.¹⁹

¹⁹ A referência pertine à teoria relativa das penas, do Direito Penal, em que se define a prevenção geral e especial, negativa e positiva, como efeitos das penas.

Especialmente ao corrupto e aos beneficiários da corrupção, há o efeito negativo de pronta resposta à ilicitude detectada e, de outro viés, o efeito positivo, com o cunho pedagógico de redirecionar a conduta corrupta aos estritos ditames legais e à finalidade pública.

Genericamente, à coletividade gera-se o efeito negativo de inibição às propensas condutas corruptas, ao passo que se opera o efeito positivo de sensação de vigência e cogência das normas anticorrupção.

É justamente sob essas perspectivas de produção de efeitos, diretos e indiretos, que a atividade de prevenção contra a corrupção, levada a cabo, em especial, pelo Ministério Público, propicia a emancipação social.

O redirecionamento da administração pública à finalidade pública primária proporciona, de forma imediata, a correção das ilegalidades e, reflexamente, a correta aplicação dos recursos públicos em vias de serem desviados ou, indevidamente, (des)apropriados pelo agente corrupto ou por quem se beneficiaria de sua conduta ilícita.

4. Conclusão

A prática da corrupção, enquanto espécie de improbidade administrativa cujo alvo é o patrimônio público, representa verdadeira violação aos direitos fundamentais e serve de barreira ilícita ao desenvolvimento social, com expressivo custo social.

Por sua própria definição institucional e pelas funções institucionais que lhe foram conferidas, o Ministério Público assume papel de relevância no combate à corrupção que, conforme demonstrado, fundado no princípio da eficiência, deve ser executado, preferencialmente, de forma preventiva e extrajudicial, em uma *escala de atuação progressiva*.

Essa atuação escalonada gera efeitos mediatos e imediatos, que servem, ao final, como fatores de emancipação social, na medida em que inibem e impedem o desvio corrupto de recursos a fins privados, vertendo-os à concretização de todos os direitos fundamentais assegurados pela Carta Maior, tais como a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança²⁰.

Daí decorre a emancipação social, como verdadeira libertação pelo exercício dos mais mezinhos direitos fundamentais, aviltados e tolhidos pela nefasta conduta ímproba da corrupção.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales [Theorie der Grundrechte]*. Tradução de Ernesto Garzon Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

²⁰ Os direitos e garantias fundamentais estão previstos, em rol exemplificativo, no Capítulo I, Título II, da CR/1988.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores da ampliação de sua legitimação social*. In: CHAVES, Cristiano et al. (Coord.) *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores da ampliação de sua legitimação social*. In: CHAVES, Cristiano et al. (Coord.) *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Jurisdicional Cautelar e Atos de Improbidade Administrativa*. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (Org.) *Improbidade administrativa, questões polêmicas e atuais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DALLARI, Adílson de Abreu. *A Responsabilidade do Agente Político*. In: *Boletim de Direito Administrativo*, fevereiro de 2001.

FARIAS, Luciano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagi; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre improbidade administrativa*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Licitações e contratos e outras normas pertinentes*. 10ª ed. São Paulo: Fórum, 2009.

FERRAZ, Sérgio. *O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988*. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 188/1964.

GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. 6ª ed. ver. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GHIGNONE, Luciano Taques. In: FARIAS, Luciano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagi; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre improbidade administrativa*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

HORTA, Raul Machado. *Improbidade e corrupção*. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 236/121, 2004.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. *Improbidade administrativa*. In: *Revista dos Tribunais* nº 787/791, 2001.

LEITE DA SILVA, Bartolomeu. *Habermas e a Dialética do Esclarecimento*. *En Contribuciones a las Ciencias Sociales, diciembre 2011*. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/16/>>. Acesso em: 10 out. 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A lei de improbidade administrativa. *In: Justitia*, São Paulo nº 174/46, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa: Alguns Aspectos Controvertidos. *In: Revista de Direito Administrativo* nº 235/61, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. As Sanções da Lei 8.492/92 aos Atos de Improbidade Administrativa. *In: Revista dos Tribunais* nº 766/88.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e a efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



STF Subverteu a Constituição ao Julgar o Rito do Impeachment

Ives Gandra da Silva Martins*

Tenho particular admiração pelos 11 ministros da Suprema Corte. Todos eminentes juristas, com atuação doutrinária marcante no Direito brasileiro, independentemente da atuação como magistrados. Nem por isto, apesar de velho advogado provinciano e modesto professor universitário, concordo com muitas de suas decisões.

Um dos pontos de divergência diz respeito à decisão sobre o processo de *impeachment* da presidente Dilma que hierarquizou o Senado Federal, como casa julgadora da Câmara dos Deputados e não apenas da presidente da República.

Reza o *caput* do artigo 86 da Constituição que “Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade”.

Por tal dispositivo, admitida a abertura de processo de *impeachment* pela Câmara, cabe ao Senado apenas dar curso ao referido processo, em nenhum momento permitindo a lei maior que o Senado julgue a Câmara, para dizer se agiu ou não corretamente.

Vale a pena lembrar a origem do Senado. Foi ele criado, nos Estados Unidos, para assegurar a escravidão. Com efeito, de 1776 a 1787, discutiu-se se deveria ser a América do Norte uma confederação de 13 países ou uma Federação de 13 Estados.

As colônias do Sul, que viviam da agricultura e consideravam o trabalho escravo relevante, não queriam aceitar nem a Federação, nem uma única Casa Legislativa, pois, tendo os Estados do Sul menos população, seria fácil aos Estados do Norte abolirem, como muitos já desejavam, a escravidão de imediato.

A solução encontrada foi criar uma Casa Legislativa em que, não o povo, mas as entidades federativas fossem representadas em igualdade de condições. Com isto, surgiu o Senado e atrasou-se em aproximadamente 80 anos a abolição daquela chaga.

Ora, a autêntica Casa do Povo é a Câmara dos Deputados. Para o Senado o povo escolhe um ou dois nomes indicados sem opção pelos partidos, não tendo o pleito o amplo espectro que as eleições para Deputados ofertam para os eleitores.

* Advogado e professor emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra.

¹ Artigo originalmente publicado no jornal *Folha de S. Paulo* desta segunda-feira (15/2) com o título *O supremo constituinte*.

Por esta razão, inúmeras federações não têm Senado, como, por exemplo, a Alemanha, em que apenas o “Bundestag” é considerado Parlamento e não o “Bundesrat”.

Subordinar a Casa do Povo à Casa do Poder, tornando-a uma Casa Legislativa de menor importância, como o fez o STF, é subverter por inteiro o Estado democrático de Direito, onde a Câmara, que tem 100% da representação popular, resta sujeita ao Senado, em que os eleitores escolhem um ou dois nomes preestabelecidos e que, indiscutivelmente, traz a marca de origem de ter sido a instituição que garantiu a escravidão americana por 80 anos, antes da Guerra de Secessão.

Com todo o respeito que um idoso operador de Direito tem pelo talento, cultura e brilhantismo dos 11 ministros do STF, parece-me que subverteram o princípio constitucional, tornando-se poder constituinte originário sem que para isto tivesse o Supremo competência, visto que é apenas o guardião da Constituição (artigo 102).

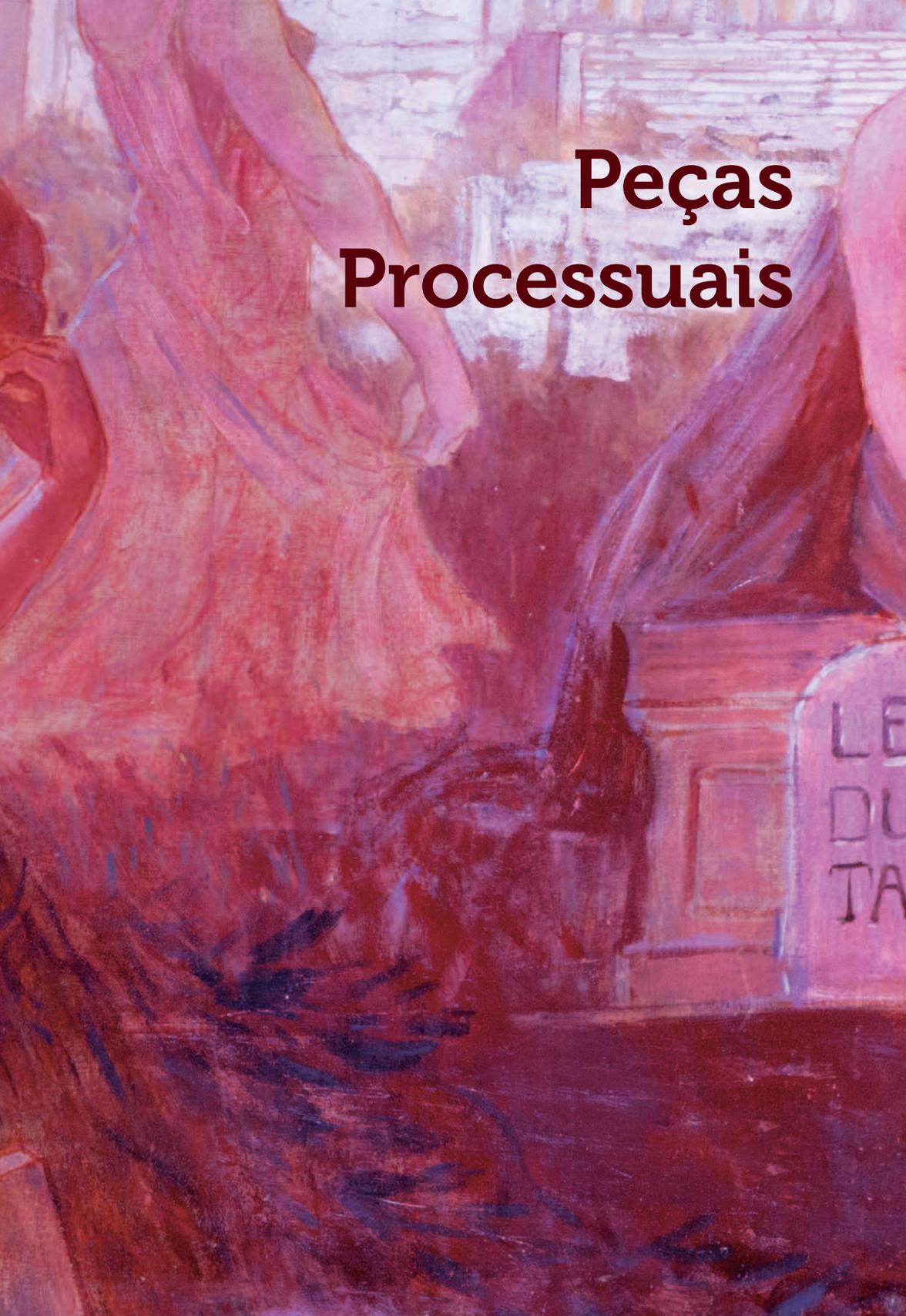
A meu ver, cabe ao Senado, uma vez admitido o processo de *impeachment*, apenas julgar o presidente e nunca julgar, inicialmente, a Casa do Povo e, se entender que a Câmara não errou, julgar, em segundo lugar, o presidente.

Nenhuma das instituições legislativas está sujeita ao julgamento de outra pela lei maior (artigos 44 a 58), razão pela qual entendo, *data maxima venia*, que os eminentes ministros do Pretório Excelso invadiram área interdita por ser da competência exclusiva do Congresso.

Revista Consultor Jurídico, 15 de fevereiro de 2016.



Detalhe da imagem da capa

A painting in a warm, reddish-brown color palette. On the left, a woman in a long, flowing red dress stands with her back to the viewer, looking towards the right. The background features a stone wall and a wooden door. In the foreground on the right, a gravestone is visible with the text 'LE DU TA' partially legible. The overall style is expressive and somewhat somber.

Peças Processuais

Pareceres



Parecer ministerial em processo judicial. Arguição de inconstitucionalidade. Lei nº 6.782, de 19 de agosto de 2010, do Município de Petrópolis. Permissão de instalação de templo religioso em área residencial.

Emerson Garcia*

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Arguição de Inconstitucionalidade nº 0012398-96.8.19.0042

Relator: Des. Sérgio de Souza Verani.

Arguente: Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça.

Interessado 1: Igreja Metodista Wesleyana.

Interessado 2: Ministério Público.

Arguição de inconstitucionalidade. Lei nº 6.782, de 19 de agosto de 2010, do Município de Petrópolis. Permissão de instalação de templo religioso, em área residencial, especificamente no terreno que indica.

Ao limitar a instalação de templo religioso ao local que indica, o qual já abriga instalação dessa natureza, explorada por denominação específica, a Lei Municipal estabeleceu, de modo correlato ao privilégio, evidente embaraço em relação às crenças professadas pelos demais proprietários, malferindo o art. 19, I, da Constituição da República.

Tratamento casuístico não lastreado em nenhuma razão ponderável. Afronta ao princípio da igualdade (CR/1988, art. 5º, *caput*) e, em sua vertente publicista, ao princípio da impessoalidade (CR/1988, art. 37, *caput*).

Parecer pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da lei impugnada.

* 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).

E. Órgão Especial,

I

1. Cuida-se de Arguição de Inconstitucionalidade suscitada pela Colenda Décima Quinta Câmara Cível, conforme acórdão de fls. 190-192, nos autos da Apelação Cível nº 0012398-96.2010.8.19.0042, em face da Lei nº 6.782, de 19 de agosto de 2010, que “[p]ermite a construção de templo religioso” no terreno que indica e estabelece a necessidade de serem observadas as regras de regência em atividades dessa natureza.

2. Considerando que a Lei nº 6.782/2010 consubstancia fator impeditivo à pretensão autoral, consubstanciando questão prejudicial à apreciação do mérito propriamente dito, a Colenda Décima Quinta Câmara Cível deliberou pela remessa dos autos ao Órgão Especial, prestigiando-se, assim, a reserva de plenário.

II

3. O objeto da ação principal está relacionado ao alegado descumprimento da Lei nº 5.393/1998, do Município de Petrópolis, que dispõe sobre o uso, parcelamento e ocupação do solo urbano. Essa Lei considera inadequada a atividade de “templo religioso” em setores residenciais. No mérito, o pedido era de que a primeira interessada, *Igreja Metodista Wesleyana*, cessasse a atividade que desenvolve na Rua Dr. João Glasl Veiga, no Bairro Floresta, Petrópolis. A ação principal foi distribuída em junho de 2010 e, apenas dois meses depois, foi editada a Lei nº 6.782, de 19 de agosto de 2010, que dispôs, em que seu art. 1º, o seguinte:

Fica permitida a construção de templo religioso no terreno formado pelo prazo de terras nº 4804-12 e 4804-11, localizado no Quarteirão Itamarati, com testada para Rua Dr. João Glass Veiga, com superfície total de 829,43 m².

4. Os demais preceitos da Lei nº 6.782/2010 dispõem sobre a necessidade de serem atendidas as restrições ambientais e de a atividade não produzir qualquer incômodo para a vizinhança.

5. O terreno contemplado na Lei nº 6.782/2010, como afirmado pelo Juízo de primeira instância (fls. 122-123), é justamente aquele ocupado pela primeira interessada, a *Igreja Metodista Wesleyana*.

6. Como se percebe, o Município de Petrópolis estabeleceu uma vedação geral, proibindo o desenvolvimento de atividades religiosas em área estritamente residencial e, por meio da Lei submetida à apreciação desse E. Órgão Especial, definiu uma exceção mais que casuística. Afinal, não se limitou a excluir da vedação

uma atividade específica. Avançou e excluiu um único terreno, de modo que todo e qualquer proprietário da área residencial, com exceção do titular do imóvel localizado “no Quarteirão Itamarati, com testada para Rua Dr. João Glass Veiga, com superfície total de 829,43 m²”, está impedido de desenvolver a liberdade de culto assegurada pelo inciso VI do art. 5º da Constituição de 1988.

7. A liberdade de crença e de culto é contextualizada no plano da fé, que pode ser livremente escolhida e professada, sem qualquer interferência do Estado ou de outros particulares. Como limite, tem-se a necessidade de resguardar a ordem pública e igual liberdade aos demais componentes do grupamento, que não podem ser compelidos a violentar a sua consciência e a professar fé alheia ou muito menos impedidos de professar a sua própria fé.

8. A preocupação com a preservação da ordem pública remonta à célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 10). A Declaração “*Dignitatis Humanae*”, do Concílio Vaticano II, dispôs que a liberdade religiosa é um direito civil de todos os seres humanos, o que lhes assegura “estarem imunes de coerção tanto por parte de pessoas particulares, como de grupos sociais e de qualquer autoridade humana” (nº 1); acrescentando-se que, “em matéria religiosa, nem se obriga alguém a obrar contra sua consciência, nem se impede que atue em conformidade com ela, em ambiente privado ou público, só ou associado com outros, dentro dos limites devidos” (nº 2).

9. A liberdade de crença pode ser concebida como a face intrínseca da liberdade religiosa, afeta à intimidade do ser humano, enquanto a liberdade de culto é a sua face extrínseca, momento em que ocorre a exteriorização da fé. Referindo-se à consciência individual, observava Barbalho¹ (1902: 305) que:

[...]eis que a restrinjam estão fóra da sua competencia e são sempre parciaes e damnosas. E' certo que nenhuma poderá jamais invadir o dominio do pensamento; esse livra-se acima de todos os obstaculos com que se pretenda tolhe-lo. Mas as religiões não são cousa meramente especulativa e, si seo assento e refugio é o recinto intimo da consciencia, têm também preceitos a cumprir, praticas externas a observar, não menos dignas de respeito que a crença de que são resultado, ou a que andam annexos.

10. O que se verifica, na hipótese vertente, é que apesar de a Lei nº 6.782/2010, na superficialidade, apontar para o respeito à liberdade de culto, em sua essência, ela caminha em norte contrário. E a razão dessa conclusão é muito simples: ao excluir da vedação geral o direito de um único proprietário, ela nega, a *contrario sensu*, o exercício de igual direito por todos os demais. E, o pior: como o imóvel referido pela

¹ *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*, Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Litho-Typographia, 1902, p. 305.

Lei nº 6.782/2010 já abriga o templo de uma crença específica, soa evidente que o Município de Petrópolis está embaraçando os demais cultos religiosos, infringindo, portanto, o inciso I do art. 19 da Constituição da República.

11. Ainda merece referência que todo e qualquer padrão normativo editado pelo Estado há de conceber os seus destinatários como uma unidade, sem exclusões ou extensões arbitrárias. Afinal, por imperativo constitucional, todo o poder emana do povo. Nessa linha, qualquer tratamento diferenciado deve estar lastreado em uma justificativa razoável, isso sob pena de afronta ao princípio da igualdade (CR/1988, art. 5º, *caput*) e, em sua variante especificamente publicista, ao princípio da impessoalidade.

12. Na hipótese vertente não há como se defender a possibilidade de, em toda uma região residencial, somente um imóvel estar autorizado a receber um templo religioso. Ao optar pelo tratamento casuístico ao invés de uma disciplina geral, aplicável a todos os proprietários e denominações religiosas, a Lei impugnada estabeleceu privilégio incompatível com um ambiente republicano.

III

13. O parecer é no sentido de que seja reconhecida a inconstitucionalidade da Lei nº 6.782, de 19 de agosto de 2010, do Município de Petrópolis.

Rio de Janeiro, 3 de maio de 2012.

EMERSON GARCIA

Promotor de Justiça
Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça
de Atribuição Originária Institucional e Judicial

Aprovo.

ANTONIO JOSÉ CAMPOS MOREIRA

Subprocurador-Geral de Justiça
de Atribuição Originária Institucional e Judicial

Parecer. Estímulos fiscais para o desenvolvimento econômico em projetos com impactos favoráveis à preservação e recuperação ambiental.

Ives Gandra da Silva Martins*

ESTÍMULOS FISCAIS PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO EM PROJETOS COM IMPACTOS FAVORÁVEIS À PRESERVAÇÃO E RECUPERAÇÃO AMBIENTAL

CONSULTA

Formula-me a ABRALATAS – Associação Brasileira dos Fabricantes de Latas de Alta Reciclabilidade, por intermédio de seu presidente-executivo, Dr. Renault de Freitas Castro, a seguinte consulta:

O meio ambiente tornou-se, no mundo atual, o mais relevante desafio para manter a sustentabilidade do planeta, muito embora poucos tenham sido os avanços em sua preservação, nos diversos encontros plurinacionais para cuidar-se da temática.

O Brasil, nada obstante as dificuldades em preservá-lo e a anual redução de sua flora e fauna, ainda constitui uma das grandes reservas de biodiversidade da terra, havendo intensa preocupação das autoridades em defender este patrimônio nacional.

Tendo, pois, *como premissa o reconhecimento de que é urgente e imprescindível a adoção de providências que contribuam para que o desenvolvimento econômico do país passe a se dar de maneira ambientalmente sustentável:*

- Considerando as principais características do atual Sistema Tributário brasileiro nas esferas federal, estaduais e municipais, que implicações práticas teria a introdução de elementos

* Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região, Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO-SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS.

que refletissem, no citado Sistema, o princípio constitucional constante do art. 170, inciso VI da Constituição Federal?

- À luz do presente arcabouço normativo tributário, que providências ou alterações legislativas seriam necessárias ou recomendáveis para que a observância do art. 170, inciso VI, da CF, seja eficaz no que refere aos resultados ambientais visados?

O Brasil, nada obstante as dificuldades em preservá-lo e a anual redução de sua flora e fauna, ainda constitui uma das grandes reservas de biodiversidade da Terra, havendo intensa preocupação das autoridades em defender este patrimônio nacional.

RESPOSTA

Desde a promulgação da Lei Suprema, tenho me debruçado sobre as questões do meio ambiente, responsável, inclusive, que fui, nos comentários à Lei Suprema elaborados com Celso Bastos, entre 1988/1998, em 15 volumes e mais de 12 mil páginas, pela análise do artigo 225 da CF¹.

Neste sentido, apresentei reflexões variadas sobre temas relacionados ao meio ambiente, à luz do arcabouço legal do país, a saber:

- COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO, ESTADOS, MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL PARA REGISTRAR, ACOMPANHAR E FISCALIZAR PESQUISA E EXPLORAÇÃO DE RECURSOS HÍDRICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ESTADO DO PARÁ Nº 8091/2014, QUE INSTITUIU TAXA PARA TAL FINALIDADE;²
- MANIPULAÇÃO DE PATRIMÔNIO GENÉTICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA MP 2186-16/2001;³
- TAXA DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL – TCFA – CONSTITUCIONALIDADE DE SUA INSTITUIÇÃO;⁴
- EXTRAÇÃO DE MINÉRIOS – DESTINAÇÃO DA PARTILHA DO ICMS PARA O MUNICÍPIO EM QUE A EXTRAÇÃO OCORRE – É DO PECULIAR INTERESSE DO MUNICÍPIO A PRESERVAÇÃO DO BEM ESTAR DE SEUS CIDADÃOS E DO MEIO AMBIENTE DO BURGO, PODENDO DISCIPLINAR O USO DO SOLO E IMPOR

¹ *Comentários à Constituição do Brasil*, volume 8, Editora Saraiva, São Paulo, 1998, p. 960/1007.

² *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 238/2015, p. 148/169.

³ *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, nº 672, p. 23/38, 03/2011.

⁴ *Revista Forense*, vol. 157.

SANÇÕES REGULATÓRIAS;⁵

- RESERVA LEGAL AMAZÔNICA⁶.

Por outro lado, o constituinte, na sua intensa preocupação em preservar o meio ambiente, além do artigo 170, inciso VI, tratou do assunto em diversos outros dispositivos, como:

MEIO AMBIENTE

- caça; competência legislativa concorrente: art. 24, VI
- dano; competência legislativa: art. 24, VIII – defesa: art. 170, VI
- defesa e preservação; dever da coletividade e do Poder Público: art. 225, *caput*
- deveres do Poder Público: art. 225, § 10
- equilíbrio ecológico; direito de todos: art. 225, *caput*
- fauna; competência legislativa concorrente: art. 24, VI
- fauna; preservação pela União: art. 23, VII – flora; preservação pela União: art. 23, VII – floresta; competência legislativa concorrente: art. 24, VI
- floresta; preservação pela União: art. 23, VII - Floresta Amazônica: art. 225, § 4º
- Mata Atlântica: art. 225, § 4º
- natureza; competência legislativa concorrente: art. 24, VI
- Pantanal Mato-Grossense: art. 225, § 4º
- pesca; competência legislativa concorrente: art. 24, VI
- propaganda comercial nociva; vedação: art. 220, § 3º, II
- proteção: art. 23, VI
- proteção; competência legislativa concorrente: art. 24, VI
- qualidade de vida; melhoria: art. 225, *caput* - recursos minerais: art. 225, § 2º
- recursos naturais; competência legislativa concorrente: art. 24, VI
- reparação do dano: art. 225, § 3º
- sanções penais e administrativas: art. 225, § 3º
- Serra do Mar: art. 225, § 4º

⁵ Ainda no prelo.

⁶ Boletim de Direito Administrativo NDJ, jun./2004. p. 601-609.

- solo; competência legislativa concorrente: art. 24, VI
- terras devolutas: art. 225, § 5º
- usinas nucleares; localização: art. 225, § 6º
- zona costeira: art. 225, § 4º⁷.

Em meu livro, que se encontra no prelo, “O Estado à luz da História, Filosofia e Direito”.⁸ dedico todo um capítulo à preservação do meio ambiente, pois a sobrevivência de sete bilhões de seres humanos, no planeta, está condicionada tanto à sua preservação, quanto à sua recuperação.

Thomas Friedman, três vezes Prêmio Pulitzer, nos Estados Unidos, e autor do famoso livro, publicado em 2003, “O mundo é plano”, alguns anos depois escreveu outra obra dedicada ao meio ambiente intitulada “Quente, lotado e plano”, em que, percorrendo diversos continentes, constatou o grau de deterioração ambiental no globo. Entrevistou – foi financiado por seu jornal “The New York Times” – inúmeras autoridades e dirigentes de instituições dedicadas a preservar o meio ambiente, que há anos lutam para recuperar o planeta,⁹ permitindo, pois, uma visão abrangente dos problemas e esforços para assegurar a estabilidade ambiental no mundo em que vivemos.

Mostrou que, por falta de incentivos, na última década, empresa americana especializada em energia eólica abandonou os EUA e decidiu transferir-se para a Alemanha, onde, apoiada por estímulos governamentais, transformou a paisagem do país, instalando rede de transmissão que acompanha muitas das linhas ferroviárias, tornando-se um extraordinário sucesso, inclusive financeiro, com considerável benefício para a população.

No livro, lembra que, se os sete bilhões de seres humanos tivessem o padrão médio de vida do povo americano, não haveria alimento, energia e condições de o globo suportar tal qualidade de bem estar.

Não sem razão, o constituinte de 1988 teve a preocupação de, em não poucos dispositivos, cuidar do meio ambiente, sobre colocar, no Título VIII, dedicado à ordem social (Seguridade, Educação, Tecnologia, Comunicação Social, Família e Índios), um capítulo exclusivo para o meio ambiente.¹⁰

⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, 20ª edição, Thomson Reuters/ *Revista dos Tribunais*, 2014, p. 253.

⁸ Editora Noeses.

⁹ Ed. Objetiva, 2006.

¹⁰ Escrevemos Rogério Vidal Gandra da Silva Martins, Soraya David Monteiro Locatelli e eu que:

“A primeira Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente Humano, realizada em 1972, na cidade de Estocolmo, introduziu no universo jurídico mundial pontos e conceitos nunca antes normatizados acerca da preservação e melhoria do meio ambiente. A partir de então, trocou-se o conceito de desenvolvimento pelo de ecodesenvolvimento, em que o objetivo maior é o desenvolvimento da sociedade em harmonia com o meio ambiente.

Segundo Maria Cristina Vidotte Bianco Tarrega e Héctor Leandro Arroyo Pérez, ‘a incorporação das exigências do direito ao desenvolvimento pelo direito ambiental teve como marco inicial a Conferência

No título sete, entretanto, define, como princípio fundamental da ordem econômica, dar tratamento adequado ao meio ambiente, ao dispor, no artigo 170, inciso VI, o seguinte:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Dedicar-me-ei, neste parecer, a explorar, principalmente no campo tributário, as potencialidades abertas pelo constituinte ao colocar, após os princípios alicerçantes (livre iniciativa e valorização do trabalho humano) entre os nove princípios fundamentais da ordem econômica, aquele acima referido.

Fala o constituinte em *tratamento diferenciado para a defesa do meio ambiente*, acrescentando, a partir do *impacto ambiental de produtos e serviços*, conforme seu *processo de elaboração e prestação* venha a provocar.¹¹

das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, reunida em Estocolmo em 1972. Neste contexto foi proposto um novo modelo de desenvolvimento denominado ‘ecodesenvolvimento’, presente na Declaração de Estocolmo nos seus princípios 1º, 2º, 5º, 8º e 13º.’

Diante da evidência de que a natureza e o meio ambiente não são objetos de exploração ilimitada pelo homem, o conceito de ‘crescimento econômico’ foi rapidamente substituído pelo de ‘desenvolvimento econômico sustentável’ ou simplesmente ‘desenvolvimento sustentável’.

Abandonou-se o critério puramente quantitativo para se inserir o critério qualitativo, o que vale dizer que, não basta apenas se ter um processo produtivo economicamente viável, é preciso que este esteja em consonância com a natureza e observe os limites de exploração da mesma.

O Relatório Brundtland, também intitulado de Nosso Futuro Comum, elaborado em 1987 pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento criada pelas Nações Unidas, definiu ‘desenvolvimento sustentável’, como sendo ‘o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades’. (*Direito Tributário e Econômico aplicado ao meio ambiente e à mineração*, Ed. Quartier Latin, 2009, São Paulo, p. 311-313).

¹¹ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco lembram, ao analisar os princípios constitucionais do meio ambiente que:

“No que se refere aos princípios fundamentais do direito ambiental, apesar de pequenas alterações de nomenclatura, a maioria dos autores converge na indicação dos seguintes: princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, princípio da natureza pública da proteção ambiental, princípio do controle do poluidor pelo Poder Público, princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento; princípio da participação comunitária, princípio do poluidor-pagador, princípio da prevenção, princípio da função socioambiental da propriedade, princípio do direito ao desenvolvimento sustentável e princípio da cooperação entre os povos.

Essa longa enumeração, por outro lado, em que pese vir a engrossar a onda de nominalismo e de principiologismo, que tomou conta da teoria jurídica contemporânea, serve para evidenciar que, felizmente, o problema ecológico tomou-se questão de consciência para a maioria dos habitantes do planeta Terra, muitos dos quais se converteram em apóstolos da causa ambientalista, tanto mais necessários quanto sabemos que ainda são muitos os que, por dolo ou culpa, agridem a Natureza sem

O dispositivo sinaliza algumas diretrizes para definir o nível de distinção das políticas governamentais, objetivando a preservação e recuperação do meio ambiente, ou seja:

a) um tratamento punitivo a práticas prejudiciais e um tratamento estimulador para que tais atividades mantenham a ordem econômica e o meio ambiente, de forma sustentável.

É de se lembrar que, pelo artigo 174 da CF, no que concerne ao planejamento econômico do segmento privado, o Estado pode apenas atuar indicativamente e não impositivamente como o faz para as empresas estatais.¹²

Por outro lado, o artigo 225, *caput*, embora coloque a sociedade como corresponsável pela preservação do meio ambiente, do Estado, em primeiro lugar, exige tal atuação, não podendo este impor, para a preservação global, prejuízos à sociedade, sem recomposição patrimonial, ao definir determinadas políticas, como já decidiu a Suprema Corte ou já se posicionaram eminentes ministros.

Está o artigo 225 assim redigido:

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.

§ 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

se darem conta das consequências dessa insensatez" (*Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva/IDP Inst. Brasiliense de Direito Público, 2007, p. 1305).

¹² O dispositivo tem a seguinte dicção:

"Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

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 à 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 Pantanal 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 que não poderão ser instaladas”.¹³

¹³ Escrevi, ao comentar o artigo 225 que:

“O artigo 225 é uma carta de princípios para a proteção do meio ambiente. Inicia o constituinte seu discurso afirmando que todos, no Brasil, têm direito ao ‘meio ambiente ecologicamente equilibrado’, isto é, não destruído, nem aviltado por interesses de qualquer natureza, inclusive econômicos, visto que se trata de um patrimônio nacional, coletivo e individual dos que aqui vivem.

O discurso continua afirmando que o meio ambiente equilibrado é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

A primeira parte, portanto, torna o meio ambiente propriedade coletiva de toda a sociedade, visto que, na segunda parte, o constituinte reconhece ser tal propriedade coletiva essencial à sadia qualidade de vida. Essa postura do legislador supremo torna as ‘deseconomias externas’ (utilização do bem da coletividade a custo zero, como as águas dos rios para a indústria de celulose; os peixes, para a indústria de produtos alimentícios) sujeitas a regras especiais e até a tributo compensatório pelos danos ao meio ambiente, cuja instituição é permitida pelo artigo 149 (contribuições especiais para intervenção no domínio econômico)” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 8º volume, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Ed. Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 2000, p. 960/1).

O tratamento diferenciado, portanto, poderá ser estimulador ou punitivo, conforme o tipo de atividade que impacte o meio ambiente.

Na década de 1970, época dos grandes projetos governamentais de estímulo para o desenvolvimento, no que concerne ao reflorestamento, houve densa legislação incentivadora, do ponto de vista tributário, para que se recuperassem as florestas, admitindo que pudessem ser exploradas economicamente, dentro de determinadas regras, algumas plantações, inclusive, com primeiras colheitas para mais de meio século após o início do projeto (nozes-pecã, por exemplo).¹⁴

Toda uma política ambiental pode ser realizada a partir deste sexto princípio fundamental da ordem econômica alicerçado em dois princípios basilares (livre iniciativa e valorização do trabalho humano).

Por outro lado, em nível punitivo, podem determinadas explorações ser apenas com uma tributação mais severa, que Fábio Fanucchi definiu como “tributária penal”, ou seja, disciplinando comportamentos admitidos, mas que seriam politicamente “inconvenientes” (a indústria do fumo é um exemplo).

A tese da tributação penal levantada por Fábio Fanucchi a partir da imposição maior, como se dá nos casos de distribuição disfarçada de lucros, foi por mim encampada, à época, no livro “Teoria da imposição tributária”, mostrando que certas condutas que o Estado deseja coibir podem ser desestimuladas através de tributação exacerbada, lembrando, inclusive, solução adotada na França, na década de 1970, para filmes pornográficos, não censurados, mas tampouco incentivados, e sim apenas por tributação mais onerosa.¹⁵

¹⁴ Patrícia Machado Iserhardt lembra que:

“O grande problema enfrentado atualmente está na falta de conscientização em relação à preservação do meio ambiente, assim, a temática abordada objetiva o incentivo à preservação, com o consequente benefício financeiro para o contribuinte. Se os custos da degradação ambiental não refletirem nos preços, as decisões econômicas nunca serão ecologicamente corretas; com os tributos ecologicamente corretos, pode-se trazer para o custo de cada bem o custo que representa ambientalmente.

A tributação ecológica trabalha no âmbito da questão, o agente não apenas cumpre a Lei, mas passa a ser também agente da proteção ambiental, assim, se verifica a diferença, onde se tem uma mudança do comportamento do agente econômico.

O objetivo desta pesquisa é demonstrar que a utilização do Sistema Tributário Nacional como forma de efetivar os valores ambientais é altamente positiva para o meio ambiente, tendo em vista as infinitas possibilidades de adaptação dos tributos” (estudo “O incentivo fiscal empresarial como forma de proteção ao meio ambiente, *Revista Eletrônica do Curso de Direito*, v. 7, nº 2, 2012).

¹⁵ Escrevi sobre a teoria de Fábio Fannuchi que:

“Sob este prisma, o direito de impor, pela teoria do absolutismo da imposição, não está sujeito à escolha de uma das duas espécies, mas poderá facultar ao poder impositivo a possibilidade de eleger tanto a forma de tributo quanto a da penalidade para provocar a incidência. E poderá albergar a mera imposição, pela técnica do tributo, para acobertar as três exteriorizações possíveis de ilicitude.

Fábio Fanucchi denominou esta solução de ‘tributação penal’, tendo sido atacado por parte da doutrina, que, não obstante perceber o fenômeno, preferiu ficar na superfície do exame formal da realidade em vez de aprofundar até o âmago na fenomenologia indicada pelo saudoso mestre.

Na escolha – de exclusiva faculdade do poder impositivo – mesmo que sua veiculação se faça por qualquer dos três poderes que o compõem, já que todos serão beneficiários da receita oriunda do direito de impor, Fábio Fanucchi percebeu que não só se fixa tal escolha à revelia de uma participação mais direta do sujeito passivo não componente do poder impositivo, como a eleição da forma imposta é de única determinação do sujeito ativo, da maneira que julgar de melhor alvitre.

Sob esta perspectiva, sempre que uma das três formas de ilicitude tenha seus fatos incididos não sob a

O certo é que todos os governos procuram soluções estimuladoras e desestimuladoras de condutas e comportamentos, através de incidências mais ou menos intensas, ou mesmo de cobrança de preços públicos mais ou menos elevados, como ocorre, no Estado de São Paulo, no concernente ao custo da água fornecida pelo Estado, com redução de seu valor, se o consumo baixar, em momento de crise hídrica.¹⁶

O vocábulo, portanto, “diferenciado” há de se entender como sinalizando o duplo comportamento de apenar a conduta indesejável e estimular a conduta desejável, mas, à evidência, interferir, como planejamento econômico, no próprio evoluir do desenvolvimento.

É de se lembrar que tanto a indústria cigarreira quanto a petrolífera são condenáveis, a primeira em relação à saúde e a segunda quanto ao meio ambiente, muito embora esta seja alavancadora do desenvolvimento mundial.

A falta de estímulos, entretanto, a soluções energéticas alternativas em face dos altos interesses envolvidos na exploração do petróleo e seus derivados, tem, como mostra Thomas Friedman, no já citado livro, “inibido” uma busca mais acelerada de novos caminhos para a produção de energia.

A preocupação brasileira, todavia, em colocar, no sexto princípio fundamental da ordem econômica, tal exploração, sobre permitir competência legislativa comum e concorrente na proteção do meio ambiente, tem sinalizado que os legisladores supremo, complementar e ordinário buscam caminhos para que se possa preservar e recompor o meio ambiente.¹⁷

rotulação de multa ou penalidade, mas de tributo, aquela imposição fiscal será tributo e não penalidade, mas com características de tributação penal.

O que, talvez, faltou completar ao saudoso mestre foi a análise, a partir da teoria do absolutismo da imposição, de que a eleição da forma (tributo ou penalidade), como meras técnicas de imposição, não seria capaz de alterar a realidade estrutural do que seja tributo ou penalidade, como espécies autônomas de um tipo-base maior, que é a obrigação tributária.

Tivesse o falecido mestre partido da análise superior da entidade central do direito de impor e, talvez, se apercesse do que seria técnica formal de imposição e do que representaria os contornos estruturais das duas espécies. E teria compreendido que a teoria do absolutismo da imposição permite a hospedagem de um campo muito mais amplo de soluções tributárias, pelo estudo de seus mecanismos, compondo a abrangência maior equacionamento mais natural do referido direito, por poder aproximar-se das regras naturais do direito tributário e de todos os demais ramos do direito” (*Teoria da imposição tributária*, Ed. Saraiva, 1983, São Paulo, p. 264/5).

¹⁶ Kelly Farias de Moraes esclarece:

“Tradicionalmente, o tributo tem característica neutra desempenhando um papel de financiador da atividade estatal, promovendo a captação de recursos para a manutenção dos recursos necessários ao cumprimento das funções do Estado, tendo como objetivo principal abastecer os cofres públicos, no entanto este não é o único objetivo há também a atuação interventiva do Estado visando o seu próprio desenvolvimento.

Tal intervenção, seja por meio de medidas repressivas ou preventivas, ou seja, “[...]através de uma carga tributária elevada ou de incentivos fiscais, pode vir a ser marca determinante na caracterização do Estado como poluidor ou como auto-sustentável.” (TRENNEPOHL, 2008, p. 99)” (estudo “Direito tributário e meio ambiente: importância dos incentivos fiscais na preservação do meio ambiente”, a que tive acesso).

¹⁷ Cristiane Vieira Jaccoud explicita:

“A tributação ambientalmente orientada, pode ser conceituada como ‘o emprego de instrumentos tributários para gerar recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental, bem como para orientar o comportamento do contribuinte à proteção do meio ambiente’. Para tal, lança-me mão da ‘finalidade extrafiscal dos tributos’, ou seja, aquela orientada para fins outros que não seja a captação de dinheiro para o Erário (finalidade arrecadatória), não se tratando unicamente da instituição de novos

A preservação dar-se-á, portanto, mais por políticas punitivas de comportamentos indevidos, e a de recomposição ambiental, por políticas estimuladoras de inversões com resultados econômicos (reflorestamento nas décadas de 1970 a 1990 foi assim obtido).

Não sem razão, o artigo 226, *caput*, coloca o Estado em primeiro lugar e a sociedade, por decorrência, como responsáveis pela conservação de seu maior bem de sobrevivência, que é o meio ambiente:

Ora, o melhor mecanismo para uma política de estímulos é acionar o sistema tributário vigente, todo ele plasmado na Constituição Federal, entre os arts. 145 e 156 e no art. 195.

O interessante é que não se fala em estímulos fiscais, expressamente, senão no § 3º, do art. 156, que os admite, ou no inciso XII, letra "g", do § 2º, do artigo 155, assim redigidos:

§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do *caput* deste artigo, cabe à lei complementar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

III – regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993);

Art. 155

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

XII – cabe à lei complementar:

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Há, todavia, referências indiretas, em diversas outras disposições, como, por exemplo, no inciso V, do § 2º, do art. 155, no estabelecimento pelo Senado Federal das alíquotas mínimas nas operações internas do ICMS; no art. 151, inciso I, ao admitir estímulos para evitar desigualdades regionais; na adoção do princípio da progressividade para o I. Renda, artigo 153, § 2º, inciso I, ou da seletividade para o IPI, art. 153, § 3º, inciso I¹⁸, e ICMS, art. 155, § 2º, inc. III.

tributos, mas, principalmente, da possibilidade de utilizar os tributos já existentes através de uma 'aplicação especial', visando à defesa do meio ambiente, ou sendo, de alguma forma, ambientalmente seletivos. Nesse sentido, as técnicas utilizadas poderiam ser diversas, como progressividade e diferenciação de alíquotas, adoção de variáveis ambientais no critério de distribuição/repartição entre os entes federativos bem como a concessão de incentivos fiscais, isenções, deduções, entre outros" (*Tributação ambientalmente orientada: instrumento de proteção ao meio ambiente*, estudo a que tive acesso).

¹⁸ Estão os referidos dispositivos assim redigidos:

O certo é que a extrafiscalidade sempre foi uma técnica adotada para tornar o direito tributário instrumento de justiça social e desenvolvimento econômico para o bem de todas as nações.¹⁹

“Art. 155

§ 2º

V – é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

Art. 151. É vedado à União:

I – instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócioeconômico entre as diferentes regiões do País;

Art. 153

§ 2º O imposto previsto no inciso III:

I – será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

Art. 153

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

I – será seletivo, em função da essencialidade do produto;

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

III – poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;”.

¹⁹ Gustavo Miguez de Mello formula quadro em que tais objetivos são acentuados:

As finalidades da cobrança de tributos

Especificação das Finalidades	Autores e Comissões
JUSTIÇA FISCAL	Ruy Barbosa, Constituição Federal do Brasil de 1946 (x), Royal Commission on Taxation (Canadá), Joseph Pechman, Fuentes Quintana, J. M. Sidou.
ALOCÇÃO DE RECURSOS	Joseph Pechman, John Due, Richard e Peggy Musgrave, Manuel Lagares Calvo, Carl Shoup, Fuentes Quintana, Walter Heller, Victor Urquidi.
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO	Royal Commission on Taxation, Joseph Pechman, John Due, Richard e Peggy Musgrave, Manuel Lagares Calvo, Carl Shoup, Walter Heller.
(estabilização interna I) PLENO EMPREGO	Royal Commission on Taxation, Joseph Pechman, John Due, Richard Musgrave, Manuel Lagares Calvo, Carl Shoup, Fuentes Quintana, Walter Heller, Victor Urquidi.
(estabilização interna II) COMBATE/INFLAÇÃO	Royal Commission on Taxation, Joseph Pechman, Richard e Peggy Musgrave, Manuel Lagares Calvo, Carl Shoup, Fuentes Quintana, Walter Heller, Victor Urquidi
(estabilização externa) EQUILÍBRIO BALANÇO DE PAGAMENTOS INTERNACIONAIS	Royal Commission on Taxation, Joseph Pechman, Richard e Peggy Musgrave, Manuel Lagares Calvo, Carl Shoup, Fuentes Quintana, Walter Heller, Victor Urquidi.
FINALIDADE SOCIAL	John Due, Richard e Peggy Musgrave, Manuel Lagares Calvo, Carl Shoup, J.M. Sidou, Richard Musgrave e Malcom Gillis, Walter Heller.

Tendo sido convidado pelos constituintes para expor minha visão sobre o sistema tributário ideal, em 1987, apresentei algumas sugestões, durante quase todo um dia perante a Subcomissão de Tributos presidida por Francisco Dornelles, com a presença de José Serra e Roberto Campos, entre outros constituintes.²⁰

Algumas delas foram acolhidas, principalmente a divisão quinquipartida dos tributos, a tríplice função da lei complementar e, já quando aprovado o texto pela Subcomissão, a introdução do advérbio “especialmente” para as matérias sujeitas à lei complementar, no campo das normas gerais, o que implicou a recepção de todo o Código Tributário Nacional, ainda o melhor documento legislativo nesta matéria produzido no Brasil.

COORDENAÇÃO FISCAL INTER-GOVERNAMENTAL	Carl Shoup
FINALIDADE POLÍTICA	Royal Commission on Taxation, J.M Sidou, Walter Heller.
FINALIDADE JURÍDICA	Royal Commission on Taxation
FINALIDADE ADMINISTRATIVA	Richard Musgrave e Malcom Gillis, Royal Commission on Taxation

OBSERVAÇÕES (x) referência feita à adoção expressa. Aplicação da Constituição de 1946 de maneira alguma atenda à finalidade referente à justiça fiscal.

(*Temas para uma nova estrutura tributária no Brasil*, 1º Congresso Brasileiro de Direito Financeiro, 27 a 31 de agosto de 1979, Ed. Mapa Fiscal, p. 20).

²⁰ Assim se referiram os parlamentares da Subcomissão à colaboração dos juristas que a assessoraram no primeiro anteprojeto: “Atendendo à sugestão do Constituinte Mussa Demis, vou apenas registrar notável esforço que esta Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas realizou, ao longo das últimas 3 semanas, no sentido de ouvir e receber subsídios e sugestões de todos os segmentos da sociedade brasileira interessada em um novo desenho do Capítulo sobre o Sistema Tributário Nacional.

Cumprindo prazo regimental, apresentamos proposta de anteprojeto ao texto da futura Carta Constitucional que, não tendo a pretensão de ser algo perfeito e acabado, deverá sofrer aprimoramentos através das emendas que os membros desta Subcomissão certamente haverão de apresentar.

Necessário se faz assinalar a valiosa contribuição oferecida a esta Subcomissão pelas autoridades e entidades aqui recebidas em audiência pública: os Professores e Técnicos Fernando Rezende, Alcides Jorge Costa, Geraldo Ataliba, Carlos Alberto Longo, Pedro Jorge Viana, Hugo Machado, Orlando Caliman, Ives Gandra da Silva Martins, Edvaldo Brito, Souto Maior Borges, Romero Patury Accioly, Nelson Madalena, Luis Alberto Brasil de Souza, Osiris de Azevedo Lopes Filho; o Secretário da Receita Federal, Dr. Guilherme Quintanilha; os Secretários da Fazenda dos Estados, que antes de aqui comparecerem promoveram, sob os estímulos desta Subcomissão, os encontros de Manaus e Porto Alegre; os Secretários de Finanças das Capitais, o DIEESE, a Organização das Cooperativas Brasileiras, o Instituto Brasileiro de Mineração; a Organização Nacional das Entidades de Deficientes Físicos; as associações dos funcionários fazendários, a Unafisco e a Fafite, as entidades representativas do municipalismo brasileiro – a Frente Municipalista, a Associação Brasileira dos Municípios, a Confederação Nacional dos Municípios e o Ibam. Tenham todos a certeza de que a discussão aqui ocorrida em torno das propostas e sugestões apresentadas será decisiva para o posicionamento dos membros desta Subcomissão em relação à definição do Capítulo Tributário, que desperta enorme interesse na sociedade brasileira.

O resumo das palestras consta do presente relatório, sob a forma de anexo. Os debates foram conduzidos participativamente, dando-se a todos os membros da Subcomissão condições de expor livremente suas ideias, o que contribuiu para o bom andamento dos trabalhos apresentados, bem como divulgar aos demais membros da Subcomissão a síntese das sugestões de Constituintes e de não constituintes encaminhadas à presidência e ao Relator. Realizou-se reunião plenária em que foi debatida uma pauta contendo os assuntos em torno dos quais gravita maior número de propostas apresentadas. Os membros desta Subcomissão presentes à referida reunião externaram suas opiniões sobre tais assuntos e outras questões relevantes para a elaboração do anteprojeto. A Subcomissão recebeu 818 sugestões de Srs. constituintes e 40 sugestões de entidades e outros interessados, num total de 858, as quais, depois de detidamente analisadas, passarão a integrar o presente relatório acompanhadas dos respectivos pareceres” (grifos meus) (*Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 19 jun. 1987, p. 139).

É que o artigo 146, inciso III, tinha como redação o seguinte:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, sobre:

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
- c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas,

com o que só aquelas matérias mencionadas (*numerus clausus*) seriam objeto da lei complementar. Com isto parte considerável do CTN perderia a condição de lei complementar. Quando sugeri, em longo telefonema a Dornelles, a introdução do advérbio “especialmente”, passou o texto a ter a seguinte redação:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
- c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. (grifos meus),

De taxativa, a referência passou a ser apenas exemplificativa, salvando-se por inteiro o CTN, que foi então recepcionado pela nova Lei Maior.²¹

²¹ Escrevi sobre o que representa a Lei Complementar no Sistema tributário o seguinte:

“Em direito tributário, como, de resto, na grande maioria das hipóteses em que a lei complementar é exigida pela Constituição, tal veículo legislativo é explicitador da Carta Magna. Não inova, porque senão seria inconstitucional, mas complementa, esclarecendo, tornando clara a intenção do constituinte, assim como o produto de seu trabalho, que é o princípio plasmado no Texto Supremo. É, portanto, a lei complementar norma de integração entre os princípios gerais da Constituição e os comandos de aplicação da legislação ordinária, razão pela qual, na hierarquia das leis, posta-se acima destes e abaixo daqueles. Nada obstante alguns autores entendam que tenha campo próprio de atuação – no que têm razão –, tal esfera própria de atuação não pode, à evidência, nivelar-se àquela outra pertinente à legislação ordinária. A lei complementar é superior à lei ordinária, servindo de teto naquilo

Ora, no capítulo das espécies tributárias, que interessa examinar, o artigo 145, *caput*, determina:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I – impostos;

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

o artigo 148 (*caput*):

Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, *b*.

e o artigo 149 (*caput*):

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

As cinco espécies tributárias, portanto, conformam o sistema tributário brasileiro, em nível impositivo, sendo que a mais relevante delas é o imposto.²²

que é de sua particular área mandamental” (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 6, tomo I, Celso Bastos e Ives Gandra Martins, Ed. Saraiva, 2001, 2ª ed., p. 79).

²² A tese que levantei sobre as cinco espécies tributárias para um Congresso, em 1976, objetivou aquelas: 1) contrapor-se a de duas espécies, imposto e taxa (Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Valdir de Oliveira Rocha etc.), a de 3 espécies tributárias (impostos, taxas e contribuição de melhoria) (Rubens Gomes de Souza e Aliomar Baleeiro); a de 4 (impostos, taxas, contribuição de melhoria e contribuições especiais (Aires Fernandino Barreto, Bernardo Ribeiro de Moraes). A palestra ocorreu na 2ª Reunião Regional latino-Americana de Direito Tributário, foi publicada sob o título “As contribuições especiais numa divisão quinquipartida dos tributos”, Coed. ABDF (filiação à IFA); Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do RGS, Inst. Dos Adv. do Rio Grande do Sul, Fac.

São doze, hoje, os impostos exigidos pela legislação complementar e ordinária, a saber:

- a União, pelo artigo 153, tem direito às seguintes imposições:
 - I – importação de produtos estrangeiros;
 - II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
 - III – renda e proventos de qualquer natureza;
 - IV – produtos industrializados;
 - V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
 - VI – propriedade territorial rural;

não tendo sido regulamentado o IGF; que seria o 13º²³;

- os Estados, pelo artigo 155, a três exigências:
 - I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
 - II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as

De Dir. da UFRGS, Inst. Int. de Direito Público e Empresarial, Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1976).

²³ Rogério Vidal Gandra da Silva Martins e Soraya David Monteiro Locatelli lembram que:

“Ressalte-se, ademais, que este tipo de tributação, ao desestimular o investimento e a poupança, tende a aumentar o consumo, contudo não de forma substancial a ponto deste aumento superar a perda gerada pela redução dos investimentos, a qual, por sua vez, pode aumentar a taxa de desemprego do País.

Não bastassem tais fatos, ainda é preciso considerar que a administração do IGF apresenta-se extremamente ineficiente e ineficaz, já que a arrecadação é irrisória em face de uma fiscalização vultosa e de difícil aferimento. Como as alíquotas do IGF não podem ser altas, sob pena de acarretar notória evasão de divisas (pela fuga de capitais), a arrecadação consequentemente será pequena, ao passo que, o aparato administrativo para verificar e avaliar o patrimônio do contribuinte será muito oneroso.

O que vale dizer que, o custo da administração do IGF é extremamente elevado quando comparado com a complexidade dos procedimentos para seu controle e com o valor total arrecadado, sendo este, sem sombra de dúvidas, um dos principais problemas para sua implantação” (O direito tributário no Brasil, coordenação: Ives Gandra Martins, Paulo Rabello de Castro e Rogério Vidal Gandra da Silva Martins, 2ª ed., Quartier Latin/Fecomercio, 2010, p. 167).

Fátima Fernandes Rodrigues de Souza e Patrícia Fernandes de Souza Garcia, no mesmo sentido, declaram: “Trata-se de tributo com evidente viés ideológico, cujo objetivo é retirar parte das riquezas dos mais abastados e entregá-la ao Estado para que este a redistribua entre todos ou entre os mais pobres. É frequentemente apresentado, portanto, como instrumento tendente a tornar o sistema tributário mais justo, de forma que os pobres paguem menos impostos sobre o consumo e os ricos paguem mais impostos tanto sobre a renda, quanto sobre a acumulação de fortuna” e continuam: “Os críticos desse imposto apontam-no como fator inibidor da poupança interna do país e da recepção de investimentos estrangeiros, propiciando, numa economia globalizada, em que a informatização confere mobilidade espantosa aos capitais, a fuga de investimentos para países que não possuem essa forma impositiva” (mesma obra, p. 111/112).

prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

III – propriedade de veículos automotores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

- e os Municípios, pelo artigo 156, a três:

I – propriedade predial e territorial urbana;

II – transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)”.

Os impostos de importação e exportação são tributos de regulação do comércio exterior, pouco espaço abrindo para o exercício da extrafiscalidade, ou seja, de uma política de estímulos fiscais de caráter ambiental, muito embora possa a legislação incentivar, no I.L., a aquisição de equipamentos de preservação ou restauração ambiental, eliminando ou reduzindo alíquotas, o mesmo ocorrendo para incentivar a indústria local, para tais finalidades, fortalecendo-a, através do mercado exterior²⁴.

Já o imposto sobre a renda abre maior espaço para uma política tributária ambiental de incentivos. É um imposto bem adequado para tal finalidade. Foi fartamente utilizado pela União, nas décadas de 1960 a 1990, para estimular setores e regiões (Amazônia, Nordeste, pesca, reflorestamento, culturas etc.), tendo perdido um pouco seu impacto nos últimos anos, principalmente após os diversos acordos contra dupla tributação assinados pelo Brasil, que terminaram, nos investimentos estimulados realizados no país por estrangeiros, não os beneficiando nas remessas para o exterior, visto que os investidores são obrigados a complementar aqueles tributos não recolhidos, conforme a legislação local de cada país.

Creio que se poderia trabalhar em projetos, conforme a natureza do negócio, com a adoção de técnicas preservativas na produção ou mesmo no impacto ambiental da atividade, em que as alíquotas seriam reduzidas ou até eliminadas, como de resto ocorreu para os grandes projetos regionais das décadas de 1960 a 1990.

O imposto de renda é um típico tributo “arrecadatório”.

²⁴ Leia-se na Revista da Lata (edição 2015), p. 31, o seguinte:

“Nossa Constituição, mais do que recomenda, impõe ao Poder Público uma política de incentivos que onere mais aqueles que impactam negativamente o meio ambiente”.

O mesmo ocorre com o IPI, este com maior facilidade podendo ser objeto de incentivos, por ser um tributo indireto com alíquotas variáveis de acordo com o tipo de produto produzido ou importado. Talvez seja, em nível federal, aquele tributo que mais se preste a estímulos fiscais de natureza ambiental.²⁵

Já os impostos sobre operações financeiras e o territorial rural, tributos estes também regulatórios, podem se prestar a incentivos ambientais. O primeiro, em operações de crédito não tributadas para atividades relacionadas com o meio ambiente. O segundo, necessariamente possível, pois é o mais relacionado à convivência dos seus sujeitos passivos com o meio ambiente. A exploração agropecuária entra diretamente em contato com a natureza, sendo mais fácil estimular tributariamente, até com isenção total, os comportamentos de restauração de *habitats* destruídos. Tal imposição poderia ser, com projetos bem definidos, dirigidos à redução ou eliminação da tributação, inclusive na linha do artigo 186 da CF, no que concerne à própria função social, que, para o negócio agropecuário, está umbilicalmente ligado ao meio ambiente.²⁶

No âmbito estadual, o ICMS, embora mais complexo na concessão de estímulos, dada a dependência de sua aprovação unânime pelos Estados mediante convênios firmados no âmbito do CONFAZ, por força do art. 155, § 2º, inciso XII, letra “g” e inciso VI, é, a meu ver, de possível utilização, o mesmo ocorrendo com o IPVA,

²⁵ Carlos Ayres Britto elogia o IPI e o ICMS como os impostos mais adequados para uma política de extrafiscalidade tributária:

“Quanto às políticas públicas de natureza tributária, também umbilicalmente ligadas a toda a Ordem Econômica, faz-se imprescindível a lembrança de que certos tributos, como o IPI e o ICMS, poderão assumir compostura seletiva em razão da essencialidade do seu próprio fato gerador ou do seu pressuposto material de incidência (inciso I do § 3º do art. 153 e inciso III do § 2º do art. 155, todos da Constituição. E o certo é que, ao falar do meio ambiente ecologicamente equilibrado como ‘essencial à sadia qualidade devida’ (*caput* do art. 225), a própria Magna Carta estende essa nota da essencialidade para toda empreitada ou para todo produto econômico especialmente favorecedor de tal equilíbrio. Como, *verbi gratia*, os produtos e atividades ou então os processos ou métodos de fabricação e de serviços cujo impacto ambiental seja nulo. Ou de elevada taxa de reciclabilidade. Ou cuja durabilidade maior minimize seu impacto ambiental no tempo. Ou que impliquem sistemática e suficiente compensação igualmente ambiental. Ou que façam da possibilidade de coleta dos seus resíduos para reinserção no processo produtivo um meio de vida tão sem maiores riscos para a saúde humana quanto absorvente de expressivos contingentes de trabalhadores ou microempresas. Situação em que o princípio econômico do tratamento diferenciado ao meio ambiente melhor se interpenetra com o princípio identicamente constitucional da busca do pleno emprego e/ou da redução de desigualdades sociais. Confirmação, em suma, da imperiosidade do implemento de políticas públicas tributárias que sirvam a esse encaixado princípio do tratamento diferenciado ao meio ambiente como forma de cumprimento de um explícito dever estatal e também como reconhecimento de que nele próprio a Ordem Econômica brasileira tem um dos seus mais salientes traços de identidade” (*Revista da Lata*, 2015, p. 25).

²⁶ O artigo 186 da CF está assim redigido:

“Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

O único aspecto curioso do dispositivo, que justifica a desapropriação de imóvel rural que não cumprir sua função social, é eventual desapropriação por não ter promovido “o bem estar do próprio proprietário (inciso IV)!!!

desde que os veículos sejam movidos a combustível não poluente.

O imposto de transmissão seria de mais difícil uso, mas nada impede que também seja utilizado, desde que o beneficiário da transmissão não onerosa se comprometa a cuidar de recuperação ambiental com os recursos recebidos.²⁷

Na esfera municipal, o IPTU é de menor espectro de utilização que o ITR, mas, nas áreas urbanas, onde se faz necessária a preservação ambiental, pode ser utilizado como forma de estímulo, o mesmo ocorrendo com o ISS para as atividades consideradas relevantes para tais finalidades.

O imposto de transmissão onerosa, todavia, parece-me de difícil, mas não impossível utilização, pois dependeria da vinculação do adquirente de utilizar o bem com finalidade de proteção ao meio ambiente.

No que concerne às taxas são estas mais adotadas para punir às agressões ao meio ambiente do que para estimular a não agressão, só podendo ser utilizadas de forma transversa, ou seja, neste caso, reduzindo-se o nível da eventual taxa já existente.²⁸

²⁷ Cleucio Santos Nunes escreveu:

“Diante disso, o ponto de ajuste mais adequado ao sistema jurídico brasileiro leva em consideração princípios de índole ambiental, tais como o do poluidor-pagador e prevenção, porém pela via indireta, isto é, concedendo isenções ou incentivos, como, por exemplo, deduções da base de cálculo dos tributos em relação àquele que polui menos.

A adoção de incentivos, em vez da majoração de tributos, poderá trazer resultados mais eficientes, visto que estimula o empreendedor a adquirir novas técnicas de preservação. Ninguém gosta de pagar tributos! Se o Estado abre mão de seu crédito, exigindo em contrapartida certos compromissos de preservação, estar-se-á diante de uma dupla vantagem: i) colaboração do Estado como corretor de externalidades negativas (Pigou); ii) maior eficiência na conscientização da necessidade de preservação do meio ambiente (princípio da cooperação).

Nem se diga que o uso de incentivos fiscais ao não poluidor ou ao menos poluidor venha a ferir a isonomia tributária. A regra da igualdade não pode ser concebida, no Direito Tributário, ou em qualquer outro ramo do Direito, no seu aspecto formal meramente, qual seja, ‘todos são iguais perante a lei’. Não há ofensa ao princípio em referência, na medida em que se está tratando desiguais de modo desigual. Todos são poluidores (igualdade formal), mas uns poluem menos que outros (objetivo da política ambiental tributária); logo, estes devem receber tratamento diferenciado por estarem engajados nos objetivos da preservação. Nesse processo de busca do equilíbrio na quantificação do valor das perdas, o ótimo de Pareto estará na virtualidade de que todos produzam sem poluir ou poluam menos, estimulados pelo pagamento de menos tributos” (*Direito tributário e meio ambiente*, Dialética, p. 163).

²⁸ Leia-se:

“Recurso Extraordinário 416.601-1 Distrito Federal

Relator: Min. Carlos Velloso

Recorrente(s): Associação Gaúcha de Empresas Florestais - Ageflor

Advogado(als): Atina Maria da Trindade dos Reis e Outro (ais)

Recorrido(als): Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais e Renováveis - Ibama

Advogado(a/s): Lina Espíndola

Ementa: Constitucional. Tributário. Ibama: Taxa de Fiscalização. Lei 6.938/181, com a redação da Lei 10.165/12000, artigos 17-B, 17-C, 17-D, 17-G. C.F., art. 145, II.

Pinto Ferreira lembra, ao comentar o artigo 225 da CF que: “A definição legal de meio ambiente é a seguinte: ‘O conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas’ (Lei nº 6.938, de 31-8-1981, art. 3º, 1).

O ambiente se compõe de um complexo de elementos naturais, culturais e artificiais: meio ambiente natural, abrangendo o solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna, em suma, a biosfera; meio ambiente cultural, formado pelo patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico; meio ambiente artificial, integrado pelo espaço urbano construído, tais como edificações, ruas, praças, áreas verdes, equipamentos públicos.

As contribuições de melhoria não se prestam a incentivos, como os impostos compulsórios também não.

No que concerne às contribuições especiais, excluo, de início, aquelas no interesse das categorias, mas incluo, como de possível estímulo as de intervenção no domínio econômico, desde que redutoras de eventuais contribuições existentes em face da finalidade de preservação ou restauração ambiental.

Já no que concerne às contribuições sociais, os estímulos poderão ter as características mais elásticas, em face de a jurisprudência ter acrescentado outras finalidades paralelas, sobre haver, na preservação ambiental, possibilidade de dar caráter de benefício social à coletividade.

Neste caso, principalmente PIS e COFINS poderiam ser reduzidos ou eliminados em função do objeto da atividade.²⁹

Colocadas tais premissas, passo a responder as questões formuladas:

A civilização tem tido grande progresso, porém tem degradado constantemente a biosfera. Atualmente vivem no mundo 5,57 bilhões de pessoas, com cerca de 1 bilhão nos países desenvolvidos e abastados, estes, sobretudo, fazendo mau uso dos recursos da natureza e prejudicando seriamente o ecossistema. Daí os diversos congressos que foram realizados ultimamente, como a Conferência de Estocolmo de 1972, reunindo cento e catorze países do mundo, e a Conferência realizada no Rio de Janeiro, em 1992, vinte anos depois.

Salienta Ramón Martín Mateo: ‘O homem de hoje usa e abusa da natureza como se fosse o último inquilino deste desgraçado planeta, como se atrás dele não se anunciasse um futuro. A natureza converteu-se assim num bode expiatório do progresso.’ (Comentários à Constituição brasileira. 7º vol. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 2641265)

Revista Dialética de Direito Tributário nº238 p. 169

I – Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental; TCFA – do Ibama: Lei 6.938, com a redação da Lei 10.16512000: constitucionalidade.

II – R.E. conhecido, em parte, e não provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, nos termos do voto do relator, conhecer, em parte, do recurso e, na parte conhecida, negar-lhe provimento. Votou a Presidente. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente) e, neste julgamento, os Senhores Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes.

Brasília, 10 de agosto de 2005.

Ellen Gracie – Vice-presidente

(no exercício da Presidência)

Carlos Velloso – Relator”. (Destques meus) (Site do STF).

²⁹ Leila Von Sohsten Ramalho e Rosana Maciel Bittencourt Passos escrevem:

“Tem-se, assim, que os tributos, na sua dimensão extrafiscal, têm a função arrecadatória posta em segundo plano, passando a atuar como auxiliares ao poder regulatório do Estado, possibilitando a este afastar, pelo agravamento da carga tributária, certas atividades ou comportamentos contrários ao interesse público, ou, por outro lado, estimular, pelo abrandamento da tributação, as condutas convenientes à comunidade.

Com tal concepção é que a extrafiscalidade tributária se revela, sob a ótica da tutela ambiental, instrumento dos mais úteis, ao permitir que sejam premiadas, por força de reduções de alíquota, isenções ou afins, as posturas ambientalmente corretas, bem como desencorajados, pela via da oneração da carga tributária, os comportamentos lesivos ao meio natural. Neste último aspecto, aliás, a extrafiscalidade se mostra duplamente interessante, pois possibilita sejam corrigidas as falhas de mercado que resultam nas chamadas externalidades negativas, assim entendidos os efeitos deletérios da atividade econômica que não são internalizados pela produção – por exemplo, o custo da despoluição ou recomposição de uma área degradada –, sendo indevidamente suportados pela sociedade, e que, com a intensificação da tributação, passarão a ser debitados ao agente, que os terá de incorporar ao custo de seu produto” (Direito ambiental e as funções essenciais à Justiça, Ed. RT, apres. Vladimir Passos de Freitas, p. 333/334).

Considerando as principais características do atual Sistema Tributário brasileiro nas esferas federal, estaduais e municipais, que implicações práticas teria a introdução de elementos que refletissem, no citado Sistema, o princípio constitucional constante do art. 170, inciso VI da Constituição Federal?

Entendo que as implicações práticas seriam:

- a) sensível contribuição para a preservação ou recuperação do meio ambiente, a apresentação de projeto de lei de redução ou eliminação de incidências tributárias conforme as atividades capazes de impactá-lo, tornando possível a não degradação do sistema ecológico nacional;³⁰
- b) um estímulo real à adoção de técnicas capazes de criar, na atuação econômica, uma “economia verde”, na feliz expressão de Thomas Friedman, como ocorreu com a rede eólica de produção de energia, que as margens das estradas de ferro germânicas ostentam, com isenções e estímulos capazes de atrair investidores;³¹
- c) o cumprimento de um desiderato constitucional de diferenciar, estimulando ou punindo os que recuperam ou prejudicam o meio ambiente;³²
- d) reflexo positivo, junto às autoridades internacionais na matéria, com impactos indiscutíveis nos “fóruns” plurinacionais, exercendo-se, assim, liderança numa política capaz de não prejudicar o único *habitat* que os seres humanos ainda têm para sobrevivência de uma população que, até o fim do século, deve superar 10 bilhões de pessoas, em face de o Brasil possuir

³⁰ Aspectos relevantes da maneira de se atuar na área tributária, encontra-se no livro coordenado por Heleno Taveira Torres, intitulado “Direito Tributário Ambiental”, escrito pelos seguintes autores: Alejandro Altamirano, Anderson Orestes C. Lobato, Andrea Amatucci, Carlos Palao Taboada, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Cristiane Derani; Domingo Carbajo Vasco, Fernando Facury Scaff, Fernando Serrano Antón, Gilson César Borges de Almeida, Heleno Taveira Tôres, Ives Gandra da Silva Martins, José Casalta Nabais, Jose Luis Bolzan de Moraes, Jussara S. Assis Borges Nasser Ferreira, Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Lise Vieira da Costa Tupiassii, Luís Eduardo Schoueri, Luis Manuel Abuso González, Marcelo Figueiredo, Maria de Fátima Ribeiro, Maria Lúcia Luz Leiria, Paulo Caliendo, Pabbo Chico de la Cámara, Pedro Manuel Herrera Molina, Pietro Selicato, Regina Helena Costa, Ricardo Lobo Torres, Roberto Ferraz, Victor Uckmar, Willis Santiago Guerra Filho (Malheiros Editores, São Paulo, 2005).

³¹ Rodrigo Jorge Moraes, Mariangela Garcia de Lacerda Azevedo e Fábio Machado de Almeida Delmanto coordenaram a obra “As Leis federais mais importantes de proteção ao meio ambiente – comentadas”. (Ed. Renovar, Rio – SP – Recife, 2005).

³² José Renato Nalini trata do assunto no livro “Ética ambiental” (2ª ed., Millenium Ed, Campinas, SP, 2003).

uma das maiores reservas de biodiversidade;³³

e) inovação, em matéria de tecnologia ambiental, dos meios de produção, como ocorreu, na década de 1970, após o 1º choque do petróleo, com o desenvolvimento do etanol combustível, infelizmente, por equivocadas políticas, prejudicado, nos últimos tempos;³⁴

f) finalmente, tornar o país uma potência econômica, a partir do “planeta verde” e do desenvolvimento econômico e social, com estímulos bem planejados de suas atividades negociais e adequados e diferenciados tratamentos de um dos nove princípios fundamentais da ordem econômica, enumerados no artigo 170³⁵.

À luz do presente arcabouço normativo tributário, que providências ou alterações legislativas seriam necessárias ou recomendáveis para que a observância do art. 170, inciso VI, da CF, seja eficaz no que refere aos resultados ambientais visados?

Nas considerações apresentadas antes da resposta ao primeiro quesito, indiquei todos os tributos de possível utilização para a aplicação estimuladora da legislação tributária, objetivando premiar empresas por sua participação na preservação ou recomposição do meio ambiente, ou seja, para sua “sustentabilidade”.

E. J. Mishan,³⁶ na década de 1970, ao discorrer sobre as deseconomias, já mencionara a necessidade de um preço a ser pago pela utilização da natureza em

³³ Terence Trennepohl, em seu “Direito Ambiental” (Ed. Podivim, 4ª ed., 2009).

³⁴ Colin Norman, em seu livro “Running on empty” Ed. Worldwatch Institute, Washington, 1979, dá especial destaque à experiência brasileira.

³⁵ O artigo 170 e seu parágrafo único estão assim redigidos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

³⁶ *Economic Growth: Some pessimistic reflections, The Great Ideas, 1971, Encyclopedia Brittanica, p. 52/71.*

benefício das empresas, através da imposição maior.

Em face da referida disposição constitucional e de outros dispositivos espalhados pela Lei Maior, entendo que tais políticas de diferenciação para estimular a sustentabilidade foram inteiramente hospedadas pelo Texto Maior do país.³⁷

Todo o trabalho dos interessados deve ser dirigido a mostrar ao Executivo, ser positiva a alteração de legislação, objetivando a sustentabilidade que deve passar por:

- 1) estudo de atividades e técnicas na produção, transporte, comercialização que propiciem melhoria das condições atuais, no setor, acoplando-as às técnicas existentes, quanto à preservação ambiental, exploração de recursos naturais, recuperação de resíduos e todos os aspectos objetivando um programa moderno de proteção à natureza;
- 2) tal estudo deverá detectar as áreas em que a preservação e/ou recuperação pode ser realizada;
- 3) uma vez detectadas as atividades antigas remodeladas ou novas decorrentes de avanço tecnológico, apresentar, com ampla justificativa, acrescida de dados e estatísticas, a forma de adaptar as novas tecnologias às necessidades atuais de sustentabilidade através de anteprojetos de leis;
- 4) contatar as agências reguladoras dos respectivos segmentos empresariais, as autoridades responsáveis pelo impacto dos projetos de leis no âmbito ambiental, para demonstrar que a adoção de nova forma de atuar representará benefícios a toda coletividade, razão pela qual, o engajamento oficial far-se-á necessário;
- 5) como os projetos de leis em matéria fiscal devem ser oriundos do Poder Executivo, de acordo com o artigo 61 § 1º, inciso II, letra "b" da CF, assim redigido:

³⁷ Terence Trennepohl escreveu:

"A Constituição Federal de 1988, diferentemente das demais até então promulgadas no país, fez valer uma exigência que muito preocupa os estudiosos do direito que lutam para a inserção de normas que tratem das questões ambientais. Inovando brilhantemente, a nossa Carta Magna trouxe um capítulo específico sobre o assunto, voltado inteiramente para o meio ambiente, definindo-o como sendo direito de todos e lhe dá a natureza de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, incumbindo ao poder público e à coletividade o dever de zelar e preservar para que as próximas gerações façam bom uso e usufruam livremente de um meio ambiente equilibrado" (Direito ambiental, 4ª ed., Ed. Podivm, p. 79).

Art. 61

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II – disponham sobre:

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

tal etapa não poderá prescindir da colaboração das autoridades responsáveis, além do Ministro da Fazenda, que, após receber o laudo do impacto ambiental elaborado pelos órgãos competentes, examinará as possibilidades e o impacto fiscal dos anteprojetos de estímulos;

6) uma vez obtido o apoio governamental, veiculada a proposta a partir do Executivo, este a enviará ao Congresso, havendo necessidade de trabalhar – já agora em projetos de leis – o Congresso Nacional, procurando os líderes, deputados e as Comissões específicas para discutir os aspectos relevantes da iniciativa presidencial;

7) o mesmo procedimento poderá ser adotado em relação aos tributos estaduais, que competem incentivar, como enunciado no corpo do parecer;

8) o problema maior será, quanto ao ICMS – imposto de vocação nacional, regionalizado – visto que os incentivos terão que ser aprovados pelo Confaz, pela unanimidade dos Estados. Um trabalho adequado junto ao Confaz, portanto, mostrando que o incentivo é de interesse nacional e pode ser concedido por decisão unânime, talvez facilite a aprovação setorial ou regional, em se determinando qual o impacto positivo que sua adoção trará para o país, em nível de sustentabilidade ambiental.³⁸

O certo, todavia, é que a matéria jurídico-tributária poderá ser bem trabalhada, mas o que efetivamente terminará auxiliando o encaminhamento

³⁸ Tendo Paulo de Barros Carvalho e eu participado de Comissão para nosso desconforto denominada de Notáveis, nomeada pelo Presidente do Senado, José Sarney, constituída ainda por Nelson Jobim, Everardo Maciel, Bernard Appy, Fernando Rezende, João Paulo dos Reis Velloso, Luís Roberto Barroso, Manoel Felipe Rêgo Brandão, Marco Aurélio Marrafon, Michal Gartenkraut e Sérgio Roberto Rios do Prado, apresentamos 12 anteprojetos, um deles para solucionar a Guerra Fiscal. Divulgamos tais anteprojetos, ao lado de dois estudos nossos, no livro “Guerra Fiscal Reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS” (Ed. Noeses, 2014).

e a aprovação do mecanismo de extrafiscalidade, será, para cada produto, para cada atividade que se pretenda beneficiar, uma correta avaliação do impacto positivo no meio ambiente, com conveniente demonstração de vantagens para a sociedade dos referidos projetos.³⁹

S.M.J.

São Paulo, 05 de Agosto de 2015.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

P2015-009 ABRALATAS

³⁹ Elenco alguns trabalhos de interesse sobre a matéria:

- *Tributação Ambiental Fiscal (Dever Estado) e Extrafiscal (Direito Estado)* – Isabela Cararo Lopes;
- *A Tributação Extrafiscal e o Meio Ambiente* – Juliana Vieira de Araújo;
- *Políticas Públicas para a Concessão de Incentivos Fiscais na Proteção Ambiental* – Henrique Sampaio Goron;
- *Tributação Sustentável – a Experiência Estrangeira e e Política Fiscal Brasileira* – Joana Franklin de Araújo;
- *Desenvolvimento Sustentável e Tributação: o Papel do Tributo Ambiental no Brasil* – André Luiz Fonseca Fernandes;
- *O Princípio do Tratamento Tributário Ambientalmente Diferenciado – uma Interação entre e Princípio da Isonomia Tributária e o Sistema de Princípios Ambientais-Econômicos do Estado do Bem-Estar Ambiental Brasileiro* – Carlos André Huning Birnfeld e Liane Francisca Huning Birnfeld.

Embargos de Declaração em Apelação Criminal. Crime de homicídio. Oposição com o objetivo de sanar vícios de contradição e obscuridade, esclarecendo-se a dosimetria da pena dos acusados e o indevido afastamento da qualificadora reconhecida pelo júri, relativa à ocultação e impunidade do crime praticado contra a vítima.

Nilo Augusto Francisco Suassuna*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – 8ª CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000090-65.2009.8.19.0041

APELANTES: GEREMIAS JOSÉ COSTA E IRÊNIO JOSÉ COSTA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

RELATORA: DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR

Eminente desembargadora relatora O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por intermédio do Procurador de Justiça titular da 5ª Procuradoria de Justiça junto a essa Egrégia Câmara, vem, tempestivamente, nos autos da Apelação Criminal em epígrafe em que figuram como *apelantes GEREMIAS JOSÉ COSTA E IRÊNIO JOSÉ COSTA e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO*, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, opor **Embargos de Declaração** ao Acórdão proferido pelo ilustrado órgão fracionário, eis que há *contradição e obscuridade entre a fundamentação e o dispositivo, nos seguintes termos:*

1. Preliminarmente aduz que o Ministério Público tomou ciência pessoal do acórdão em 18/11/2014, sendo tempestivo e adequado o recurso.

2. Vale dizer que a E. Câmara, em sessão realizada em 05 de novembro de 2014, *em decisão tomada por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso dos acusados, para redimensionar as penas, uma vez mantido o veredicto do júri popular*, nos seguintes termos, consoante excerto do acórdão, no ponto específico em que se vislumbra o esclarecimento necessário:

(...) No que tange à autoria dos crimes, a prova carreada aos autos evidencia que os ora apelantes, Jeremias José da Costa e Irênio José da Costa, efetivamente mataram as vítimas Renato de Almeida Silva e José Humberto Gustavo de Almeida da Silva (fato este admitido apenas pelo apelante Jeremias, em Plenário), sendo certo que, com base em elementos probatórios produzidos ao

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

longo de toda a persecução penal, a negativa de autoria aduzida pelo apelante Irênio foi afastada pelo Conselho de Sentença.

Com efeito, a “confissão informal” a agentes policiais constitui prova ilícita. Precedentes jurisprudenciais do STF, STJ e desta Corte.

Todavia, na hipótese vertente, a prova oral produzida pela acusação fundou-se não apenas nas declarações dos policiais militares, mas também nos depoimentos prestados pela testemunha José Servino, sendo certo que a análise integral do mosaico probatório, produzido durante toda a persecução penal, evidencia lógica perfeitamente identificada, a permitir a imputação da autoria delitiva aos ora apelantes, não havendo que se cogitar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Diante da existência de duas teses, todas embasadas em elementos de prova constantes dos autos, é certo que a opção dos jurados por uma delas não autoriza a anulação do julgamento, nos termos do que dispõe o art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal.

Ora, se diante do conjunto probatório, os jurados optaram pela tese ministerial, é indubitoso que, com supedâneo nas mesmas provas, rejeitaram a tese defensiva. Destarte, incabível a pretensão de submissão dos réus a novo Júri, se a decisão condenatória ancora-se nas provas produzidas pela acusação. Precedentes.

A qualificadora referente à prática dos homicídios, mediante emboscada, exsurge do próprio modus operandi, na medida em que, ao contrário do que pretende fazer crer a Defesa, os ora recorrentes, informados pelo denunciado Eugênio de que, as vítimas haviam ingressado em uma trilha que cortava trecho de mata, dirigiram-se até tal local, onde permaneceram aguardando a aproximação das mesmas, ocasião em que foram surpreendidas com a presença de seus algozes. No mais, a alegação de que a vítima Renato teria agredido verbalmente os apelantes minutos antes de sua morte restou isolada nos autos, traduzindo evidente manobra defensiva, visando ao afastamento da qualificadora em comento.

Outrossim, o conjunto probatório informa que o homicídio contra a vítima Renato teve como motivação discussão pretérita entre ele e o apelante Jeremias, o que foi assumido por este, por ocasião de sua autodefesa em Plenário, e tendo em conta que os ora recorrentes são irmãos, e que a desavença relatada pelo apelante Jeremias teria envolvido seus familiares, resta claro que o apelante Irênio possuía conhecimento da motivação do delito, tendo aderido à conduta de seu irmão Jeremias.

Destarte, considerando-se a desproporcionalidade das condutas, em relação aos motivos que a impulsionaram, caracterizado está o motivo fútil.

Entretanto, no que concerne ao delito praticado contra a vítima José Humberto, tem-se que a qualificadora relativa à finalidade de assegurar a ocultação e a impunidade do crime praticado contra a vítima Renato deve ser afastada.

Por certo, a única prova que corrobora a incidência de tal qualificadora, no caso concreto, consiste na “confissão informal” do apelante Jeremias, aduzida pelos policiais militares em seus depoimentos, sendo que, conforme já mencionado alhures, por se tratar de prova colhida illicitamente, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do artigo

5º, da Constituição Federal, não pode servir como fundamento para a configuração da qualificadora aludida.

Assim, ausente qualquer outro elemento idôneo de prova apto para demonstrar que o homicídio contra a vítima José Humberto foi praticado para assegurar a ocultação e a impunidade do crime perpetrado contra a vítima Renato, o reconhecimento da respectiva qualificadora, pelos nobres membros do Conselho de Sentença, afigura-se contrário à prova dos autos.

Quanto à dosimetria, a remansosa jurisprudência dos Tribunais Superiores admite que, diante do concurso de mais de uma qualificadora, uma delas poderá incidir como tal, a ensejar o tipo penal derivado, ao passo que a outra, ou as demais, devem ser consideradas como circunstância judicial, na forma do artigo 59 do Código Penal, ou como circunstâncias agravantes, quando se amoldarem às hipóteses previstas nos artigos 61 e 62, do mesmo Diploma Legal. Precedentes.

Da mesma forma, considerando-se que o delito foi praticado mediante concurso de, pelo menos, quatro agentes, sendo certo que o réu Jeremias foi o executor dos disparos fatais, sua conduta merece maior reprovação em relação às dos demais, razão pela qual não se verifica qualquer ilegalidade no reconhecimento, na sentença, da circunstância judicial pertinente.

O recorrente Jeremias efetivamente confessou ter atirado contra a vítima Renato, causando-lhe as lesões que foram causa suficiente para sua morte, o que se mostra bastante para a configuração da atenuante da confissão espontânea na dosimetria da pena referente ao delito praticado contra esta vítima.

A vítima José Humberto contava com apenas seis anos de idade à época dos fatos, mostrando-se correta a incidência da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea h, do Código Penal, não havendo que se cogitar da ocorrência de bis in idem, conforme asseverou a Defesa, em suas razões recursais, uma vez que a idade desta vítima somente fundamentou o acréscimo das penas na segunda fase da dosagem, como circunstância agravante.

Impossível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea do recorrente Jeremias, já que a mesma omitiu o dolo do homicídio praticado contra a vítima José Humberto.

No tocante ao delito de ocultação de cadáver, melhor sorte não socorre a combativa Defesa, na medida em que foram dois os cadáveres ocultados, o que, decerto, recomenda maior rigor na reprovação das condutas dos ora apelantes, mostrando-se adequada a exasperação implementada na sentença.

De igual forma, tendo em conta que um dos corpos ocultados era de uma criança de apenas seis anos de idade, incide, na hipótese, a circunstância agravante do artigo 61, inciso II, alínea h, do Código Penal. Contudo, adota-se a fração de 1/6 para o aumento das penas-bases, na segunda fase da dosimetria, por se mostrar mais adequado e suficiente à reprovação e à prevenção do crime em tela, devendo as penas de ambos os apelantes ser redimensionadas.

Impossível, porém, o reconhecimento da continuidade delitiva, no caso concreto, eis que o próprio recorrente Jeremias afirmou, em seu interrogatório, que “atirou em direção a Renato, todavia o tiro pegou no filho da vítima; que em seguida Renato tentou correr, quando então o acusado desferiu outro disparo que atingiu Renato”. Desta forma, a hipótese dos autos caracteriza concurso material de delitos, tendo sido evidenciada a autonomia de desígnios, a despeito das condições de tempo, lugar e maneira de execução.

Observa-se que, no tocante ao homicídio perpetrado em face da vítima José Humberto, o apelante Jeremias sustenta a tese de ocorrência de erro de execução. Todavia, o próprio relato do recorrente demonstra a pluralidade de ações em face de vítimas diversas, sendo certo que o Conselho de Sentença reconheceu a autonomia do dolo de matar em relação à nominada vítima (fl. 466 – 3º Quesito), o que afasta a possibilidade de aplicação do disposto no artigo 73 do Código Penal.

Desta forma, as penas totais aplicadas para ambos os recorrentes devem ser redimensionadas para acomodarem-se, definitivamente, em 31 anos e 04 meses de reclusão e 11 dias-multa.

No que tange a pretensão de concessão, aos réus, do direito de recorrerem em liberdade, verifica-se, consoante a sentença condenatória, que a manutenção da custódia cautelar, para interposição do presente recurso, encontra-se devidamente fundamentada e lastreada na garantia da ordem pública.

Ademais, tendo os réus respondido à ação penal presos, não há motivos para que, após a prolação da sentença condenatória, os mesmos aguardem o julgamento do recurso em liberdade, sem que haja alteração fática, a propiciar suas solturas.

Ressalte-se, ainda, que não há ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, a negativa ao direito de recorrer em liberdade, haja vista o entendimento de nossos Tribunais Superiores. Precedentes.

(...) omissis

Face ao exposto, vota-se pelo CONHECIMENTO dos recursos defensivos, com a rejeição das questões preliminares suscitadas, e, no mérito, pelo PARCIAL PROVIMENTO dos apelos.

3. O v. Aresto da E. Corte, permissa vênua, se encontra eivado de *contradição*, pois conforme asseverado na fundamentação do acórdão, a decisão dos jurados não é manifestamente contrária à prova dos autos, ao reconhecer a autoria e materialidade dos dois crimes de homicídio, bem como com relação às qualificadoras reconhecidas pelo júri. Todavia a E. Câmara, por maioria de votos, acabou por afastar uma qualificadora relativa ao homicídio em que foi vítima *José Humberto Gustavo Almeida da Silva, criança com 06 (seis) anos de idade, e filho da primeira vítima Renato de Almeida Silva, ao entender que a decisão soberana do júri popular não se justificava, eis que a prova derivaria de admissão informal do acusado JEREMIAS, versão aduzida pelos policiais militares em seus depoimentos.*

A partir dessa premissa acolhida no aresto, ao entender que a qualificadora do homicídio acima nominado, relativa à finalidade de assegurar a ocultação e a

impunidade do crime praticado contra a vítima Renato, deveria ser afastada, assim resumiu o entendimento o aresto, transcrevendo-se o seguinte trecho:

(...)

“Entretanto, no que concerne ao delito praticado contra a vítima José Humberto, tem-se que a qualificadora relativa à finalidade de assegurar a ocultação e a impunidade do crime praticado contra a vítima Renato deve ser afastada.

Por certo, a única prova que corrobora a incidência de tal qualificadora, no caso concreto, consiste na “confissão informal” do apelante Jeremias, aduzida pelos policiais militares em seus depoimentos, sendo que, conforme já mencionado alhures, por se tratar de prova colhida ilicitamente, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, não pode servir como fundamento para a configuração da qualificadora aludida.

Assim, ausente qualquer outro elemento idôneo de prova apto a demonstrar que o homicídio contra a vítima José Humberto foi praticado para assegurar a ocultação e a impunidade do crime perpetrado contra a vítima Renato, o reconhecimento da respectiva qualificadora, pelos nobres membros do Conselho de Sentença, afigura-se contrário à prova dos autos.

Portanto, o aresto é obscuro na sua conclusão, pois se a decisão dos jurados não é contrária à prova dos autos, tanto que foi mantida a decisão dos juízes leigos, diante de sua soberania, não poderia ser afastada a qualificadora em questão, relativa ao segundo crime, em que foi vítima a criança, e por tal motivo ensejar a redução da pena dos acusados em relação a este homicídio qualificado.

Corolário dessa fundamentação, foi o redimensionamento da pena dos acusados, especialmente com relação ao afastamento dessa qualificadora da finalidade teleológica, no segundo homicídio, na ordem cronológica submetida ao crivo dos jurados, e diante da narrativa da decisão de pronúncia.

Sobre esse ponto, destaca-se os argumentos do acórdão:

De outro giro, considerando-se o afastamento da qualificadora relativa à finalidade de assegurar a ocultação e a impunidade do crime praticado contra a vítima Renato, e que o delito foi praticado mediante concurso de, pelo menos, quatro agentes, sendo certo que o réu Jeremias foi o executor dos disparos fatais, merecendo a sua conduta maior reprovação em relação às dos demais, as *penas-bases* aplicadas aos réus Jeremias e Irênio, relativas ao homicídio praticado contra a vítima *José Humberto Gustavo Almeida da Silva*, devem ser redimensionadas para *14 anos de reclusão* e *13 anos de reclusão*, respectivamente.

A contradição contida no v. aresto tem ressonância em questão de grande relevância no âmbito Federal, de índole eminentemente constitucional e infraconstitucional, já que envolve a própria soberania dos veredictos do júri, e os princípios processuais regulados pelo art. 593, § 3º, do CPP. *É que, não poderia esse ilustrado órgão fracionário, afastar a qualificadora em questão, após o reconhecimento da sua ocorrência pelo júri popular, pois a sua definição jurídica integra o conceito de tipo penal derivado, tratando-se de homicídio qualificado, pelo meio de execução (recurso que impossibilitou a defesa da vítima, uma criança com 06 (seis) anos de idade, e a finalidade teleológica do crime, visando a garantir a impunidade dos acusados com relação ao primeiro homicídio de que foi vítima Renato, pai da segunda vítima, pois ao se admitir pudesse ser afastada a qualificadora, diretamente pela Corte de apelação, com o redimensionamento da pena, estar-se-ia ignorando a soberania dos veredictos do júri, o que não é admissível pelo ordenamento jurídico pátrio.*

Aliás, a contradição na fundamentação do aresto é tão gritante, que o voto vencido do ilustrado Desembargador vogal, divergiu da douda maioria, e determinava a cassação do julgamento no tocante à essa qualificadora, e renovação do julgamento, nos seguintes termos, consoante excerto do voto:

(...) dou provimento parcial aos recursos, para anular o julgamento somente em relação à vítima José Humberto, uma vez que eivado de nulidade absoluta por ser manifestamente contrário às provas dos autos, e determino a realização de novo julgamento somente quanto à vítima José Humberto (edoc. 00701).

O voto vencido está em consonância com a posição prevalente dos Tribunais Superiores, conforme se vê a seguir, exemplificativamente, no julgamento do AgRg no Recurso Especial nº 1.378.097-SP, da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, STJ, 6ª Turma J. em 2/10/2014, DJe de 13/10/2014, assim ementado:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL.

JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. APELAÇÃO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. PROVIMENTO DO TRIBUNAL. DECOTE DA QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. CONTRARIEDADE AO ART. 593, § 3º, DO CPP. OCORRÊNCIA.

1. *Esta Corte Superior já firmou o entendimento no sentido de que não se pode admitir a desconstituição parcial da sentença proferida pelo Tribunal Popular quanto às qualificadoras ou às privilegiadoras, sob pena de ofensa ao princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal de 1988) e ao disposto no art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal, que determina a submissão do réu a novo julgamento quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos.*

2. *Agravo regimental não provido.*

Ademais, na fundamentação do aresto, essa Corte entendeu, por maioria de votos, que a decisão do júri não foi manifestamente contrária à prova dos autos. *Portanto,*

o redimensionamento da pena não pode sustentar-se no afastamento da qualificadora reconhecida pelos jurados, à guisa de que tal qualificadora não seria comportada pela prova.

Nessa toada, assim restou fundamentado o v. aresto, em sua doutra maioria, reconhecendo que a decisão do júri não é aberrante da prova dos autos:

Quanto ao mérito dos recursos defensivos, tem-se que a materialidade delitiva restou sobejamente evidenciada por meio do Laudo de Exame em Local de Encontro de Cadáveres, do Auto de Exame Cadavérico, e do laudo de exame de DNA.

No que tange à autoria dos crimes, a prova carreada aos autos evidencia que os ora apelantes, Jeremias José da Costa e Irênio José da Costa, efetivamente mataram as vítimas Renato de Almeida Silva e José Humberto Gustavo de Almeida da Silva (fato este admitido apenas pelo apelante Jeremias, em Plenário), sendo certo que, com base em elementos probatórios produzidos ao longo de toda a persecução penal, a negativa de autoria aduzida pelo apelante Irênio foi afastada pelo Conselho de Sentença.

Com efeito, a “confissão informal” a agentes policiais constitui prova ilícita. Precedentes jurisprudenciais do STF, STJ e desta Corte.

Todavia, na hipótese vertente, a prova oral produzida pela acusação fundou-se não apenas nas declarações dos policiais militares, mas também nos depoimentos prestados pela testemunha José Servino, sendo certo que a análise integral do mosaico probatório, produzido durante toda a persecução penal, evidencia lógica perfeitamente identificada, a permitir a imputação da autoria delitiva aos ora apelantes, não havendo que se cogitar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Diante da existência de duas teses, todas embasadas em elementos de prova constantes dos autos, é certo que a opção dos jurados por uma delas não autoriza a anulação do julgamento, nos termos do que dispõe o art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal.

Ora, se diante do conjunto probatório, os jurados optaram pela tese ministerial, é indubitoso que, com supedâneo nas mesmas provas, rejeitaram a tese defensiva. Destarte, incabível a pretensão de submissão dos réus a novo Júri, se a decisão condenatória ancora-se nas provas produzidas pela acusação. Precedentes.

Permissa vênia, ou a prova produzida nos autos, como efetivamente ocorre, embasa o *veredicto* do júri, como bem afirmado no acórdão, ou não, e ainda assim nessa hipótese, a solução não pode ser o afastamento da qualificadora pelo Tribunal de Justiça, para motivar o redimensionamento da pena, pois evidente a violação, nesse caso, da soberania do júri.

Desde logo, adota-se em tema de *prequestionamento*, a violação pelo v. aresto do disposto no art. 593, § 3º, do CPP, bem como do art. 5º, inciso XXXVIII da Constituição da República, reforçando a questão, a fim de balizar os fundamentos da eventual interposição de recurso constitucional, se for o caso.

Ressalte-se que a ausência de discussão da matéria prequestionada, diante do tema abordado inviabiliza o acesso do Ministério Público à via recursal do apelo constitucional, seja na via do recurso especial e/ou do Recurso Extraordinário, porque para a interposição de tais insurgências recursais, exige o sistema recursal, como decorrência de determinações constitucionais, e dos chamados óbices jurisprudenciais das Cortes Superiores, que a matéria jurídica seja efetiva debatida no aresto da Corte a quo.

Sobre o tema, veja-se:

Quando no acórdão recorrido, a questão federal não foi expressamente prequestionada, deve o recorrente opor embargos declaratórios e, persistindo a omissão, o recorrente, ao interpor recurso especial, deve atacar a violação ao artigo que trata de omissão do julgado, ou seja, 535, II, do CPC, não devendo insistir em indicar os dispositivos que entendeu omissos (RSTJ 141/66), *in*: Código de Processo Civil e legislação em vigor, Theotonio Negrão, 37ª ed, p.1994).

Assevere-se que o verbete de nº 98, do E. Superior Tribunal de Justiça dispõe que os “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório”.

Ademais, diante da contradição e da obscuridade contidas no acórdão, necessário o aperfeiçoamento da decisão colegiada, complementando-se-a, e discutindo-se a matéria devidamente prequestionada desde a sentença, a fim de propiciar base jurídica para o enfrentamento do tema na via do apelo extremo, nos exatos termos do verbete de nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, nos termos seguintes: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Do exposto, espera o acolhimento e provimento dos Embargos de Declaração, protestando para que o processo seja incluído em pauta para julgamento, que em nenhum momento se destina a criticar a excelência dos doutos votos que integram o acórdão, *mas sim busca escoimar o vício apontado, esclarecendo-se a dosimetria da pena dos acusados, e a questão do afastamento da qualificadora do júri, uma das circunstâncias que ensejaram a redução da pena em relação ao segundo crime de homicídio*, diante da evidente contradição no aresto.

P. deferimento.

Rio de Janeiro, 18 de novembro de 2014.

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA

Procurador de Justiça

Parecer ministerial em processo judicial. Mandado de Segurança. Impetrante que busca anular decreto expropriatório, invocando ausência de competência do Estado, desvio de finalidade e violação aos princípios da proporcionalidade e da impessoalidade.

Veronica C. R. Antunes Zylberman*

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mandado de Segurança

Impte.: Massa Falida de Indústrias Reunidas Caneco S/A

Impdo: Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro

Proc. n: 0052139-07.2012.8.19.0000

Parecer do Ministério Público

Mandado de Segurança. Impetrante que busca anular decreto expropriatório, invocando ausência de competência do Ente Estadual, desvio de finalidade e violação aos princípios da proporcionalidade e da impessoalidade. Ausência de prova pré-constituída sobre o alegado propósito de se beneficiar pessoas determinadas. Via mandamental que não admite dilação probatória, exigindo prova cabal sobre os fatos articulados na inicial neste particular. Possibilidade de expropriação do domínio útil, caso comprovada hipótese de terreno de Marinha, visto que o instituto da enfiteuse implica no desmembramento da propriedade entre o senhorio direto e o enfiteuta ou foreiro, condição assumida pelo particular.

No entanto, apesar de não comprovada violação ao princípio da impessoalidade e de ser viável a eventual desapropriação do domínio útil do bem, não se pode afastar a manifesta incompetência do Ente Estadual para declarar a utilidade pública de bem para fins urbanísticos, como se verifica na hipótese indicada no decreto expropriatório, fundamentada no item “i” do art. 5º do DL 3365/1941. Competência do Município para declaração de utilidade pública para fins urbanísticos, em virtude do comando advindo dos arts. 30, inciso VIII e 182 da Constituição Federal. Competência municipal exclusiva no que toca ao desenvolvimento da política urbana.

* Promotor de Justiça Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível.

Concessão da segurança por tal fundamento, ante a ausência de competência estadual para a declaração de utilidade pública do bem com o fim urbanístico indicado no decreto expropriatório.

I – Do Relatório

Trata-se de mandado de segurança em que busca a interessada a declaração de nulidade dos Decretos nºs 43.728 e 43729, de 21 de agosto de 2012, relativos à declaração de utilidade pública para fins de desapropriação da área ocupada pelos imóveis pertencentes à Massa Falida impetrante. Alega a impetrante, em síntese, que a sua falência foi decretada em 2006 pelo Juízo da 5ª Vara Empresarial. Argumenta que o principal e mais valioso bem da massa falida é o imóvel antes ocupado pelo estaleiro e hoje arrendado a duas empresas. Alega que a avaliação do bem já foi efetivada junto ao Juízo Empresarial, sendo a mesma fixada em R\$ 371.030.547,62, com designação de leilão para o mês de outubro de 2012. Aduz que segundo o Decreto 43728/2012 a desapropriação se fará em favor da Companhia de Desenvolvimento Industrial do Estado do Rio de Janeiro – CODIN visando à implantação de um distrito industrial naval na área. Argumenta que a declaração de utilidade pública do bem visa retirar o imóvel do leilão judicial já designado pelo Juízo Empresarial para, após, transferi-lo para pessoas específicas. Alega que a desapropriação de bem de vultuoso valor é desproporcional e viola o princípio da impessoalidade, pois retira a possibilidade de ampla concorrência que ocorreria no leilão judicial. Defende que a desapropriação está sendo utilizada como sucedâneo do leilão judicial, em manifesto desvio de finalidade. Ainda, ressalta que a desapropriação tem propósitos ocultos, sendo nítido o interesse da Administração em beneficiar determinadas pessoas, pois o ato não trará vantagens para a Massa. Argumenta que o ativo a ser arrecadado com o leilão permitirá satisfazer significativa parte dos credores, enquanto a efetivação da desapropriação não tem previsão exata para acontecer. Defende que o ato é prejudicial aos interesses dos credores da Massa e favorecerá apenas algumas pessoas determinadas, evidenciando manifesto desvio de finalidade. Ainda, alega que a desapropriação busca satisfazer interesses pessoais em detrimento do interesse público e dos direitos dos credores da Massa. Alega que os efeitos do ato serão nefastos e manifestamente desproporcionais considerando o elevado valor do bem. Também ressalta que a desapropriação não foi precedida de planejamento, não havendo previsão orçamentária para desapropriação de tal porte. Também ressalta que o bem é de propriedade da União Federal, por constituir terreno de Marinha, sendo impossível a sua desapropriação por parte do Estado do Rio de Janeiro em virtude do disposto no art. 2, parágrafo 2º do DL 3365/1941. Defende que a criação de distrito industrial integra seara de competência do Município, pois envolve o loteamento de áreas necessárias à instalação da indústria e atividades correlatas. Por fim, salienta que não se motivou a declaração de urgência consignada no decreto expropriatório.

O Exmo. Sr. Governador do Estado prestou informações às fls. 228/238 defendendo a legalidade do decreto expropriatório impugnado através do *writ*.

Inicialmente, levanta preliminar de inadequação da via mandamental alegando que não se demonstrou a existência de lesão a direito líquido e certo da impetrante. Ressalta que a desapropriação resultou da necessidade de assegurar o melhor aproveitamento econômico da área mediante a criação de um Distrito Industrial Naval apto a gerar emprego e renda. Argumenta que não se evidencia qualquer desvio de finalidade e que há significativa diferença entre a declaração de utilidade pública e a desapropriação propriamente dita. Argumenta que a finalidade indicada no decreto expropriatório se amolda à hipótese do art. 5º do DL 3365/1941. Ainda, alega que a alegada violação ao princípio da impessoalidade não passa de boato e configura verdadeira deturpação da redação do decreto. Também salienta que a área será dividida em lotes de terreno e transmitida de forma onerosa a particulares, não havendo que se falar em favorecimento específico de determinada pessoa. Alega que a existência de prévia dotação orçamentária não é exigência para a declaração de utilidade pública e acrescenta que a expropriação ocorrerá em favor da CODIN. Quanto à declaração de urgência, defende que se trata de mera autorização para tal arguição quando do efetivo processo judicial de desapropriação. Ainda, salienta que a alegação de que o bem é de propriedade da União não está comprovada por qualquer documento dos autos. Finalmente, ressalta que o art. 44 da Lei 6766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, autoriza os Estados a desapropriem áreas urbanas para loteamento com o objetivo de fomentar a atividade econômica.

Impugnação ofertada pelo Estado do Rio de Janeiro às fls. 243/250 reiterando a linha de argumentação exposta pela autoridade impetrada. Invoca, inicialmente, a inadequação da via mandamental, ante a ausência de direito líquido e certo. Defende, ainda, que o juízo de conveniência e oportunidade para a declaração de utilidade pública constitui mérito administrativo. Alega que na hipótese a declaração de utilidade pública resulta da necessidade de assegurar o melhor aproveitamento econômico da área para criação de um Distrito Industrial Naval. Também salienta que a efetivação da desapropriação somente ocorrerá após a elaboração de projeto técnico desenvolvido especificamente para implantação do Distrito Naval. Por fim, protesta pela denegação da segurança.

Autos remetidos ao Ministério Público para manifestação.

II – Da Fundamentação

Inicialmente, cabe ressaltar que a utilização da via mandamental demanda prova pré-constituída sobre os fatos articulados na inicial.

No entanto, apesar da escolha pela impetração do *writ*, não se tem prova sobre o alegado propósito desvirtuado da desapropriação, cerne fundamental da argumentação desenvolvida pela impetrante.

Frise-se que as alegações da impetrante no tocante à violação ao princípio da impessoalidade, ao intuito de favorecer pessoas determinadas e ao suscitado propósito de retirar o bem da esfera de decisão do processo de falência, data

vênia, não se comprovam pela prova documental carreada à inicial. Note-se que a prova documental carreada ao *writ* consubstancia peças do processo de falência, manifestações dos credores da Massa e algumas matérias jornalísticas, que não comprovam, de forma concreta e objetiva, as alegações veiculadas na inicial.

Assim, como já salientado acima, não se tem prova pré-constituída sobre o alegado propósito do decreto expropriatório em favorecer determinadas pessoas. Repita-se que tal alegação, em se tratando de mandado de segurança, deveria ter sido provada de plano, mediante documentação já acostada à exordial, o que não se verifica *in casu*.

Neste ponto, cumpre ressaltar mais uma vez que a via mandamental não admite dilação probatória, sendo inviável a produção de prova no sentido de tentar esclarecer o “propósito oculto” da Administração, como alardeado em expressão utilizada pela impetrante que defende a existência de violação ao princípio constitucional da impessoalidade.

Desta forma, neste particular, na ausência de prova cabal sobre a suposta violação ao princípio da impessoalidade, não se pode reconhecer o vício apontado pela impetrante.

Quanto ao vício agitado no tocante à suposta propriedade da União Federal em relação ao bem, que consubstanciaria terreno de Marinha, cabe registrar que também neste aspecto não se produziu prova satisfatória.

Note-se que tal assertiva não tem qualquer comprovação nos autos, não se tendo documento indicativo neste sentido.

No entanto, ainda que existisse tal comprovação nos autos, ou seja, mesmo que restasse demonstrada hipótese de terreno de Marinha, o fato é que a desapropriação poderia ter como objeto apenas o domínio útil de bem objeto de enfiteuse, o que é plenamente admitido pela doutrina e jurisprudência.

Como de conhecimento, o instituto da enfiteuse, anteriormente previsto no Código Civil de 1916, foi extinto por força do novo *Codex*, que, no entanto, em seu art. 2038, assegurou a eficácia das enfiteuses já instituídas sob a égide da legislação civil anterior.

No regime da enfiteuse ocorre o efetivo desmembramento da propriedade, visto que o proprietário – chamado de senhorio direto – confere a terceiro – o foreiro ou enfiteuta – o domínio útil do imóvel mediante o pagamento anual de uma contraprestação (foro). Quando da transferência do domínio útil pelo enfiteuta impõe-se o pagamento do denominado *laudêmio*.

Logo, em virtude do característico desmembramento da propriedade implementado através da instituição da enfiteuse, é perfeitamente possível a desapropriação restrita ao domínio útil do imóvel, ou seja, a desapropriação do domínio útil de imóvel que já foi anteriormente concedido pelo Ente Federal em favor do particular que assumiu a condição de foreiro ou enfiteuta.

Também a alegação fundamentada na disciplina do parágrafo 2º do art. 2º do DL 3365/1941, invocado na inicial, não ampara a pretensão da impetrante. O

referido dispositivo disciplina verdadeira hierarquia para a desapropriação de bens públicos. Assim, temos que a União Federal pode desapropriar bens de propriedade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e os Estados podem desapropriar bens dos Municípios. Impõe-se, destarte, verdadeira escala vertical por força do disposto no parágrafo 2º do art. 2º do DL 3365/1941.

Ocorre que, na hipótese, como já elucidado, mesmo que restasse demonstrada a propriedade da União Federal – o que não se tem nos autos – a desapropriação poderia estar limitada unicamente ao domínio útil do imóvel, que, frise-se, já foi anteriormente concedido pelo Ente Federal em favor do particular. Assim, neste particular, não se vislumbra vício capaz de ensejar a concessão da segurança.

Neste ponto, passamos ao exame do fundamento indicado para a desapropriação, alicerçado na hipótese prevista no art. 5º, alínea *i* do DL 3365/1941, que assim dispõe:

DL 3365/1941

Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

(...)

i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; *a construção ou ampliação de distritos industriais;*

(...)

Ainda, segundo o disposto nos parágrafos primeiro e segundo do dispositivo acima citado, a construção ou ampliação de distritos industriais inclui o loteamento das áreas destinadas à instalação das respectivas atividades, constando a exigência de que a efetivação da desapropriação para tal fim seja precedida de aprovação expressa por parte do Ente competente. Vejamos:

Art. 5º

(...)

§ 1º A construção ou ampliação de distritos industriais, de que trata a alínea *i* do *caput* deste artigo, inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas.

§ 2º A efetivação da desapropriação para fins de criação ou ampliação de distritos industriais depende de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação.

Em primeiro plano, cabe observar que o requisito legal inserto no parágrafo 2º do art. 5º do DL 3365/1941, relativo à prévia exigência de aprovação do Ente competente pelo projeto de implantação, expressamente se refere à efetivação da desapropriação, ou seja, à fase executória da expropriação.

Como de conhecimento, a desapropriação compreende duas fases: a fase declaratória – consubstanciada na declaração de utilidade pública; e, a fase executória – correspondente às providencias concretas para efetivar a manifestação de vontade inserida na declaração de utilidade pública. Note-se que a fase executória pode ser judicial ou extrajudicial¹.

Assim, apenas nesta segunda etapa da desapropriação, quando são adotadas providências concretas para se efetivar a expropriação, é que o parágrafo 2º do art. 5º do DL 3665/1941 exige a prévia aprovação do Ente competente para implantação do projeto. Contudo, na hipótese, ainda não se implementou a fase executória, mas, apenas, a fase declaratória da utilidade pública do bem. Porém, neste ponto, deve-se examinar a própria finalidade da desapropriação em tela, voltada à implementação de Distrito Industrial Naval.

A desapropriação com fundamento no art. 5º, inciso *i* do DL 3365/1941, como implementado na hipótese, apresenta fim urbanístico.

A desapropriação urbanística, na definição de José dos Santos Carvalho Filho², é aquela através da qual o “Poder Público pretende criar ou alterar planos de urbanização para as cidades”. Prossegue o referido autor lecionado que:

Esse tipo de desapropriação, como é fácil observar, costuma alcançar bairros inteiros e, por isso, o Poder Público tem o dever de definir previamente seus projetos urbanísticos, já que são eles o próprio motivo das desapropriações. Ressalve-se, porém, que nem sempre a desapropriação acarreta a possibilidade de transferência dos bens expropriados para terceiros. Será, contudo, admissível a transferência quando, ultimado o projeto urbanístico, o Poder Público, desinteressado de permanecer com os expropriados, tenha mesmo que repassá-los a terceiros. São exemplos desse tipo de desapropriação, que propicia a destinação a terceiros: a) a desapropriação para fins de urbanização e implantação de distritos industriais (art. 5º, *i*, da lei geral); b) a desapropriação urbanística para adequação de imóveis ao plano diretor do Município (art. 183, parágrafo 4º, da CF; Lei nº 10257/2001, Estatuto da Cidade).

¹ Definição contida na valiosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in*: Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros Editores, 14ª ed., p. 734.

² *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 19ª ed., p. 739.

Assim, da lição acima transcrita, verifica-se que a desapropriação em tela é classificada como urbanística, em virtude da natureza de sua destinação e pressupõe a realização de concretas intervenções urbanísticas na área, incluindo a possibilidade de seu loteamento.

Ocorre que a competência para declarar a utilidade pública de imóvel para fins urbanísticos é do Município, em virtude do comando inserto nos arts. 30, incisos I (interesse local) e VIII (ordenamento do solo) e 182, *caput* (política de desenvolvimento urbano) e parágrafo 3º, todos da Constituição Federal.

Sobre a competência exclusiva dos Municípios para a declaração de utilidade pública de imóvel para fins urbanísticos, José dos Santos Carvalho Filho³ expressamente elucida que:

A referida competência abrange não somente a desapropriação urbanística sancionatória, prevista no Estatuto da Cidade, como a desapropriação urbanística ordinária prevista no art. 5º, *i*, do Decr.-lei nº 3365/1941.

Note-se que a competência declaratória exclusiva conferida ao Município no que toca às desapropriações urbanísticas, como a presente, tem fundamento e se coaduna com as disposições da Carta Magna, que confia aos Entes Municipais competência para instituir a política de planejamento urbano e de ocupação do solo.

Note-se que a declaração de utilidade pública com fundamento no art. 5º, inciso *i*, do DL 3665/1941 tem como escopo a execução de planos de urbanização ou de loteamento com o fito de constituir distrito industrial, como se extrai da própria redação do dispositivo legal. Vale dizer, compreende verdadeira e drástica intervenção urbanística na área declarada como de utilidade pública.

Trata-se, pois, de propósito nitidamente vinculado ao aspecto urbanístico. Sobre a desapropriação fundamentada em tal dispositivo, Celso Antonio Bandeira de Mello⁴ esclarece que, nestes casos, a utilidade pública é:

a própria operação urbanística (planejamento urbano, criação ou ampliação de distritos industriais). Vale dizer, o que se considera finalidade da desapropriação é a intervenção do Poder Público para composição da feição urbana local, no que se compreende, obviamente, ao nosso ver, a reurbanização, ou seja, a transformação do precedente quadro urbanístico no sítio visado.

³ Obra citada, p. 736.

⁴ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, São Paulo, 14ªed., p. 746.

Desta forma, data vênia, a desapropriação com fundamento no art. 5º, inciso *i*, do DL 3665/1941 promove verdadeira reurbanização da área, razão pela qual, segundo a sistemática constitucional, a competência para a respectiva declaração de utilidade pública integra seara exclusiva de competência da Municipalidade.

Frise-se que a política de desenvolvimento urbano e o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo, encerram competências materiais exclusivas conferidas aos Municípios (art. 30, VIII e art. 182 da CF), não se admitindo interferência por parte dos Estados ou da União.

Logo, neste aspecto, considerando o fim específico indicado no diploma impugnado, vinculado a aspecto essencialmente urbanístico, constata-se no decreto expropriatório vício capaz de ensejar a concessão da segurança, em virtude da incompetência do Ente Estadual para declarar a utilidade pública de bem com fundamento no art. 5º, inciso *i*, do DL 3665/1941.

III – Da Conclusão

Isto posto, o parecer do MINISTÉRIO PÚBLICO é pela concessão da segurança vindicada pela impetrante, nos termos e em virtude dos fundamentos acima aduzidos.

Rio de Janeiro, 22 de março de 2013.

VERONICA C. R. ANTUNES ZYLBERMAN

Promotor de Justiça
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

A painting in a classical style, rendered in a monochromatic red and pink color palette. It depicts a person, likely a cadaver, lying on a table covered with a white cloth. A hand is visible in the lower right, holding a pen over the body, suggesting a scene of dissection or medical study. The background shows architectural elements like a doorway.

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 4.792 – ESPÍRITO SANTO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 56, INC. XXI, E 93 DA CONSTITUIÇÃO DO ESPÍRITO SANTO. INCOMPETÊNCIA DE ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE COMETIDOS POR GOVERNADOR. EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA PARA INSTAURAÇÃO DE PROCESSO CONTRA O GOVERNADOR POR PRÁTICA DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE.

1. Inconstitucionalidade formal decorrente da incompetência dos Estados-membros para legislar sobre processamento e julgamento de crimes de responsabilidade (art. 22, inc. I, da Constituição da República).

2. Constitucionalidade das normas estaduais que, por simetria, exigem a autorização prévia da assembleia legislativa como condição de procedibilidade para instauração de ação contra governador (art. 51, inc. I, da Constituição da República).

3. Ação julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o inc. XXI do art. 56 (“processar e julgar o governador e o vice-governador do estado nos crimes de responsabilidade e os secretários de estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles”); e da segunda parte do art. 93 da Constituição do Estado do Espírito Santo (“ou perante a assembleia legislativa, nos crimes de responsabilidade”).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo

Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente), na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, **julgar parcialmente procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade do inc. XXI do art. 56** (“processar e julgar o Governador e o Vice-Governador do Estado nos crimes de responsabilidade e os Secretários de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles”); e **da segunda parte do art. 93** (“ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade”), ambos os artigos da Constituição do Estado do Espírito Santo, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente a ação em relação à atribuição da Assembleia quanto aos crimes de responsabilidade, e procedente para afastar a necessidade de licença para ter-se a persecução criminal contra Governador nos crimes comuns. Ausentes o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), em viagem oficial a Roma, na Itália, para participar do “8º Congresso Internacional da Anamatra” e de audiências com diversas autoridades daquele país, e, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior, OAB/DF 16.275, e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Ela Wiecko Volckmer de Castilho, Vice-Procuradora-Geral da República.

Brasília, 12 de fevereiro de 2015.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA** – Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra os arts. 56, inc. XXI, e 93 da Constituição do Estado do Espírito Santo.

O CASO

2. Os dispositivos legais questionados estabelecem:

Art. 56. É da competência exclusiva da Assembleia Legislativa: XXI – processar e julgar o Governador e o Vice-Governador do Estado nos crimes de responsabilidade e os Secretários de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

(...)

Art. 93 - Depois que a Assembleia Legislativa declarar a admissibilidade da acusação contra o Governador do Estado, pelo voto de dois terços de seus membros, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.

3. O Autor alega a inconstitucionalidade dos arts. 56, inc. XXI, e 93 da Constituição do Estado do Espírito Santo por contrariedade aos arts. 1º, 2º, 5º, incs. XXXV e LIV, e 22, inc. I, da Constituição da República.

Argumenta haver inconstitucionalidade formal “[n]os dispositivos da Constituição do Estado de Espírito Santo [art. 56, inciso XXI, e a segunda parte do art. 93 ‘ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade’] que estabelecem o processamento e julgamento dos crimes de responsabilidade do Governador pela Assembleia Legislativa não se revestem de validade jurídica por dispor de matéria de competência normativa exclusiva da União Federal, ferindo, assim, a repartição de competência contida n[º] art. 22, inc. I, d]a Constituição Federal” (fls. 7-8 da petição inicial, grifos no original).

Sustenta ser “a matéria de competência legiferante da União Federal – NORMA DE PROCESSO E JULGAMENTO DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE – é tratada pela Lei nº 1079/50, a qual designa a um ‘tribunal especial’ (tribunal político) a competência para julgamento de Governador e prevê a possibilidade de suspensão das funções deste quando a Assembleia decretar a procedência da acusação” (fl. 9 da petição inicial, grifos no original).

Alega também inconstitucionalidade material, porque “a exigência de prévia autorização da Assembleia Legislativa para fins de autorizar a instauração de ação penal em desfavor do Governador (art. 93 – Depois que a Assembleia Legislativa declarar a admissibilidade da acusação contra o Governador do Estado, pelo voto de dois terços de seus membros) ofende os princípios republicano e da Separação dos Poderes (arts. 1º e 2º, CF), bem como do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF)” (fl. 10 da petição inicial, grifos no original).

Pondera ser “inaplicável a regra da simetria no caso em apreço, porquanto não [seria] possível estender aos Governadores a condição de procedibilidade da ação penal aplicável ao Presidente da República, sendo manifesta a violação do dispositivo impugnado ao princípio republicano (art. 1º)” (fl. 10 da petição inicial, grifos no original).

Ressalta que essa condição de procedibilidade instituída no art. 93 da Constituição do Estado do Espírito Santo contrariaria o “princípio da Separação dos Poderes (art. 2º) em razão da indevida interpretação extensiva da norma dirigida ao Chefe do Poder Executivo Federal, porquanto condiciona o exercício da função jurisdicional a uma autorização do Poder Legislativo [e] (...) vulnera[ria] o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), dada a imposição de uma condição indevida ao processamento e julgamento da ação penal proposta pelo Ministério Público, resultando, ademais, em ofensa ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade (art. 1º, art. 5º, LIV)” (fl. 11 da petição inicial).

Conclui que “a indignação popular e as manobras imorais realizadas pelas Assembleias Legislativas para impedir que Governadores possam ser processados e

julgados pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ em casos de robusta prova de culpabilidade, conforme recentes escândalos morais e éticos, justifica[ria]m o revolvimento da questão e da jurisprudência [deste Supremo Tribunal Federal]” (fl. 12 da petição inicial).

Afirma presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora a justificar o deferimento de medida cautelar.

Requer medida cautelar para suspender:

a) a eficácia do trecho constante do inciso XXI do art. 56 (“processar e julgar o Governador ... nos crimes de responsabilidade”), bem como da segunda parte do art. 93, qual seja, “... ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade”, ambos da Constituição do Estado do Espírito Santo (fl. 21 da petição inicial, grifos no original).

b) a eficácia da expressão “Depois que a Assembleia Legislativa declarar a admissibilidade da acusação contra o Governador do Estado, pelo voto de dois terços de seus membros,...”, constante do art. 93 da Constituição do Estado do Espírito Santo.(fl. 21 da petição inicial, grifos no original).

No mérito, pede *“seja julgado procedente o pedido da presente ação direta de inconstitucionalidade, declarando incompatível com a Constituição Federal, com efeito ex tunc, as expressões constantes do inciso XXI do art. 56, isto é, ‘processar e julgar o Governador (...) nos crimes de responsabilidade’, bem como os trechos: ‘Depois que a Assembleia Legislativa declarar a admissibilidade da acusação contra o Governador do Estado, pelo voto de dois terços de seus membros, (...) ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade’, constantes do art. 93 da Constituição do Estado do Espírito Santo.”* (fl. 22 da petição inicial, grifos no original)

Pede, ainda, *“caso assim não se entenda”,* que este Supremo Tribunal *“dê interpretação conforme à Constituição Federal ao inciso ‘XXI – processar e julgar o Governador... nos crimes de responsabilidade’, do art. 56 da Constituição do Estado de Espírito Santo, bem como à parte final do art. 93 (‘... ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade’) para o fim de estabelecer que referido julgamento deve ser feito por intermédio do Tribunal Especial previsto no art. 78 da Lei nº 1.079/1950”* (fls. 22-23 da petição inicial, grifos no original).

4. Em 13.6.2012, adotei o rito processual previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/1999.

5. Em 9.7.2012, a Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo defendeu a constitucionalidade das normas impugnadas, ao argumento de que *“o ditame federal destaca que o julgamento dos crimes de responsabilidade se processará nos termos que determinar as Constituições Estaduais, de modo que o inciso XXI do art. 56 e o art. 93, ambos da Constituição Estadual do Espírito Santo, buscam sua validade e*

eficácia justamente no permissivo constitucional federal previsto no art. 22, I, e parágrafo único c/c a autorização legislativa prevista no caput do art. 78 da Lei nº 1.079/1950”.

Para o Autor seria inaplicável ao caso a Súmula nº 722 deste Supremo Tribunal Federal, pois o Estado não nega que *“compete à União Federal ‘a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento’, sendo possibilitado, entretanto, aos Estados-membros, com base no parágrafo único do art. 22 da CF/1988 e autorização prevista no caput do art. 78 da Lei nº 1.079/1950, legislar sobre o processo e julgamento nos casos de crimes de responsabilidade e comuns cometidos por Governador de Estado.”* (grifos no original)

Alegou que *“as condições de procedibilidade contidas no texto da Constituição do Estado do Espírito Santo se compatibilizam com o princípio republicano e da separação dos poderes, guardando simetria com o previsto no art. 51, inc. I, da CF/1988, eis que [as normas impugnadas] preveem prerrogativas idênticas às constitucionalmente conferidas às autoridades nacionais que desempenham, no âmbito da União, funções correlatas às exercidas pelo Governador do Estado”.*

6. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela procedência do pedido quanto *“às expressões ‘processar e julgar o Governador (...) nos crimes de responsabilidade’ e ‘ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade’, constantes, respectivamente, do artigo 56, inciso XXI, e 93, ambos da Constituição do Estado do Espírito Santo, [ao argumento de serem] formalmente inconstitucionais, uma vez que ofendem o disposto no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal”.*

Afirmou, entretanto, a constitucionalidade da expressão *“depois que a Assembleia Legislativa declarar a admissibilidade da acusação contra o Governador do Estado, pelo voto de dois terços de seus membros, será ele submetido a julgamento”*, contida no art. 93 da Constituição estadual, ao argumento de que essas normas estão *“em absoluta simetria com as regras inscritas nos artigos 51, inciso I, e 86, caput, da Constituição Federal. (...) sem, com isso, excluir ou impedir a apreciação pelo Poder Judiciário a respeito de qualquer matéria ou controvérsia”.*

7. A Procuradoria-Geral da República opinou pela procedência da ação.

Argumentou que *“os arts. 56, XXI, e 93 da Constituição do Estado do Espírito Santo, este último na parte em que atribui à Assembleia Legislativa a competência para julgar o governador nos crimes de responsabilidade, incidem em inconstitucionalidade formal por violarem competência privativa da União para legislar acerca de crimes de responsabilidade, conforme entendimento já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal”.*

Quanto à inconstitucionalidade material, asseverou *“não cabe[r] a aplicação do princípio da simetria na hipótese. A condição de procedibilidade prevista no art. 51, inciso I, da Constituição da República é norma de caráter excepcionalíssimo, que não pode ser estendida a autoridades estaduais não contempladas pelo poder constituinte originário, seja pelo intérprete, seja por decisão das constituições estaduais ou da Lei Orgânica do Distrito Federal, sob pena de afronta aos princípios republicanos, da separação dos poderes, da inafastabilidade da prestação jurisdicional e da proporcionalidade”.*

Ponderou que a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 35/2001 evidenciaria a necessidade de mudança da jurisprudência deste Supremo Tribunal sobre a matéria.

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada aos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei nº 9.868/1999 c/c o art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. Na presente ação direta de inconstitucionalidade discute-se a constitucionalidade dos arts. 56, inc. XXI, e 93 da Constituição do Estado do Espírito Santo.

2. O Autor argumenta, em síntese, que as normas impugnadas teriam contrariado os arts. 1º, 2º, 5º, incs. XXXV e LIV, e 22, inc. I, da Constituição da República.

Haveria inconstitucionalidade formal porque *“a competência para estabelecimento de regras para o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade [estaria] reservada à União Federal, consoante entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal na edição da Súmula 722”* (fl. 5 da petição inicial).

A inconstitucionalidade material estaria evidenciada porque *“o regime de responsabilização apregoado pela Carta da República não [teria] defin[ido] a exigência de anuência prévia do Legislativo Estadual para instauração de persecução criminal em desfavor de Governadores de Estado ou do Distrito Federal, ou mesmo contra outras autoridades estaduais ou distritais”* (fl. 10 da petição inicial).

Da inconstitucionalidade formal:
competência para legislar sobre o processamento de crime de responsabilidade

3. As normas impugnadas dispõem:

Art. 56. É da competência exclusiva da Assembleia Legislativa: XXI – processar e julgar o Governador e o Vice-Governador do Estado nos crimes de responsabilidade e os Secretários de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

(...)

Art. 93-Depois que a Assembleia Legislativa declarar a admissibilidade da acusação contra o Governador do Estado, pelo voto de dois terços de seus membros, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.

(grifos nossos)

4. A questão posta na presente ação direta de inconstitucionalidade não é nova neste Supremo Tribunal Federal, que tem afirmado há pelo menos duas décadas ser da competência da União legislar sobre normas de processamento e julgamento de crimes de responsabilidade praticados por governadores e vice-governadores.

O art. 22, inc. I, da Constituição da República prevê:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

O *caput* do art. 48 da Constituição da República estabelece:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:.

O art. 85 da Constituição da República dispõe:

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I – a existência da União;

II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV – a segurança interna do País;

V – a probidade na administração;

VI – a lei orçamentária;

VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Da conjugação dessas normas constitucionais tem-se que somente lei especial votada pelo Congresso Nacional, logo, nacional, pode fixar regras processuais e de julgamento para punir os autores de crimes de responsabilidade.

Na assentada de 16.11.2011, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.220/SP, de minha relatoria:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ARTS. 10, § 2º, ITEM 1; 48; 49, CAPUT, §§ 1º, 2º E 3º, ITEM 2; E 50. CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA DA UNIÃO.(...) 2. A definição das condutas típicas configuradoras do crime de responsabilidade e o estabelecimento de regras que disciplinem o processo e julgamento das agentes políticos federais, estaduais ou municipais envolvidos são da competência legislativa privativa da União e devem ser tratados em lei nacional especial (art. 85 da Constituição da República). Precedentes. Ação julgada procedente quanto às normas do art. 48; da expressão “ou nos crimes de responsabilidade, perante Tribunal Especial” do caput do art. 49; dos §§ 1º, 2º e 3º, item 2, do art. 49 e do art. 50, todos da Constituição do Estado de São Paulo. 3. Ação julgada parcialmente prejudicada e na parte remanescente julgada procedente.

(DJ 7.12.2011, grifos nossos)

E ainda:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DA EXPRESSÃO “E JULGAR” [ART. 40, XX]; DO TRECHO “POR OITO ANOS” [ART. 40, PARÁGRAFO ÚNICO]; DO ART. 73, § 1º, II, E §§ 3º E 4º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. IMPUGNAÇÃO DE EXPRESSÃO CONTIDA NO § 4º DO ARTIGO 232 DO REGIMENTO INTERNO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. PRECEITOS RELATIVOS AO PROCESSO DE IMPEACHMENT DO GOVERNADOR. LEI FEDERAL Nº 1.079/50. CRIMES DE RESPONSABILIDADE. RECEBIMENTO DO ARTIGO 78 PELA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 22, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A expressão “e julgar”, que consta do inciso XX do artigo 40, e o inciso II do § 1º do artigo 73 da Constituição catarinense consubstanciam normas processuais a serem observadas no julgamento da prática de crimes de responsabilidade. Matéria cuja competência legislativa é da União. Precedentes. 2. Lei federal nº 1.079/50, que disciplina

o processamento dos crimes de responsabilidade. Recebimento, pela Constituição vigente, do disposto no artigo 78, que atribui a um Tribunal Especial a competência para julgar o Governador. Precedentes. 3. Inconstitucionalidade formal dos preceitos que dispõem sobre processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, matéria de competência legislativa da União. 4. A CB/88 elevou o prazo de inabilitação de 5 (cinco) para 8 (oito) anos em relação às autoridades apontadas. Artigo 2º da Lei nº 1.079 revogado, no que contraria a Constituição do Brasil. 5. A Constituição não cuidou da matéria no que respeita às autoridades estaduais. O disposto no artigo 78 da Lei nº 1.079 permanece hígido – o prazo de inabilitação das autoridades estaduais não foi alterado. O Estado-membro carece de competência legislativa para majorar o prazo de cinco anos – artigos 22, inciso I, e parágrafo único do artigo 85, da CB/88, que tratam de matéria cuja competência para legislar é da União. 6. O Regimento da Assembleia Legislativa catarinense foi integralmente revogado. Prejuízo da ação no que se refere à impugnação do trecho “do qual fará chegar uma via ao substituto constitucional do Governador para que assumo o poder, no dia em que entre em vigor a decisão da Assembleia”, constante do § 4º do artigo 232. 7. Pedido julgado parcialmente procedente, para declarar inconstitucionais: i) as expressões “e julgar”, constante do inciso XX do artigo 40, e ii) “por oito anos”, constante do parágrafo único desse mesmo artigo, e o inciso II do § 1º do artigo 73 da Constituição daquele Estado-membro. (...) (ADI 1.628/SC, Relator o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 24.11.2006, grifos nossos).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.293, DE 20 DE JUNHO DE 1.990, DO ESTADO DO PARANÁ. ANISTIA. INTEGRANTES DO MAGISTÉRIO E DEMAIS SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DO PARANÁ. PUNIÇÃO DECORRENTE DE INTERRUPÇÃO DAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS. PARALISAÇÃO. PUNIÇÕES SEM EFEITOS DE 1º DE JANEIRO A 20 DE JUNHO DE 1.990. NÃO CUMPRIMENTO DO PRECEITO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 22, INCISO I; 25, CAPUT; 61, § 1º, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. (...). 6. Ao Estado-membro não compete inovar na matéria de crimes de responsabilidade --- artigo 22, inciso I, da Constituição do Brasil. Matéria de competência da União. “São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento” [Súmula 722]. 7. Ação direta julgada procedente, por maioria, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 9.293/90

do Estado do Paraná. (ADI 341/PR, Relator o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 11.6.2010, grifos nossos).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 11/99. VÍCIO DE INICIATIVA. CRIAÇÃO DE CARGOS, FUNÇÕES OU EMPREGOS PÚBLICOS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO FEDERAL. (...) 2. Crime de responsabilidade. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que compete à União Federal tanto a definição desse delito, quanto a regulamentação do respectivo processo e julgamento. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 2.050/RO, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Plenário, DJ 2.4.2004, grifos nossos)

EMENTA: Segundo a orientação do Supremo Tribunal, é da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade bem como a disciplina do respectivo processo e julgamento (cfr. ADIMC 1268, DJ 26-9-97; ADIMC 2050, DJ 1-10-99). Relevância jurídica também da arguição de inconstitucionalidade de Decreto-legislativo editado para tornar insubsistente norma de lei formal (ADIMC 1254, DJ de 17.3.2000). (ADI 2.235-MC/AP, Relator o Ministro Octávio Gallotti, Plenário, DJ 7.5.2004, grifos nossos)

E ainda: ADI 1.879/RO, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, DJ 11.3.2005; ADI 1.901/MG, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 9.5.2003; ADI 132/RO, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 30.5.2003; e ADI 2.592/RO, Relator o Ministro Sydney Sanches, Plenário, DJ 23.5.2003.

5. De se destacar que a lei nacional especial a que se refere o parágrafo único do art. 85 da Constituição da República é a Lei nº 1.079/1950, recepcionada pela ordem constitucional vigente (ADI 1.628/SC, Relator o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 24.11.2006; MS 24.297/DF, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Plenário, DJ 14.2.2003; MS 21.564/DF, Relator o Ministro Octavio Gallotti, Redator para o acórdão o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 27.8.1993; e MS 21.623/DF, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 28.5.1993).

Paralelamente à Lei nº 1.079/1950, há ainda o Decreto-Lei nº 201/1967, que cuida dos crimes de responsabilidade cometidos por prefeitos e vereadores, a evidenciar a competência da União para legislar sobre a matéria (HC 69.915/BA, Relator o Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ 8.4.1994; HC 74.675/PA, Relator o Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ 4.4.1997; HC 85.184/RS, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ 8.4.2005; AI 749.522-AgR/PR, Relator o Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, DJ 7.10.2010; RHC 107.675/DF, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 10.11.2011).

6. A Súmula nº 722 do Supremo Tribunal Federal confirma esse entendimento:

Súmula 722:

São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.

7. Nesse sentido foi a manifestação da Advocacia-Geral da União:

Ressalte-se, desde logo, que a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que a tipificação dos crimes de responsabilidade, bem assim o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência privativa da União, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

(...)

A respeito do tema, o reiterado entendimento dessa Suprema Corte culminou na edição do verbete de nº 722 da Súmula de sua jurisprudência predominante, in verbis: (...)

Com efeito, determina a Constituição, em seu artigo 22, inciso I, que compete privativamente à União legislar sobre direito penal e processual penal, prevendo, ainda, ao dispor sobre os crimes de responsabilidade praticáveis pelo Presidente da República, que tais infrações devem ser definidas “em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento” (artigo 85, parágrafo único, da Lei Maior).

(...)

Dessa maneira, conclui-se que as expressões “processar e julgar o Governador (...) nos crimes de responsabilidade” e “ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.”, constantes, respectivamente, do artigo 56, inciso XXI; e 93, ambos da Constituição do Estado do Espírito Santo, são formalmente inconstitucionais, uma vez que ofendem o disposto no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

8. Na mesma linha, o parecer do Procurador-Geral da República:

os arts. 56, XXI, e 93, da Constituição do Estado do Espírito Santo, este último na parte em que atribui à Assembleia Legislativa a competência para julgar o governador nos crimes de responsabilidade, incidem em inconstitucionalidade formal por violarem competência privativa da União para legislar acerca de crimes de responsabilidade, conforme entendimento já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal.

9. Assim, ao atribuir competência para a Assembleia Legislativa “processar e julgar o Governador e o Vice-Governador nos crimes de responsabilidade e os Secretários de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles”, nos termos do inc. XXI do art. 56 e da segunda parte do art. 93 da Constituição estadual, o constituinte capixaba contrariou o art. 22, inc. I, da Constituição da República.

Da inconstitucionalidade material:
exigência de autorização da assembleia legislativa
para instauração de processo contra governador

10. Na tentativa de evidenciar a inconstitucionalidade da exigência de autorização da assembleia legislativa para instauração de processo contra o governador e vice-governador do Estado do Espírito Santo, o Autor, acompanhado pela Procuradoria-Geral da República, insiste na impossibilidade de reprodução pelos Estados-membros, por simetria, da norma do art. 51, inc. I, da Constituição da República.

A Constituição da República erige, em seu art. 1º, o princípio federativo que explicita o espaço constitucional de autonomia de cada Estado e assegura aos entes federados, para cumprimento desse princípio, a competência privativa.

Em seu art. 25, a Constituição autoriza os Estados-membros a se organizarem segundo suas respectivas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios constitucionais.

O modelo de federalismo de equilíbrio adotado no Brasil acolhe o princípio da simetria, segundo o qual a principiologia harmoniza as estruturas e as regras que formam o sistema nacional e os sistemas estaduais, de modo a não desconstituir os modelos adotados no plano nacional e nos segmentos federados em suas linhas mestras. Nesse quadro, o equilíbrio federativo, vem com a unidade que se realiza na diversidade congregada e harmoniosa.

11. Nesse sentido são os ensinamentos de Raul Machado Horta:

A precedência da Constituição Federal sobre a do Estado-Membro é exigência lógica da organização federal, e essa precedência, que confere validade ao sistema federal, imprime a força de matriz originária ao constituinte federal e faz do constituinte estadual um segmento derivado daquele.

A precedência lógico-jurídica do constituinte federal na organização originária da Federação torna a Constituição Federal a sede de normas centrais que vão conferir homogeneidade aos ordenamentos parciais constitutivos do Estado Federal, seja no plano constitucional, no domínio das Constituições Estaduais,

seja na área subordinada da legislação ordinária. (HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 69).

Em estudo dedicado ao tema, Marcelo Labanca Corrêa de Araújo destaca que o princípio da simetria consiste em:

princípio de interpretação da nova hermenêutica constitucional destinado a identificar normas de extensão na Constituição Federal que devem ser necessariamente reproduzidas pelas Constituições estaduais, bem como destinado a identificar as normas da Constituição Federal que, mesmo não gerando a obrigação de reprodução, geram a imitação facultativa de um modelo federal válido para os estados membros, funcionando, inclusive, como argumento de exclusão das vedações para reprodução desses mesmos modelos. (ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição constitucional e federação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 129).

Dos princípios que merecem observância integral pelos Estados-membros destacam-se o republicano e o federativo, essenciais para elucidar a conclusão que se segue, pois, como se verá, concretizam as normas constitucionais que autorizam a elaboração de normas estaduais à luz da autonomia que lhes é assegurada.

Saber se a condição de procedibilidade instituída pelo art. 51, inc. I, da Constituição da República quanto ao presidente da República, do vice-presidente da República e dos ministros de Estado pode, ou não, ser estendida, por simetria, aos governadores é a questão constitucional a ser respondida neste tópico.

12. De se esclarecer, inicialmente, que o objeto da presente ação não se confunde com a discussão relacionada à necessidade de autorização da assembleia legislativa para fins de decretação de prisão cautelar de governador.

A imunidade à prisão cautelar assegurada ao presidente da República, nos termos do art. 86, §§ 3º e 4º, da Constituição da República, segundo a pacífica jurisprudência deste Supremo Tribunal, é prerrogativa exclusiva do chefe de Estado ínsita à distinção e à natureza jurídica e política do cargo, que não pode ser estendida aos governadores:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL – OUTORGA DE PRERROGATIVAS DE CARÁTER PROCESSUAL PENAL AO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL – IMUNIDADE A PRISÃO CAUTELAR E A QUALQUER PROCESSO PENAL POR DELITOS ESTRANHOS A FUNÇÃO

GOVERNAMENTAL – INADMISSIBILIDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO REPUBLICANO – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO – PRERROGATIVAS INERENTES AO PRESIDENTE DA REPUBLICA ENQUANTO CHEFE DE ESTADO (CF/88, ART. 86, PAR. 3. E 4.) – AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. PRINCÍPIO REPUBLICANO E RESPONSABILIDADE DOS GOVERNANTES. – *A responsabilidade dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais a configuração mesma da ideia republicana. A consagração do princípio da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, constitui consequência necessária da forma republicana de governo adotada pela Constituição Federal. O princípio republicano exprime, a partir da ideia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos – os Governadores de Estado e do Distrito Federal, em particular – são igualmente responsáveis perante a lei.* RESPONSABILIDADE PENAL DO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL. – *O Governador do Distrito Federal – que dispõe de prerrogativa de foro racione muneris perante o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, a) – esta permanentemente sujeito, uma vez obtida a necessária licença da respectiva Câmara Legislativa (RE 153.968-BA, Rel. Min. ILMAR GALVAO; RE 159.230-PB, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), a processo penal condenatório, ainda que as infrações penais a ele imputadas sejam estranhas ao exercício das funções governamentais. – A imunidade do Chefe de Estado a persecução penal deriva de cláusula constitucional exorbitante do direito comum e, por traduzir consequência derogatória do postulado republicano, só pode ser outorgada pela própria Constituição Federal. Precedentes: RTJ 144/136, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; RTJ 146/467, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Análise do direito comparado e da Carta Política brasileira de 1937.* IMUNIDADE A PRISÃO CAUTELAR – PRERROGATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXTENSÃO, MEDIANTE NORMA DA LEI ORGÂNICA, AO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL. – *O Distrito Federal, ainda que em norma constante de sua própria Lei Orgânica, não dispõe de competência para outorgar ao Governador a prerrogativa extraordinária da imunidade a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária, pois a disciplinação dessas modalidades de prisão cautelar submete-se, com exclusividade, ao poder normativo da União Federal, por efeito de expressa reserva constitucional de competência definida pela Carta da Republica. – A norma constante da Lei Orgânica do Distrito Federal – que impede a prisão do Governador do DF antes de sua condenação penal definitiva – não se reveste de validade jurídica e, conseqüentemente,*

não pode subsistir em face de sua evidente incompatibilidade com o texto da Constituição Federal. PRERROGATIVAS INERENTES AO PRESIDENTE DA REPUBLICA ENQUANTO CHEFE DE ESTADO. – O Distrito Federal não pode reproduzir em sua própria Lei Orgânica – não obstante a qualificação desse diploma normativo como estatuto de natureza constitucional (ADIn 980-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – o conteúdo material dos preceitos inscritos no art. 86, 3º e 4º, da Carta Federal, pois as prerrogativas contempladas nesses preceitos da Lei Fundamental, por serem unicamente compatíveis com a condição institucional de Chefe de Estado, são apenas extensíveis ao Presidente da Republica. Precedente: ADIn 978-PB, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO. (ADI 1.023/RO, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 17.11.1995, grifos nossos).

E ainda: ADI 978, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 24.11.1995; ADI 1.020/DF, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 17.11.1995; ADI 1.024/SC, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 17.11.1995; ADI 1.028/PE, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 17.11.1995; e ADI 1.634-MC/SC, Relator o Ministro Néri da Silveira, Plenário, DJ 8.9.2000.

13. Essa questão foi recentemente debatida no julgamento do *Habeas Corpus* nº 102.732, no qual José Roberto Arruda, ex-governador do Distrito Federal, pleiteou fosse concedida ordem para obstar a prisão preventiva decretada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao argumento, entre outros, de que essa medida estaria condicionada à autorização prévia da Câmara Legislativa.

Para afastar a pretensão daquele paciente, o Plenário deste Supremo Tribunal analisou a distinção existente entre a autorização prévia da assembleia legislativa para fins de prisão cautelar de governador (ADI 1.020) e a necessidade de observância dessa condição de procedibilidade (autorização prévia da assembleia legislativa) para fins de instauração de processo contra governador (HC 80.511 e HC 86.015) e assentou, ao final, que *“a regra da prévia licença da Casa Legislativa como condição da procedibilidade para deliberar-se sobre o recebimento da denúncia não se irradia a ponto de apanhar prática de ato judicial diverso como é o referente à prisão preventiva na fase de inquérito”* (DJ 7.5.2010).

Invocando precedentes que declararam a inconstitucionalidade de normas estaduais que estenderam a imunidade à prisão cautelar a governadores, os Ministros ponderaram sobre a excepcionalidade dos fatos narrados no processo e destacaram a importância da apuração dos fatos pelas autoridades competentes, de modo a viabilizar a aplicação da legislação vigente, como o respectivo combate às práticas que enfraquecem a República brasileira.

Nas palavras do Ministro Ayres Britto:

Não há necessidade de prévia autorização da Câmara Legislativa para o processo do Governador, simplesmente porque não há processo, há um pré-processo, que é o inquérito policial. Sabemos de cor e salteado que o processo penal se instaura com o recebimento da denúncia. Ora, o inquérito pré-processo está para a denúncia assim como a denúncia está para a jurisdição penal, tudo sequenciadamente.

Disse bem o Ministro Peluso, a meu ver: se se obstaculizar a abertura de uma investigação policial, nós estaremos blindando as autoridades públicas, mesmo a governadoria de Estado, como se fossem eles dotados daquela irresponsabilidade jurídica de que tratava o artigo 99 da Constituição Imperial, repito, fazendo da pessoa do Imperador uma figura inviolável, absolutamente inviolável, sagrada e juridicamente irresponsável; respondiam por ele os seus Ministros de Estado.

Em matéria penal, nunca é demasiado lembrar que o tamanho das garantias constitucionais se mede pela trena da investigação; se a investigação se contiver no plano do inquérito policial, o tamanho das garantias constitucionais é evidente que é menor do que se a investigação já estiver no plano da instrução penal propriamente dita, do processo penal propriamente dito. Por isso que no inquérito não há propriamente abertura de espaço para o contraditório e a ampla defesa, tal como conceituados esses dois institutos, conceituadas essas duas garantias pelo Supremo e pela doutrina. Aliás, a Constituição é claríssima, ela assegura o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos e judiciais, não nos pré-processos, porque os processos, tanto administrativos como judiciais, deságuam numa decisão; eles constituem uma sequência ordenada de atos preparatórios de uma decisão estatal. Ora, não há decisão nenhuma no inquérito. O inquérito é concluído por um relatório, que será encaminhado ao Poder Judiciário e reenviado ao Ministério Público.

Na mesma linha posicionou-se o Ministro Celso de Mello:

Cumprir destacar, neste ponto, que a garantia da imunidade em sentido formal não impede a instauração de inquérito contra Governador de Estado ou do Distrito Federal, que está sujeito, em consequência – e independentemente de qualquer autorização do Legislativo –, aos atos de investigação criminal promovidos pela Polícia Judiciária, desde que essas medidas pré-processuais de persecução penal, no entanto, sejam

adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante órgão judiciário competente – o STJ, no caso de o investigando ser Governador (CF, art. 105, I, “a”):

– A garantia da imunidade parlamentar em sentido formal não impede a instauração de inquérito policial contra membro do Poder Legislativo, que está sujeito, em consequência – e independentemente de qualquer licença congressional –, aos atos de investigação criminal promovidos pela Polícia Judiciária, desde que essas medidas pré-processuais de persecução penal sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante órgão judiciário competente: o STF, no caso de os investigandos serem congressistas (CF, art. 102, I, ‘b’).(Rcl 511/PB, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Tenho para mim, de outro lado, consideradas as razões ora expostas pelo eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA, sobre a necessidade, ou não, de prévia autorização da Câmara Legislativa, para efeito de válida instauração, contra o Governador do Distrito Federal, ora paciente, de procedimento penal, que tal discussão, na presente fase ritual, revela-se prematura.

Avançando no debate, o Ministro Joaquim Barbosa, ao denegar a ordem, declarou a inconstitucionalidade do art. 60, inc. XXIII, da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Como suscitado naquele julgamento e na petição inicial da presente ação, cujos argumentos foram reiterados em, pelo menos, outras 23 ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 4.386/SC, ADI 4.674/RJ, ADI 4.675/MA, ADI 4.764/AC, ADI 4.765/AP, ADI 4.766/AL, ADI 4.771/AM, ADI 4.772/RJ, ADI 4.773/GO, ADI 4.775/CE, ADI 4.777/BA, ADI 4.778/PB, ADI 4.781/MS, ADI 4.790/PA, ADI 4.791/PR, ADI 4.793/PE, ADI 4.797/MT, ADI 4.798/PI, ADI 4.799, ADI 4.800/RO, ADI 4.804/TO, ADI 4.805/RR, ADI 4.811/MG), é tempo de o Supremo Tribunal Federal, passados quase 25 anos da promulgação da Constituição, revisitar seus precedentes sobre a matéria para esclarecer a (in)constitucionalidade de normas estaduais que reproduzem, em alguma medida, o art. 51, inc. I, da Constituição da República.

14. Parte do que se analisa nesta ação versa exatamente sobre a necessidade de autorização prévia da assembleia legislativa para a instauração de processo contra governador:

Art. 93 – Depois que a Assembleia Legislativa declarar a admissibilidade da acusação contra o Governador do Estado, pelo voto de dois terços de seus membros, será ele submetido a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações

penais comuns ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade.

(grifos nossos)

15. No plano federal, a exigência de autorização por 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados para a instauração de processo contra o presidente e o vice-presidente da República e os ministros de Estado está prevista no art. 51, inc. I, da Constituição da República.

16. Instado a se manifestar sobre a validade das normas que estenderam essa exigência para o plano estadual, desde meados da década de 1990, este Supremo Tribunal Federal tem confirmado a constitucionalidade das normas estaduais que estabelecem a autorização prévia da assembleia legislativa como condição de admissibilidade (ou de procedibilidade) de ações (judiciais) relacionadas a crimes comuns ou de responsabilidade supostamente praticados por governador e vice-governador.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 159.230/PB, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, ao confirmar a competência originária do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar ações relacionadas a crimes comuns praticados por governadores, a Primeira Turma deste Supremo Tribunal assentou a inexistência de inconstitucionalidade da exigência de autorização prévia da assembleia legislativa:

EMENTA: Governador de Estado: processo por crime comum: competência originária do Superior Tribunal de Justiça que não implica a inconstitucionalidade da exigência pela Constituição Estadual da autorização prévia da Assembleia Legislativa. I – A transferência para o STJ da competência originária para o processo por crime comum contra os Governadores, ao invés de elidi-la, reforça a constitucionalidade da exigência da autorização da Assembleia Legislativa para a sua instauração: se, no modelo federal, a exigência da autorização da Câmara dos Deputados para o processo contra o Presidente da República finca raízes no princípio da independência dos poderes centrais, a mesma inspiração se soma o dogma da autonomia do Estado-membro perante a União, quando se cuida de confiar a própria subsistência do mandato do Governador do primeiro a um órgão judiciário federal. II – A necessidade da autorização prévia da Assembleia Legislativa não traz o risco, quando negadas, de propiciar a impunidade dos delitos dos Governadores: a denegação traduz simples obstáculo temporário ao curso de ação penal, que implica, enquanto durar, a suspensão do fluxo do prazo prescricional. (DJ 10.6.1994, grifos nossos)

Nessa linha foi o julgamento pelo Plenário deste Supremo Tribunal da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 978/PB, Relator o Ministro Ilmar Galvão e Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello:

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA PARAIBA – OUTORGA DE PRERROGATIVAS DE CARÁTER PROCESSUAL PENAL AO GOVERNADOR DO ESTADO – IMUNIDADE A PRISÃO CAUTELAR E A QUALQUER PROCESSO PENAL POR DELITOS ESTRANHOS A FUNÇÃO GOVERNAMENTAL – INADMISSIBILIDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO REPUBLICANO – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO – PRERROGATIVAS INERENTES AO PRESIDENTE DA REPUBLICA ENQUANTO CHEFE DE ESTADO (CF/88, ART. 86, PAR. 3. E 4.) – AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. PRINCÍPIO REPUBLICANO E RESPONSABILIDADE DOS GOVERNANTES. – A responsabilidade dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais a configuração mesma da ideia republicana. A consagração do princípio da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, constitui consequência necessária da forma republicana de governo adotada pela Constituição Federal. O princípio republicano exprime, a partir da ideia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos – os Governadores de Estado e do Distrito Federal, em particular – são igualmente responsáveis perante a lei. RESPONSABILIDADE PENAL DO GOVERNADOR DO ESTADO. – Os Governadores de Estado – que dispõem de prerrogativa de foro *ratione muneris* perante o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, a) – estão permanentemente sujeitos, uma vez obtida a necessária licença da respectiva Assembleia Legislativa (RE 153.968-BA, Rel. Min. ILMAR GALVAO; RE 159.230-PB, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), a processo penal condenatório, ainda que as infrações penais a eles imputadas sejam estranhas ao exercício das funções governamentais. – A imunidade do Chefe de Estado a persecução penal deriva de cláusula constitucional exorbitante do direito comum e, por traduzir consequência derogatória do postulado republicano, só pode ser outorgada pela própria Constituição Federal. Precedentes: RTJ 144/136, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; RTJ 146/467, Rel. Min. CELSO DE MELLO. (DJ 24.11.1995, grifos nossos)*

E ainda:

EMENTA: – Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Expressões: “... depois de declarada, por aquela, pelo voto de dois terços de seus

membros, a procedência da acusação”, *insertas no caput do art. 73, da Constituição do Estado de Santa Catarina e expressões: “por dois terços dos membros da Assembleia concluindo pelo recebimento da representação...” constantes do § 4º do art. 243, do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina.* 3. A Corte, no julgamento de cautelar na ADI 1628- 8- SC, já adotou posição quanto à aplicabilidade do quorum de 2/3 previsto na Constituição Federal como o a ser observado, pela Assembleia Legislativa, na deliberação sobre a procedência da acusação contra o Governador do Estado. *Fundamentos inacolhíveis para determinar a suspensão da vigência das expressões.* 4. *Orientação desta Corte, no que concerne ao art. 86, §§ 3º e 4º, da Constituição, na ADI 1028, de referência à imunidade à prisão cautelar como prerrogativa exclusiva do Presidente da República, insuscetível de estender-se aos Governadores dos Estados, que institucionalmente, não a possuem.* 5. Medida cautelar indeferida. (ADI 1.634/SC, Relator o Ministro Néri da Silveira, Plenário, DJ 8.9.2000, grifos nossos)

EMENTA: HABEAS CORPUS – GOVERNADOR DE ESTADO – INSTAURAÇÃO DE PERSECUÇÃO PENAL – COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO A SER DADA PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO – EXIGÊNCIA QUE DECORRE DO PRINCÍPIO DA FEDERAÇÃO – HABEAS CORPUS DEFERIDO. PRINCÍPIO REPUBLICANO E RESPONSABILIDADE PLENA DOS GOVERNANTES. – A responsabilidade dos governantes *tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais à configuração mesma da ideia republicana (RTJ 162/462-464). A consagração do princípio da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, constitui consequência necessária da forma republicana de governo adotada pela Constituição Federal.* O princípio republicano *exprime, a partir da ideia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos – os Governadores de Estado e do Distrito Federal, em particular – são igualmente responsáveis perante a lei.* **RESPONSABILIDADE PENAL DO GOVERNADOR DO ESTADO.** – Os Governadores de Estado – que dispõem de prerrogativa de foro *ratione muneris*, perante o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, a) – estão sujeitos, uma vez obtida a necessária licença da respectiva Assembleia Legislativa (RTJ 151/978-979 - RTJ 158/280 - RTJ 170/40-41 – *Lex/Jurisprudência do STF 210/24-26*), a processo penal condenatório, ainda que as infrações penais a eles imputadas sejam estranhas ao exercício das funções governamentais. **CONTROLE LEGISLATIVO DA PERSECUÇÃO PENAL INSTAURADA CONTRA GOVERNADOR DE ESTADO.** – A jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, atenta ao princípio da Federação, impõe

que a instauração de persecução penal, perante o Superior Tribunal de Justiça, contra Governador de Estado, por supostas práticas delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública ou de iniciativa privada, seja necessariamente precedida de autorização legislativa, dada pelo Poder Legislativo local, a quem incumbe, com fundamento em juízo de caráter eminentemente discricionário, exercer verdadeiro controle político prévio de qualquer acusação penal deduzida contra o Chefe do Poder Executivo do Estado-membro, compreendidas, na locução constitucional “crimes comuns”, todas as infrações penais (RTJ 33/590 - RTJ 166/785-786), inclusive as de caráter eleitoral (RTJ 63/1 - RTJ 148/689 - RTJ 150/688-689), e, até mesmo, as de natureza meramente contravençional (RTJ 91/423). Essa orientação – que submete, à Assembleia Legislativa local, a avaliação política sobre a conveniência de autorizar-se, ou não, o processamento de acusação penal contra o Governador do Estado – funda-se na circunstância de que, recebida a denúncia ou a queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça, dar-se-á a suspensão funcional do Chefe do Poder Executivo estadual, que ficará afastado, temporariamente, do exercício do mandato que lhe foi conferido por voto popular, daí resultando verdadeira “destituição indireta de suas funções”, com grave comprometimento da própria autonomia político-institucional da unidade federada que dirige. (HC 80.511/MG, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 14.9.2001, grifos nossos)

EMENTA: Governador de Estado: processo por crime comum: competência originária do Superior Tribunal de Justiça que não implica a inconstitucionalidade da exigência pela Constituição Estadual da autorização prévia da Assembleia Legislativa. 1. A transferência para o STJ da competência originária para o processo por crime comum contra os Governadores, ao invés de elidi-la, reforça a constitucionalidade da exigência da autorização da Assembleia Legislativa para a sua instauração: se, no modelo federal, a exigência da autorização da Câmara dos Deputados para o processo contra o Presidente da República finca raízes no princípio da independência dos poderes centrais, à mesma inspiração se soma o dogma da autonomia do Estado-membro perante a União, quando se cuida de confiar a própria subsistência do mandato do Governador do primeiro a um órgão judiciário federal. 2. A necessidade da autorização prévia da Assembleia Legislativa não traz o risco, quando negadas, de propiciar a impunidade dos delitos dos Governadores: a denegação traduz simples obstáculo temporário ao curso de ação penal, que implica, enquanto durar, a suspensão do fluxo do prazo prescricional. 3. Precedentes do Supremo Tribunal (RE 159.230, Pl, 28.3.94, Pertence, RTJ 158/280; HHCC 80.511, 2ª T., 21.8.01, Celso, RTJ 180/235; 84.585, Jobim, desp., DJ 4.8.04). 4. A

autorização da Assembleia Legislativa há de preceder à decisão sobre o recebimento ou não da denúncia ou da queixa. 5. Com relação aos Governadores de Estado, a orientação do Tribunal não é afetada pela superveniência da EC 35/01, que aboliu a exigência da licença prévia antes exigida para o processo contra membros do Congresso Nacional, alteração que, por força do art. 27, § 1º, da Constituição alcança, nas unidades federadas, os Deputados Estaduais ou Distritais, mas não os Governadores. (HC 86.015/PB, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 2.9.2005, grifos nossos)

Na mesma linha: RE 153.968/BA, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 10.12.1993; ADI 1.008/PI, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 24.11.1995; ADI 1.011/MA, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 17.11.1995; ADI 1.017/AC, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 17.11.1995; ADI 1.018/MG, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 17.11.1995; ADI 1.020/DF, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 17.11.1995; ADI 1.022/RJ, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 17.11.1995; ADI 1.023/RO, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 17.11.1995; ADI 1.024/SC, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 17.11.1995; ADI 1.028/PE, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 17.11.1995; MS 24.297/DF, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Plenário, DJ 14.2.2003.

17. Para justificar a necessidade de alteração desse consolidado posicionamento adotado há algumas décadas por este Supremo Tribunal Federal, o Autor alega que “a exigência de prévia autorização da Assembleia Legislativa para fins de autorizar a instauração de ação penal em desfavor do Governador (*art. 93 - Depois que a Assembleia Legislativa declarar a admissibilidade da acusação contra o Governador do Estado, pelo voto de dois terços de seus membros*)” ofende os princípios republicano e da Separação dos Poderes (*arts. 1º e 2º, CF*), *bem como do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF).*”

18. Para a análise da constitucionalidade de normas estaduais que, à luz do princípio da simetria, estendem aos governadores algumas prerrogativas originariamente garantidas ao presidente da República, necessário observar:

- a) as limitações impostas pela própria Constituição da República;
- b) se foram atendidas as finalidades insculpidas nos princípios constitucionais regentes do ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o democrático, o republicano, o da responsabilidade dos agentes públicos, o da moralidade, o da impessoalidade, o da probidade administrativa e o da dignidade da pessoa humana; e, ainda,

c) se a prerrogativa a ser estendida está em harmonia com as diferenças decorrentes da natureza do cargo ocupado e a esfera de atuação de cada um deles (presidente e governador).

19. É certo que este Supremo Tribunal tem assentado a invalidade da invocação do princípio da simetria para justificar a extensão de prerrogativas inerentes a determinado cargo e suas respectivas atribuições a outros cargos que não guardam, na essência e na complexidade, as mesmas características.

Um dos exemplos paradigmáticos nessa matéria foi objeto de quase duas dezenas de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas em 1995, nas quais, repito, o Plenário deste Supremo Tribunal teve a oportunidade de afirmar que *"os Estados-membros não podem reproduzir em suas próprias Constituições o conteúdo normativo dos preceitos inscritos no art. 86, par. 3º e 4º, da Carta Federal, pois as prerrogativas contempladas nesses preceitos da Lei Fundamental – por serem unicamente compatíveis com a condição institucional de Chefe de Estado – são apenas extensíveis ao Presidente da República."* (ADI 978/RO, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 24.11.1995. E, ainda: ADI 1.008/PI, ADI 1.011/MA, ADI 1.012/GO, ADI 1.013/ES, ADI 1.014/BA, ADI 1.015/AM, ADI 1.017/AC, ADI 1.018/MG, ADI 1.019/RR, ADI 1.020/DF, ADI 1.021/SP, ADI 1.022/RJ, ADI 1.023/RO, ADI 1.024/SC, ADI 1.025/TO, ADI 1.027/RS).

Ao contrário do que sustentado pelo Autor, inexistente vedação constitucional quanto à (im)possibilidade de normas estaduais estenderem aos governadores algumas das prerrogativas que foram expressamente asseguradas ao presidente da República.

A exigência de autorização prévia por 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados para a instauração de processo contra o presidente não se vincula a nenhuma prerrogativa típica e exclusiva inerente às atribuições do presidente da República, no exercício do cargo de chefe de Estado.

Se, por um lado, é a própria norma contida no inc. I do art. 51 da Constituição da República que garante idêntica prerrogativa ao vice-presidente da República e aos ministros de Estado, por outro não se pode olvidar que historicamente o constituinte brasileiro, nas ocasiões em que instituiu as prerrogativas exclusivas do cargo de chefe de Estado, mencionou apenas o presidente da República, como se deu com relação, por exemplo, ao art. 86, §§ 3º e 4º, da Constituição.

20. A formação de grupos de coalização entre partidos e componentes dos Poderes Legislativo e Executivo faz parte da história política brasileira e, como tal, não pode ser desconsiderada como própria do regime republicano democrático.

Em um Estado que se pretende democrático e de direito é legitimamente esperado que as condições de governabilidade sejam entabuladas a partir de debates e de alianças firmadas entre os representantes eletivos, os cidadãos que compõem a estrutura organizacional do Estado e a sociedade civil.

Reconhecer a existência desses arranjos republicanos não significa tomar parte de suas vicissitudes perversas e antijurídicas. Menos ainda quer dizer, como

sugerido pelo Autor, que este Supremo Tribunal estaria a chancelar a validade de um subterfúgio voltado para a impunidade daqueles que, contrariando as expectativas de toda a coletividade que lhes outorgou parcela considerável de seu poder soberano pelo voto, cedem a pressões nada jurídicas, pouquíssimo morais e absolutamente reprováveis.

Em certa ocasião tive a oportunidade de ponderar que:

*A Constituição de 1988 acolhe, como se dava no constitucionalismo pátrio desde os seus primórdios, o princípio da responsabilidade do Estado como corolário dos demais que compõem o sistema, tais como o da Democracia e o da República, postos expressamente nessa data como fundamentais ao Estado nacional modelado naquele documento. Democracia irresponsável é absoluta impossibilidade jurídica e política. A irresponsabilidade gera, necessariamente, formas autoritárias de governo, ainda que trasvestidas de democracia por conta da realização de eleições, por exemplo. Cuidando-se de cargos políticos, cujo provimento se faz por aquela forma de escolha do cidadão, é bem certo que a eleição é necessária, mas não suficiente para garantir a existência e a eficiência da democracia. Toda irresponsabilidade é antidemocrática e antirrepublicana. Não há democracia irresponsável ou agente público que sobrepaire ao princípio da responsabilidade. A responsabilidade política do Estado perante o cidadão determina paralela responsabilidade política do agente político ou membro de poder (e até mesmo se pode cogitar dessa figura abarcando os demais servidores eleitos no sistema como sujeitos a esse tipo de responsabilização) perante o Estado (e, conseqüentemente, perante os cidadãos). (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 380-381/396)*

E no julgamento do *Habeas Corpus* nº 102.732 afirmei:

Digo que a Constituição não distingue o agente público para privilegiá-lo. Aliás o Ministro Marco Aurélio começou e terminou o seu voto, com outras palavras, falando exatamente isso, não há quanto ao agente público por essa necessidade de aprovação do órgão legislativo, nenhum privilégio, até porque os privilégios são incompatíveis com a República. (...)

(...) o que se garante é a imunidade não a impunidade. Aqui, no caso relatado pelo Ministro Marco Aurélio, não tivesse ou chegarmos à conclusão que não se tem a possibilidade de se investigar, obviamente

nem precisaria de ter essa norma das constituições estaduais e da distrital por um motivo simples: porque nunca se chegará a saber de nada porque quem detém o poder tem uma força enorme, inclusive, se quiser desvirtuar, para impedir que qualquer fato, qualquer, digamos, suposta malfeitoria venha a ser de conhecimento e de apuração e depuração do sistema.

Por isso é que, como afirmava Geraldo Ataliba, pensar que a impunidade possa ser acolhida no Estado de direito sob qualquer disfarce é imaginar que se pode construir uma fortaleza para dar segurança e nela instalar uma porta de papelão. Isso o que teria sido construído constitucionalmente se se admitisse que a Constituição estabeleceu os princípios da República com os consertários principiológicos que lhes são próprios para garantir a liberdade do eleitor para escolher o seu representante a fim de que ele crie e aplique o Direito, atendendo às demandas sociais, a garantia da moralidade, a obrigação da probidade dos representantes para segurança ética dos eleitores. E, paralelamente, se tivesse permitido que, se o representante trair e fraudar a lei e a Constituição, rui o Estado de Direito, afunda-se a Constituição, sossega-se o juiz constitucional, mas cala-se o Direito porque não haveria nada a fazer diante de uma regra a se sobrepor a toda e qualquer outra, tal como demonstrado, aliás, pelo Ministro-Relator: uma norma não pode se sobrepor a outra de tal maneira que conduza ao absurdo de impedir a aplicação do sistema. (DJ 7.5.2010)

À luz dos princípios da transparência, da legalidade e da responsabilidade, parece que a manutenção da exigência de autorização prévia para fins de instauração de processo contra o governador consiste na tutela de um instrumento político-jurídico que credencia, em um primeiro momento, os Poderes Legislativo e Executivo e, posteriormente, se for o caso, o Poder Judiciário, a construírem a aclamada harmonia entre os poderes independentes, nos termos do art. 2º da Constituição da República.

Esse diálogo, como lembrado o Advogado-Geral da União, evita “*que a instauração de processo contra o Governador seja exclusivamente decidida pelo Poder Judiciário, o que representaria um desequilíbrio entre os Poderes. Desse modo, as disposições sob invectiva contribuem para resguardar o exercício das funções do Poder Executivo de eventuais arbitrariedades e interferências indevidas*”.

A despeito de existirem episódios recentes na história brasileira que infirmam essa expectativa e estarrecem até os constitucionalistas mais otimistas, não encontro fundamentos jurídicos para afirmar que a anormalidade das situações ensejadoras da atuação das assembleias legislativas em casos nos quais as autoridades competentes pretendem a instauração de processo judicial contra

governador justificaria, de plano e indiscriminadamente, a abolição dessa condição de procedibilidade.

Por maior que seja a frustração experimentada pela sociedade, que se percebe desamparada em razão de eventuais práticas inescusáveis imputadas ao seu representante, e por mais complexa que seja a apuração e eventual punição desses agentes políticos, não se pode concluir, de plano, que todas as casas legislativas e seus respectivos membros sejam parciais e estejam em conluio com os representantes do executivo.

Não é esse o espírito que orienta a noção republicana do Estado que se tem tentado construir no território brasileiro. Também não parece ser essa a ideia que se extrai da secular norma constitucional segundo a qual os poderes constituídos são independentes e harmônicos entre si, ou que pelo menos assim deveriam ser.

Na dinâmica inerente ao sistema de freios e contrapesos, quando o Poder Legislativo intervém em matéria que ultrapassa suas funções ordinárias e alcança esfera alheia ao seu campo de atuação, caberá ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário promoverem medidas de fiscalização e controle para que a situação de excepcionalidade não exorbite a tênue linha que, a um só tempo, separa e une cada uma das funções conformadoras dos poderes constituídos.

De se ver que o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, no exercício de suas funções típicas e atípicas, respondem, nos termos da Constituição da República, pela concretização dos direitos e das garantias fundamentais, assim como pelo pleno funcionamento dos órgãos que os compõem.

Esse mister exige, no mínimo, a atuação lisa e íntegra dos seus membros e a fiscalização pelo povo que outorgou os mandatos aos responsáveis pela aludida autorização (deputados) e também ao suposto agente político que cometeu o crime a ser apurado, processado e julgado (governador).

Como advertido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, ao refutar a alegação de que a manutenção das normas impugnadas no ordenamento jurídico aumentaria o risco de impunidade, *“a eventual denegação, pela Assembleia Legislativa, de autorização para a abertura de processo penal contra o Governador implica a suspensão do prazo prescricional respectivo, revelando-se como ‘simples obstáculo temporário ao curso de ação penal.’”* (HC 86.015/PB, Primeira Turma, DJ 2.9.2005)

21. Isso evidencia a inadequação do argumento segundo o qual a exigência de autorização prévia contrariaria o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República.

A um porque o cumprimento dos pressupostos constitucionais e legais para a instauração de processo contra o governador é essencial para a devida prestação jurisdicional. A validade do pronunciamento do Poder Judiciário não se limita ao respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Garantir a regularidade na formação do processo é tão importante quanto assegurar às partes o devido processo legal.

A dois porque, tanto nos casos de negativa de autorização pela assembleia legislativa quanto nos casos em que ela for omissa, findado o mandato do governador, a autoridade responsável poderá ajuizar a respectiva ação por crime comum ou de responsabilidade no Poder Judiciário, que atuará nos limites da sua competência.

22. Cumpre rechaçar ainda o argumento de que a Emenda Constitucional nº 35/2001 teria suprimido o sistema pelo qual a instauração de processo relacionado a crime comum ou de responsabilidade contra o chefe do Poder Executivo depende de autorização prévia do Poder Legislativo.

Como advertido pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

Não há falar, ademais, que esse regime foi alterado com a superveniência da EC 35/01, que deixou de exigir a licença prévia da Câmara respectiva apenas quanto à instauração do processo contra Deputados ou Senadores por fatos não cobertos pela imunidade material, antes reclamada pelo § 1º do art. 53 da Constituição (v.g., Inq 1566 – QO, Pl., 18.2.02 Pertence, RTJ 182/80).

Referindo-se às imunidades, pois, a eliminação da exigência de licença prévia contida na EC 35/01 – conjugada com o art. 27, § 1º, da Constituição –, apenas alcançou os Deputados Estaduais ou Distritais, mas não os Governadores. (HC 86.015/PB, Primeira Turma, DJ 2.9.2005, grifos nossos)

23. Finalmente, tem-se que a manutenção do quórum de 2/3 aliada à circunstância de se tratar de autorização a ser dada pelo Poder Legislativo em desfavor do chefe do Poder Executivo para que o Poder Judiciário possa receber ação judicial, ao contrário do que insistentemente alegado na petição inicial e defendido pela Procuradoria-Geral da República, não caracteriza qualquer mácula aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

É que a condição de procedibilidade ora questionada em sua constitucionalidade fundamenta-se na proteção do interesse público afeto à governabilidade do Estado cujo governador pode vir a ser afastado do cargo, caso seja instaurado processo para apuração e haja eventual condenação por crime de responsabilidade ou comum supostamente praticado por ele.

Ademais, não se pode perder de vista que o exercício da autonomia legislativa pelo Estado do Espírito Santo, longe de evidenciar as inconstitucionalidades anunciadas, configura uma expressão do federalismo cooperativo, que não desconhece a circunstância segundo a qual *“as novas relações de poder amparam-se não só na noção de legalidade, mas cumprem também as expectativas de legitimidade, revelando-se compromissadas com a noção de pluralismo que lhe é ínsita e que têm nas alternâncias do jogo político – base da noção de interdependência –, a possibilidade*

de serem sempre construídas e desconstruídas" (Bernardes, Wilba Lúcia Maia. *Os desdobramentos do federalismo cooperativo alemão: uma rica experiência de releituras*. Em: *Estudos de direito constitucional: homenagem ao professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 216).

24. No parecer em que analisa a "indispensa[bilidade d]a licença prévia da Assembleia Legislativa do Estado para a instauração da ação penal contra o governador do Estado" à luz da Constituição da República de 1988, José Afonso da Silva assevera:

12. Esse juízo político prévio para qualquer processo existe também no sistema constitucional brasileiro, idêntico ao sistema argentino e norteamericano, nas hipóteses em que a infração constitua, a um tempo, crime de responsabilidade e crime comum. Mas o antejuízo perdura também em relação ao julgamento de qualquer desses crimes, quando a Constituição exige um prévio juízo de admissibilidade do processo, ou juízo de acusação, de competência da Câmara dos Deputados, para que o Senado Federal possa processar e julgar o presidente da República (e outras autoridades) por crime de responsabilidade indicado no seu art. 85 e definido na Lei nº 1.079/1950 e para que possa o STF julgá-los nos crimes comuns (arts. 51, I, 52, 86 e 102, I, "b").

13. O juízo prévio de admissibilidade da acusação, que requer o voto de 2/3 da representação popular, é um pré-julgamento que embasa a suspensão do acusado de suas altas funções (art. 86, § 1º), com aquela mesma ideia do sistema argentino e norteamericano de que uma alta autoridade governamental não pode ser submetida a processo político ou criminal enquanto estiver no exercício de sua magistratura. Hamilton já advertia, faz dois séculos, que um tribunal bem constituído para julgar denúncias é não menos desejável do que difícil de se conseguir em um governo totalmente eletivo, pois as ofensas resultantes da conduta de irregularidades de homens públicos são de natureza política, de onde várias fórmulas sugeridas perante a Convenção de Filadélfia, entendendo que a solução encontrada de controle político prévio ao processo criminal fora um prudente meio-termo. O Brasil encontrou ainda um sistema mais adequado, submetendo o processo de imposição de sanção política ou criminal a condição prévia de oportunidade política a ser decidida pela representação popular, o que corresponde a uma exigência democrática de que o chefe do Poder Executivo, presidente ou governador, só deva ser submetido a um processo que o afaste do cargo, para o qual foi eleito pelo povo, com o consentimento ponderado pelo voto de 2/3 dos membros da respectiva Assembleia representante desse mesmo povo.

(...)

14. O modelo federal, descrito acima, é adotado nas Constituições estaduais para o processo dos crimes comuns e de responsabilidade dos governadores com a diferença que decorre do unicameralismo que vigora nos Estados. Mas, no que tange ao tema deste parecer, isso não interfere: porque sempre exigiram que nos delitos comuns o julgamento só pudesse realizar-se após declarada a procedência da acusação pela Assembleia Legislativa. Foi assim no regime de 1891, segundo lição de Castro Nunes: *“Nos delitos comuns, a competência é em regra do STJ, ao qual cabem o processo e o julgamento, depois de ouvida sobre a acusação a Câmara ou a Assembleia”*. Assim foi nos regimes de 1934 e 1946, consoante se vê das indicações de Víctor Nunes Leal no voto proferido no HC 42.108, RDA 81/288. Assim foi no regime de 1969, em que todas as Constituições estaduais estabeleciam que o governador, depois de a Assembleia declarar procedente a acusação, pelo voto de 2/3 de seus membros, será submetido a julgamento perante o tribunal de justiça do Estado, nos crimes comuns, ou perante a Assembleia Legislativa ou perante um tribunal especial composto de deputados e desembargadores ou, mesmo, perante o tribunal de justiça, nos crimes de responsabilidade.

15. Havia diferenças no que respeitava ao processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, visto que o unicameralismo não possibilitava a aplicação estrita do modelo federal e porque o art. 78 da Lei nº 1.079/1950 estabeleceu que o governador será julgado, nos crimes de responsabilidade, pela forma que determinar a Constituição do Estado. Mas, no ponto fulcral da questão que nos ocupa aqui, não discrepavam: todas as Constituições estaduais exigiam o julgamento de procedência da acusação pela Assembleia Legislativa para a admissão do processo e julgamento do governador nos crimes comuns pelo tribunal de justiça.

16. Os mesmos princípios orientaram os constituintes estaduais de 1989 na formulação das regras sobre o tema. (...)

17. Nota-se, dessa amostra expressiva, que o constituinte estadual de 1989 teve a percepção do correto sentido que lhe apontou o constituinte nacional, orientando-se pelo modelo federal, tal como a tradição, o espírito e a índole do regime constitucional adotado e a autonomia federalista dos Estados requerem. A constitucionalidade dessas normas dos Textos Maiores dos Estados encontra suporte em vários princípios da Constituição de 1988, como em seguida mostraremos. Se existem e são constitucionais, tais dispositivos das Constituições dos Estados têm que ser observados e aplicados nas situações concretas emergentes, como a que é posta pela consulta.

18. Um dos fundamentos de validade *do sistema adotado nos Estados sobre o processo de apuração dos crimes de governador de Estado esteia-se no system of checks and balances*, ou regra dos pesos e contrapesos, que rege as relações entre os Poderes e que é a regra basilar do princípio da separação de Poderes, firmado no art. 2º da CF de 1988, *porque traduz, na vigência prática, a cláusula da independência e harmonia entre os Poderes*.

19. *Esses fundamentos constitucionais é que embasaram a compreensão de que a submissão de um governador a processo crime reivindica as mesmas garantias que a Constituição Federal (...) confere ao presidente da República em igual situação*. Seria contrário ao princípio da harmonia dos Poderes submeter um governador do Estado a processo criminal perante um tribunal sem antes promover, por meios adequados, o seu afastamento do cargo. *É impensável que o presidente da República e um governador de Estado possam estar submetidos ao constrangimento de uma Corte de Justiça enquanto no exercício do cargo. E será também intolerável que o mero recebimento da denúncia ou queixa crime, ou seja, uma mera decisão preliminar (RI/STJ, art. 222), possa ter o efeito de suspender um governante de suas funções a que ascendeu pelo voto popular*. Se “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, nos termos do art. 5.º, LVII, da CF (...), como é possível que um governador de Estado possa ser suspenso de suas funções por simples recebimento da denúncia (ou queixa crime), sem a prévia pronúncia da Assembleia Legislativa? *Aí é que entra o princípio da harmonia entre os Poderes: a admissibilidade da acusação pelo órgão de representação popular pelo voto de 2/3 de seus membros, como antejuízo ou juízo prévio de admissibilidade do processo, fundamenta a legitimidade afastamento do acusado do cargo para que seja submetido ao processo e julgamento, segundo o devido processo legal*.

20. O art. 25 da CF (...) *confere autonomia aos Estados para se organizarem e se regerem pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios nela estabelecidos*. Significa isso que, se o constituinte estadual adotara princípios modelados na Constituição Federal (...) para a organização de seus Poderes, exerceu, por um lado, a sua autonomia de decisão e atendeu, por outro lado, à regra de conformação harmônica do Direito Constitucional estadual ao Direito Constitucional federal. *Seria discutível a validade da solução estadual se discrepasse daquilo que a jurisprudência chama de paradigma ou modelo federal, que,*

na verdade, consiste em observar os limites de organização que se contém na cláusula “observados os princípios desta Constituição”. Portanto, quando as Constituições atuais dos Estados acolhem a regra de que o governador só pode ser submetido ao processo judicial após ser admitida a acusação por 2/3 de seus membros, estão observando princípio estabelecido na Constituição Federal (...).

22. Uma reflexão mais atenta leva-nos a repensar a questão no sentido de que o fato de se atribuir a competência para processar e julgar o governador do Estado, nos crimes comuns, a um órgão judicial de fora da estrutura judiciária do Estado não afasta a incidências desses princípios.

23. Exatamente porque o órgão julgador é de fora da estrutura judiciária do Estado é que existe razão maior para que o processo contra o governador por crimes comuns deva ser precedido do julgamento de procedência da acusação pela Assembleia Legislativa do Estado, segundo o paradigma federal. Alguns julgamentos rumorosos do STF puseram em destaque a proteção do princípio federalista da autonomia estadual, contra julgamento de juízos federais, sem que a Assembleia do Estado declarasse procedente a acusação. Esses pronunciamentos foram prolatados nos habeas corpus impetrados em favor dos Governadores Plínio Coelho, Parsifal Barroso, Mauro Borges e Miguel Arraes, dos Estados do Amazonas, Ceará, Goiás e Pernambuco, todos concedidos por unanimidade do Pretório Excelso em sessões plenárias. Uma passagem do voto do Min. Pedro Chaves põe a questão em termos suficientemente precisos no aspecto aqui suscitado: “Negar ao governador de um Estado o foro a que tem direito pela prerrogativa da função que exerce e a que foi levado pelo voto do povo é sujeitá-lo a um processo segundo forma diferente daquela que é a forma legal no foro a que está sujeito, é violar um direito individual e atentar contra a autonomia do Estado, caráter inerente à Federação.” (cf. RDA 83/177).

(...)

33. Os crimes comuns que os governadores de Estado podem cometer são todos definidos por leis federais, que, por serem de aplicação nacional, a doutrina entende que não são propriamente federais, mas leis nacionais, criadas pelo Congresso Nacional. Na verdade, diferentemente do que ocorre na Federação americana, a Constituição outorgou à União competência exclusiva para legislar sobre o Direito nacional, tanto o material como o formal; em outras palavras, estabeleceu a unidade do Direito nacional. É o que está no art. 22, pelo qual compete à União legislar sobre Direito Civil, Comercial, Penal, Processual, Eleitoral, Agrário,

Marítimo, Aeronáutico, Espacial e do Trabalho. Quer isso dizer que, em matéria civil, penal, processual etc., o juiz, seja federal ou estadual, aplica leis nacionais. *Isso já era dito por João Mendes: “O Poder Judiciário, delegação da soberania nacional, implica a ideia de unidade e totalidade da força, que são as notas características da ideia de soberania. O Poder Judiciário, em suma, quer pelos juizes da União, quer pelos juizes dos Estados, aplica leis nacionais para garantir os direitos individuais; o Poder Judiciário não é federal nem estadual; é eminentemente nacional, quer se manifestando na jurisdição federal, quer se manifestando nas jurisdições estaduais, quer se aplicando no Cível e quer se aplicando no Crime, quer decidindo em superior, quer decidindo em inferior instância” (grifos do Autor). Nessa mesma linha de raciocínio, também nós tivemos oportunidade de dizer em modesto livro, há mais publicado, in verbis: “Ora, se o Poder Judiciário tem como função primordial a aplicação do Direito a casos concretos para solucionar conflitos de interesses e se esses conflitos são qualificados juridicamente por um Direito que é único e é o Direito nacional, revelado, portanto, pelos órgãos da soberania nacional – os da União – evidentemente não se pode falar numa Justiça regional, de âmbito estadual, local, mas, sim, numa Justiça Nacional. A unidade do Direito nacional impõe a unidade jurisdicional”.*

34. Isso quer dizer, em suma, que os mesmos fundamentos que embasavam a validade da condição de procedibilidade-declaração de procedência da acusação pela Assembleia Legislativa – para o processo por crime comum do governador perante o tribunal de justiça do Estado, no sistema da Constituição revogada, persistem em face da Constituição de 1988, que transferiu essa competência para o STJ. Pois ambas exercem a mesma jurisdição nacional. (...)

35. *Mais ainda:* condição de procedibilidade é condição prévia, é pressuposto processual, que interfere com a aplicação do Direito Material e Processual. No caso, temos uma condição de procedibilidade que interfere com a atuação do processo penal, com normas do Código de Processo Penal, que é uma lei nacional, não estadual. Não é, pois, uma condição que diga respeito ao órgão judiciário que vai aplicar o Código de Processo Penal (...), mas com a aplicação mesma do Direito Material e Processual. *Portanto, não importa que órgão aplique o Código, porque a condição não diz respeito a ele, mas a este.* A não verificação da condição, por isso, impedia o tribunal de justiça do Estado de aplicar uma lei ao caso concreto. Isso sempre foi tido como válido. Vimos que a jurisprudência do nosso mais alto Tribunal prestigiou

sempre a norma de Constituição do Estado, que, seguindo o modelo federal, estatuiu que só depois de declarada procedente a acusação pela Assembleia Legislativa do Estado poderia o governador ser processado criminalmente.

Esta mesma regra consta da Constituição de..., como vimos (art. 63, XVIII e XX), segundo a qual o governador só pode ser processado criminalmente depois da licença da Assembleia Legislativa, que significa declarar procedente a acusação. É a mesma norma que sempre foi tida como válida nos regimes anteriores, e não há por que se lhe negar validade e eficácia no regime vigente, já que ela se harmoniza com o disposto no art. 51, I, que estabelece competir à Câmara dos Deputados "autorizar, por 2/3 de seus membros, a instauração de processo contra o presidente da República...", e com o disposto no art. 86, já antes transcrito. O fato de ser outro juízo que processa e julga o governador não pode ter influência na validade de uma norma que interfere não com o julgador (senão por consequência), mas com o Direito Material e o Direito Processual aplicável, que já era nacional e continua o mesmo.

VIII – Conclusão

(...) A questão é demasiadamente importante, pela interferência de princípios básicos do sistema constitucional (...).

37. Com essas considerações e à vista do exposto, com base no Direito Constitucional vigente, na doutrina dos autores e na jurisprudência do STF, podemos passar a responder sinteticamente aos quesitos da consulta, como segue.

Ao 1º quesito: Sim. É indispensável a licença da Assembleia Legislativa do Estado, mediante a declaração de procedência da acusação, para a instauração do processo contra o governador do Estado perante o STJ na hipótese de crime comum. É válida a norma de Constituição de Estado que, seguindo o paradigma federal, dispõe que o governador do Estado só pode ser processado, nos crimes comuns, pelo STJ, depois de declarada a procedência da acusação pela Assembleia Legislativa pelo voto de 2/3 de seus membros. (...). O modelo federal, consoante remansosa jurisprudência do nosso Pretório Excelso, é de rigor em tal caso. Se a Constituição Federal (LGL 1988\3) estabelece que o presidente da República só pode ser submetido a processo e julgamento por crime comum depois de declarada a procedência da acusação pelo voto de 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados, assim também terá que ser em relação a processo de governador nos crimes comuns, que fica condicionado à declaração de procedência da acusação por 2/3 dos membros da Assembleia Legislativa, como preveem as Constituições de 1989 de Alagoas (art.

110), do Espírito Santo (art. 93), de São Paulo (art. 49), do Rio Grande do Sul (art. 84). A da Paraíba fala em maioria absoluta (art. 88). Não tivemos acesso às demais ainda, para saber como trataram o assunto, mas podemos supor que seguem o mesmo esquema da Constituição Federal (...), de acordo com velha tradição. (SILVA, José Afonso da. Responsabilidade de governador – crime comum – processo – necessidade de aprovação prévia da assembleia legislativa. *Revista dos Tribunais*. v. 657. jul. 1990, grifos nossos).

25. Para corroborar esse abalizado estudo elaborado por José Afonso da Silva, colaciono excerto da manifestação do Advogado-Geral da União, que, igualmente, posiciona-se pela constitucionalidade das normas estaduais que preveem a exigência de autorização prévia de 2/3 dos membros da assembleia legislativa para instauração de processo contra governador:

Cumprе ressaltar, inicialmente, a compatibilidade dos dispositivos questionados com o princípio republicano, previsto pelo artigo 1º, caput, da Lei Maior.

Desenvolvida em contraponto ao exercício absoluto do Poder estatal, a forma republicana de governo tem, como uma das pedras angulares essenciais à sua configuração, o princípio da responsabilidade dos governantes, que constitui consequência necessária da adoção daquela.

O preceito questionado, no entanto, não impede a responsabilização da autoridade que menciona, cingindo-se a prever requisito de procedibilidade para a válida instauração de processo contra o Governador do Estado do Espírito Santo.

De fato, a disposição hostilizada apenas dispõe que a decisão pela instauração de processo contra tal autoridade deve ser tomada pelos Poderes Legislativo e Judiciário (e não somente por este último), o que se justifica em razão de o processo voltar-se contra a chefia do Poder Executivo.

Trata-se, como se vê, de mero requisito de procedibilidade, especificamente criado para situações em que certas autoridades políticas do Poder Executivo encontrem-se no polo passivo da demanda, em absoluta simetria com as regras inscritas nos artigos 51, inciso I, e 86, caput, da Constituição Federal.

Constata-se, portanto, que as normas atacadas não violam o princípio republicano. De modo diverso, ela evita que a instauração de processo contra Governador seja exclusivamente decidida pelo Poder Judiciário, o que representaria um desequilíbrio entre os Poderes.

Desse modo, a disposição sob invectiva contribui para resguardar o exercício das funções do Poder Executivo de eventuais arbitrariedades e interferências indevidas, em atendimento ao princípio da separação dos Poderes, previsto no artigo 2º da Carta da República.

A respeito de referido postulado, cumpre notar que a Carta Magna estabeleceu que diversas ações políticas devem ser efetivadas de maneira complexa ou composta, com a participação de mais de um Poder estatal. Nesse sentido, a previsão contida no artigo 51, inciso I, da Lei Maior (que condiciona a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado à autorização da Câmara dos Deputados) é apenas mais um exemplo de tal prática, que nada tem de excepcional.

Reafirma-se, portanto, que a expressão questionada compatibiliza-se com os princípios republicano e da separação de Poderes, além de guardar simetria com o disposto pelo referido artigo 51, inciso I, da Constituição Federal, uma vez que a norma estadual prevê prerrogativa idêntica à constitucionalmente conferida ao Presidente da República que desempenha, no âmbito da União, funções correlatas à exercida pelos Governadores dos Estados-membros.

Com efeito, acerca do tema em questão, o princípio da simetria somente não pode ser aplicado em relação às prerrogativas conferidas ao Presidente da República em razão de sua condição de Chefe de Estado. *Nesse sentido, esse Supremo Tribunal Federal decidiu, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 978-4, que as prerrogativas prisionais do Presidente da República (previstas pelo artigo 86, §§ 3º e 4º, da Carta Magnas), por decorrerem da sua qualidade de Chefe de Estado, não podem ser estendidas aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, ressaltando, no entanto, ser válida a previsão de autorização parlamentar para a instauração de processo contra esses governantes.*

Destaque-se, igualmente, que, no julgamento do Habeas Corpus nº 86015, essa Suprema Corte concluiu pela validade da exigência de autorização parlamentar para a instauração de processo contra Governador de Estado, entendimento, esse, que não foi afetado pela superveniência da Emenda Constitucional nº 35/01. (...)

Ademais, as disposições sob invectiva também não atentam contra o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. É que o exercício da garantia assegurada por referido preceito da Lei Maior depende da observância dos pressupostos

constitucionais e legais necessários à prestação da tutela jurisdicional. De fato, somente quando legitimamente provocado é que pode o Judiciário proferir decisão válida, sendo necessário, portanto, o atendimento aos pressupostos e condições de ordem processual, ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse sentido, nota-se que as normas atacadas trataram, tão somente, de prever requisito de procedibilidade para a instauração válida de processo contra o Governador do Estado do Espírito Santo, sem, com isso, excluir ou impedir a apreciação pelo Poder Judiciário a respeito de qualquer matéria ou controvérsia.

Com efeito, as disposições impugnadas apenas condicionam a prestação jurisdicional à satisfação de pressuposto processual específico que se caracteriza por ser razoável, uma vez que se fundamenta no interesse público envolvido nos casos em que se pretende colocar a chefia de um Poder estatal na posição de réu. (...)

Em outros termos, o exercício do direito de petição (artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal) e do direito à tutela jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV, da Carta) condiciona-se à observância dos requisitos processuais estabelecidos constitucional e legalmente. (...)

Assim, por preverem limitação razoável à garantia constitucional à tutela, as previsões normativas impugnadas não afrontam o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Com efeito, restou demonstrado que a licença em exame constitui corolário da independência harmônica que deve existir entre os Poderes. Consiste, também, em garantia de manutenção da autonomia dos Estados e do Distrito Federal, uma vez que a instauração de processo judicial contra os Governadores dessas unidades federadas pode resultar no afastamento provisório do exercício do mandato. (...)

Demais disso, revela-se insubsistente a alegação de que as normas questionadas ensejariam risco de impunidade. É que, conforme decidido por esse Supremo Tribunal Federal no julgamento do referendo Habeas Corpus nº 86015, a eventual denegação, pela Assembleia Legislativa, de autorização para a abertura de processo penal contra o Governador implica a suspensão do prazo prescricional respectivo, revelando-se como “simples obstáculo temporário ao curso de ação penal”.

Assim, nos termos das razões expostas e da jurisprudência atual dessa Suprema Corte, constata-se a compatibilidade entre o

Texto Constitucional, especialmente em relação aos princípios republicano, da separação de Poderes e da inafastabilidade da tutela jurisdicional, e a expressão “depois que a Assembleia Legislativa declarar a admissibilidade da acusação contra o Governador do Estado, pelo voto de dois terços de seus membros”, contida no artigo 93 da Constituição do Estado do Espírito Santo. (grifos nossos)

26. Não há, pois, inconstitucionalidade na expressão “*Depois que a Assembleia Legislativa declarar a admissibilidade da acusação contra o Governador do Estado, pelo voto de dois terços de seus membros*” contida na primeira parte do art. 93 da Constituição do Estado do Espírito Santo, pelo que, **nessa parte, julgo improcedente o pedido.**

27. Pelo exposto, voto no sentido de **julgar parcialmente procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade do inc. XXI do art. 56** (“*processar e julgar o Governador e o Vice-Governador do Estado nos crimes de responsabilidade e os Secretários de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles*”); **e da segunda parte do art. 93 da Constituição do Estado do Espírito Santo** (“*ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade*”).

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidenta, eu, em primeiro lugar, cumprimento o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tanto o Doutor Ophir Cavalcante Júnior, quem propôs a ação, quanto o Doutor Marcus Vinicius Furtado Coelho, que assina o memorial, que recebi e li com prazer e proveito. E cumprimento também o Doutor Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior pela empenhada sustentação da tese e pela oportunidade de trazer esta matéria a debate.

Devo dizer, Presidenta, que eu vivi alguns momentos de angústia existencial em relação a esta matéria. Eu acho que a submissão da instauração de ação penal contra o Governador do Estado, por crime a um juízo político da Assembleia Legislativa, é uma providência de péssimo alvitre. Não tenho nenhuma dúvida que considero inconveniente, porque é uma blindagem política do Governador em caso de cometimento de crime. Portanto, eu tenho um juízo político severo e negativo em relação a esta decisão e às Constituições Estaduais que preveem tal providência.

A verdade, porém, é que o juízo de inconveniência política que eu possa ter – e até de inconveniência moral – não se confunde, como Vossa Excelência bem sabe, sendo professora do assunto, com um juízo de inconstitucionalidade. Portanto, eu acho que é uma norma ruim, politicamente criticável; acho que ela contraria os anseios da sociedade brasileira, mas não sou convencido de que ela seja incompatível com a Constituição; ou seja, que esta seja uma deliberação política interdita pela Constituição.

Observo, Presidenta – meus comentários serão muito breves –, que regra análoga vigorava em relação à instauração de ação penal contra parlamentares federais, que produzia mais ou menos a mesma consequência: ou a deliberação era negativa ou mais comumente a deliberação nunca sobrevinha, o que causava um desgaste efetivo ao Poder Legislativo.

E me lembro – Ministro Celso, Vossa Excelência também lembrará, já estava no Tribunal – de que houve uma grande mobilização da sociedade pela modificação desse dispositivo da Constituição. Eu mesmo era membro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, onde aportavam muitas dessas denúncias contra parlamentares, às vezes por crimes graves, e que não tramitavam no Congresso Nacional. O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana se juntou a essa empreitada. Lembro-me de que, na ocasião, ter feito um trabalho em conjunto com a professora Flávia Piovesan, no sentido da emenda constitucional, até que veio a ser aprovada a Emenda Constitucional nº 35, na época em que era presidente da Câmara dos Deputados o hoje Senador Aécio Neves, que conduziu essa agenda na Câmara dos Deputados.

Portanto, Presidenta, naquela ocasião, diante da constatação da inconveniência política dessa exigência, fez-se uma emenda à Constituição motivada por mobilização da sociedade, em alguma medida, por mobilização popular. E acho que também aqui é assim que deveria ser. Portanto, que não deveria o Supremo Tribunal Federal se arrogar no papel de sensor das decisões políticas tomadas pelo Poder Constituinte derivado estadual.

De modo que, assentada a minha crítica política severa a essa previsão das Constituições Estaduais aqui referidas e de outras Constituições Estaduais, todavia, não entendo que o fato de considerar que é uma inconveniência política legitime que eu formule um juízo de inconstitucionalidade.

De modo que, por essa razão, estou acompanhando o denso e bem-lançado voto do ministro Teori Zavascki e o não menos denso e não menos bem-lançado voto de Vossa Excelência, inclusive, na parte em que parcialmente acolhem o pedido.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhora Presidente, da mesma forma, cumprimento Vossa Excelência e o eminente Ministro Teori pelos votos proferidos. Também saúdo a iniciativa do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil de questionar mais uma vez matéria.

Apesar de não ter, assim como o Ministro Luís Roberto, simpatia pessoal com relação ao tema de fundo, naquilo em que Vossa Excelência e o Ministro Teori afastam a inconstitucionalidade, não vejo como, à luz da Carta política e, na esteira da jurisprudência desta Casa, tão firme, tão sólida – como bem restou evidenciado –, recusar validade constitucional aos preceitos das Constituições Estaduais naquilo em que condicionam o próprio processamento e julgamentos dos governadores à aprovação de 2/3 dos integrantes daquelas Casas legislativas.

Por isso, acompanho, na íntegra, o voto do Ministro Teori e o voto de Vossa Excelência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhora Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados, representante da Ordem dos Advogados, também parabenizo pela sua sustentação.

Ideologicamente, Senhora Presidente, gostaria de ratificar a posição do Ministro Roberto Barroso, porque a experiência prática denota que essa blindagem, efetivamente, ela ocorre e é existente. E tudo quanto está em desconformidade com a Lei nº 1.079 é inconstitucional, porque realmente regula o processo penal, que é da competência exclusiva da União.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tratou de não gerar uma *capitis diminutio* para o Judiciário, na medida em que, ante a negativa de autorização para o processamento, fica interrompida a prescrição. De sorte que ela é suspensa. Então, evidentemente que o próprio governante vai querer manter essa espada de Dâmocles na sua cabeça por muito tempo.

E, por outro lado, eu me recordei agora que, no Superior Tribunal de Justiça, nós julgamos o caso de um governador em que entendemos que essa licença deveria prevalecer, mas que não se estendia àqueles atos necessários à instrução criminal, que eram os atos referentes à apuração de provas, prisão preventiva, que acabou sendo cancelada, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal.

A única dúvida que me veio à mente, é porque eu fiz uma anotação de que, quanto ao inciso II do §1º do art. 67, eu entendi que estava em desconformidade com o art. 77 da Lei nº 1.079, porque ela determinou o afastamento do governador após o juízo político de admissibilidade da acusação pela Assembleia, e não após a instauração do processo para apuração do crime de responsabilidade, se não me engano, como prevê a Constituição do Estado de Rondônia – é o que tem essa anotação. Vossa Excelência julgou ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) – Parcialmente procedente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Que Estado?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) – Rondônia.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Rondônia.

E Vossa Excelência, com relação a esse dispositivo, quer dizer, num sentido genérico, o voto de Vossa Excelência diz: tudo aquilo que está em contrariedade com a Lei nº 1.079 ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) – Sim, é a mesma redação; rigorosamente, a mesma redação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – E, aí, fica claro que também o afastamento não se dá na forma da Constituição, mas na forma da Lei nº 1.079.

Por isso, acompanho integralmente o voto de ambos os Relatores.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o resultado prático – já que, não verificada a licença, tendo-se como consequência, pelo menos razoável, para não dizer lógica, a suspensão do processo e a suspensão da prescrição – é a impunidade.

Questiono-me, Presidente: a Carta da República alberga a impunidade? A resposta é desenganadamente negativa. A Carta da República cobra, sim, a responsabilidade daqueles que tenham claudicado, especialmente no âmbito da Coisa Pública, no grande âmbito da Coisa Pública.

Divido, Presidente, a controvérsia em três temas. O primeiro, e vou abordá-lo, diz respeito aos crimes de responsabilidade. Decorre da Constituição Federal que os governadores não são julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, considerados os crimes de responsabilidade.

Indago: posso simplesmente afirmar que sobrevive, e sobrevive contrariando o inciso XXXVI do artigo 5º, a Lei nº 1.079, de 1950, no que cogita, para esses crimes, de um tribunal especial? Esse tribunal não será um tribunal de exceção? Para mim, será um tribunal de exceção, criado, eventualmente, para julgamento do Governador em crime de responsabilidade.

Por isso, entendo – e não vejo vício formal na disciplina da matéria pela Carta estadual – que o julgamento cabe – havendo sintonia com a Carta da República – à Assembleia Legislativa.

Nessa parte, julgo improcedentes os pedidos formulados nas três ações diretas de inconstitucionalidade, que versam ataque a Constituições dos diversos Estados, não estando envolvido o de Minas Gerais. Não é por Vossa Excelência estar na Presidência, mas por um equívoco de digitação verificado na autuação ou ao menos no espelho distribuído no qual lançado MG.

Presidente, o segundo tema: crime comum. O julgamento ocorre, considerado o Superior Tribunal de Justiça. Pergunta-se – e não imagino ressuscitar-se um poder divino, ligado às monarquias absolutas, quanto aos Governadores de Estado –: é possível submeter-se, contrariando-se o primado do Judiciário e fora das situações excepcionalmente previstas na Carta da República, quanto ao Presidente da República, a persecução criminal, a autorização da Assembleia, a um ato político? Não, Presidente. Não é possível essa submissão, sob pena de o Judiciário despedir-se de um dever, para com a sociedade, de tornar prevalecte a lei das leis, que é a Constituição Federal. Dir-se-á: os artigos 51, I, e 86 do Diploma Maior preveem a suspensão ou a licença. Mas o fazem de forma excepcionalíssima, pelo menos sob a minha óptica, quanto ao Presidente da República, e não interpreto de forma extensiva preceito que revele exceção. Não transporto, para o campo das governanças, das entidades da Federação, o que se contém nesses dois dispositivos. Chega! Basta que se cogite da licença quanto

ao dirigente maior do País. O Texto é expresso e não permite tergiversação. É o que se contém nos artigos 51, I, e 86 da Constituição, que se diz cidadã, que é a Constituição de 1988. Está no artigo 51, I, que:

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I – autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado; – sem especificar-se a matéria de fundo desse processo.

Já no artigo 86, limitado – repito – à chefia do Executivo Federal, não cabendo extensão aos Governadores, muito menos aos Prefeitos, está revelado que:

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços...” – não se leia aqui Governador do Estado – “... da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

Presidente, recuso-me a dizer que só pode haver persecução criminal por crime comum praticado por Governador caso não tenha bancada na Casa Legislativa. E, geralmente, tem; geralmente, tem o apoio da Casa Parlamentar, da Casa Legislativa.

Não há como se estender – a menos que tenha que reestudar a Constituição – o que previsto quanto ao Presidente da República, em norma que para mim encerra exceção, resultante do Poder Constituinte originário, a outros governantes, aos Governadores de Estado.

Presidente, no que previu o artigo 105 da Constituição Federal a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar os Governadores de Estado, a tramitação do processo-crime não ficou condicionada a qualquer licença.

Digo mais, a reforma da Carta Federal, em 2001, mediante, se não me falha memória, a Emenda Constitucional nº 35, afastando do cenário jurídico a licença para o processo-crime contra os Parlamentares, reforça essa óptica, segundo a qual a licença é exceção e preceito que a verse, somente pode ser interpretado – não de forma restritiva, porque o intérprete não restringe a norma – de forma estrita: é o que nele se contém e nada mais.

Presidente, vou pedir vênua aos Relatores e aos Colegas que os acompanharam para julgar improcedentes os pedidos formulados nas três ADIs quanto à disciplina referente ao crime de responsabilidade.

Entendo que Carta estadual pode reger a matéria e pode prever, em sintonia com o que está na Carta Federal, quanto ao Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, o julgamento do governador pela Assembleia Legislativa, criando-se, até mesmo, dois momentos, não importa, porque o Colegiado será o único a deliberar no tocante à admissibilidade do processo e, admitido, o julgamento. Não há, no caso, vício formal. Afasto a possibilidade de cogitar de Tribunal Especial – que, para mim, será de Exceção, porque não criado em norma jurídica anterior ao crime. Afasto a possibilidade de entender que esse Tribunal Especial convive, como disse, com o inciso XXXVI do artigo 5º da Carta da República, no que veda Juízo ou Tribunal de Exceção.

Quanto ao crime comum, julgo procedente o pedido formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em ótima oportunidade, de forma muito conscientizada. Não ficando apenas na crítica sob o ângulo moral, julgo-o procedente para apontar que, mantida a necessidade de licença pela Assembleia, ter-se-á transgressão ao Diploma Maior, ter-se-á a colocação, em segundo plano, do primado do Judiciário.

É como voto na espécie.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) – Então, Vossa Excelência julga parcialmente procedente, porém no sentido inverso, quanto aos dispositivos relativos ao processamento, Vossa Excelência julga improcedente, e, quanto à autorização, procedente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quanto à regência relativa ao crime de responsabilidade, improcedente, e, ao crime comum, procedente, para afastar o que, para mim, é discrepante da ordem jurídica constitucional: a necessidade de licença, a necessidade de ato político para ter-se a perseguição criminal contra Governador.

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhora Presidente, só para coparticipar desse sentimento de indignação do Ministro Marco Aurélio, mas, ao mesmo tempo, manter a higidez aqui do que está previsto na Constituição. O que, no meu modo de ver, informa essa – digamos assim – questão heterodoxa é o fato de que a ausência do Presidente da República para o País representa a mesma repercussão da ausência de um governador para o Estado.

Então, por isso, no meu modo de ver, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem chancelado isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, veja: até mesmo atento aos ares constitucionais vivenciados, houve evolução do Congresso no que aprovou, em 2001, projeto de emenda constitucional, afastando a necessidade de licença quanto a deputado e a senador.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Vossa Excelência entende que não houve em relação ao Governador, porque não havia mesmo?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Jamais se cogitou de licença quanto a Governador. O que não posso é estender, para o campo da governança em Estado, o trato excepcionalíssimo, para mim, existente no tocante ao Presidente da República. Não coloco o Presidente da República e os Governadores no mesmo patamar, sob o ângulo do tratamento, relativamente à perseguição criminal.

Por isso, concluí que não se coaduna com a Constituição a previsão, em Carta estadual, da necessidade de licença para um órgão federal, como é o Superior Tribunal de Justiça, atuar, acionado, evidentemente, pelo titular da ação penal, que é o Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhora Presidente, eu vou, hoje, me curvar a essa jurisprudência que está aqui citada e sedimentada com relação a esse aspecto, comprometendo-me a rever a minha posição diante dessa manifestação do Ministro Marco Aurélio.

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Senhora Presidente, também gostaria de consignar que eu votei na linha que votei – tenho dúvida, pois acho que estamos na fronteira entre a inconveniência política e a inconstitucionalidade – e, portanto, estou me alinhando à jurisprudência. Mas me impressiono com as razões do Ministro Marco Aurélio e me reservo para, numa futura oportunidade, repensar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) – Num encontro marcado que teremos, com certeza, de novo, com esse...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Em algum lugar do futuro, voltaremos a essa questão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Como tenho domicílio e residência no Brasil central, no Planalto, não me sinto em situação fronteiriça.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O Supremo Tribunal Federal firmou orientação jurisprudencial, **hoje consolidada em enunciado sumular (Súmula 722)**, no sentido de que compete, *unicamente*, à União Federal **tipificar**, *de um lado*, os denominados *crimes de responsabilidade* e **definir**, *de outro*, a ordem ritual do respectivo processo e julgamento.

Não desconheço, Senhora Presidente, que se registra, *na matéria ora em exame*, **amplo dissídio doutrinário** em torno da **qualificação jurídica** do “crime de responsabilidade” e do processo a que dá origem, pois, **para uns**, o “*impeachment*” constitui processo eminentemente político, **enquanto que**, **para outros**, ele representa processo de índole criminal (**como sucedeu sob a legislação imperial**

brasileira, Lei de 15/10/1827), havendo, ainda, os que nele **identificam** a existência de um processo de natureza mista, consoante revela o magistério de **eminentes autores** (PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO, "**O Impeachment**", p. 75/87, 2ª ed., 1992, Saraiva; PINTO FERREIRA, **Comentários à Constituição Brasileira**, vol. 3/596-600, 1992, Saraiva; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, vol. 2/168-172, 1992, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 518/520, 10ª ed., 1995, Malheiros; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, **Comentários à Constituição de 1988**, vol. V/2931-2945, 1991, Forense Universitária; PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**, tomo III/351-361, 3ª ed., 1987, RT; MICHEL TEMER, **Elementos de Direito Constitucional**, p. 165/170, 7ª ed., 1990, RT; JOSÉ FREDERICO MARQUES, **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. 3/375, Forense; JOÃO BARBALHO, **Constituição Federal Brasileira – Comentários**, p. 133, 2ª ed., 1924; CARLOS MAXIMILIANO, **Comentários à Constituição Brasileira**, vol. II/105-106, item nº 332, 5ª ed., 1954, Freitas Bastos; AURELINO LEAL, **Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira**, Primeira Parte, p. 480, 1925).

Por entender, Senhora Presidente, que a natureza jurídica do "*crime de responsabilidade*" permite situá-lo no plano **estritamente** político constitucional, revestido de caráter evidentemente extrapenal, atribuo *a essa figura a qualificação de ilícito político-administrativo*, desvestido, *em consequência, de conotação criminal*, o que me autoriza concluir – embora diversamente da orientação jurisprudencial **prevalecente** nesta Suprema Corte (RTJ 166/147 – RTJ 168/729 – RTJ 176/199, v.g.) – **que o impropriamente** denominado "*crime de responsabilidade*" não traduz instituto de direito penal.

Essa percepção do tema tem o beneplácito de **autorizadíssimo** magistério doutrinário (PAULO BROSSARD, **O Impeachment**, p. 82, item nº 56, 2ª ed., 1992, Saraiva; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, **A Constituição Federal Comentada**, vol. II/274-275, 1948, Konfino; CASTRO NUNES, **Teoria e Prática do Poder Judiciário**, vol. 1/40-41, item nº 2, 1943, Forense; ALEXANDRE DE MORAES, **Constituição do Brasil Interpretada**, p. 1.239, 2002, Atlas; LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, **Curso de Direito Constitucional**, p. 268/269, itens nºs 1 e 3, 6ª ed., 2002, Saraiva), cujas lições propiciam o substrato teórico **legitimador** do que venho de expor.

Embora perfilhe, eu próprio, essa orientação, atribuindo ao "*crime de responsabilidade*" a **natureza jurídica de infração político-administrativa (o que implicaria reconhecer a legitimidade da competência do Estado-membro para dispor sobre a matéria em referência)**, **não posso deixar** de observar, contudo, *nesse específico tema, em respeito e em obséquio ao princípio da colegialidade, a diretriz jurisprudencial hoje consubstanciada na Súmula 722/STF, cujo teor confere à União Federal competência legislativa para definir, em caráter privativo, os denominados "crimes de responsabilidade"*, bem assim para estabelecer a respectiva disciplina ritual.

Por tal razão, Senhora Presidente, acompanho, *no ponto*, **o voto** do eminente Relator.

A outra controvérsia jurídica **suscitada** na presente causa **envolve** questão **pertinente à indispensabilidade, ou não, de prévia licença** da Assembleia Legislativa estadual **para autorizar** a instauração, **perante** o Superior Tribunal de Justiça, **de persecutio criminis contra** Governador de Estado.

Entendo, na linha da jurisprudência **firmada** pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 978/PB, ADI 1.019/RR, ADI 1.020/DF, ADI 1.021/SP, ADI 1.027/RS, v.g., **das quais me tornei Red. p/ o acórdão**), que essa prévia licença traduz medida imprescindível à **válida** instauração, **perante** o Superior Tribunal de Justiça, **de procedimento estatal contra** o Chefe do Poder Executivo **do Estado-membro nas infrações penais comuns**.

O exame dessa questão, *contudo*, impõe *algumas reflexões prévias*, **que se revelam necessárias, a meu juízo, à resolução** da controvérsia ora suscitada nesta sede processual.

Todos sabemos que a responsabilidade dos governantes, em um sistema constitucional de poderes limitados, tipifica-se como uma das cláusulas essenciais à configuração mesma **do primado da ideia republicana**, que se opõe – em função de seu próprio conteúdo – às formulações teóricas ou jurídico-positivas que proclamam, **nos regimes monárquicos**, a absoluta irresponsabilidade pessoal do Rei **ou** do Imperador, tal como sucedia sob a Carta Política do Império do Brasil (art. 99) e que mereceu precisa análise **por** parte de JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, *o Marquês de São Vicente (Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, p. 203, item nº 267, 1958, Ministério da Justiça – DIN).

Embora irrecusável *a posição de grande eminência dos Governadores* de Estado e do Distrito Federal **no contexto** político-institucional emergente de nossa Carta Política, impõe-se reconhecer, até mesmo como decorrência necessária do princípio republicano, **a possibilidade** de responsabilizá-los, **penalmente**, pelos atos ilícitos que *eventualmente* venham a praticar no desempenho de suas funções.

Mesmo naqueles Países cujo ordenamento político revela *uma primazia* do Poder Executivo **derivada** do crescimento das atividades do Estado, ainda assim – *tal como salienta* JOSAPHAT MARINHO (RDA 156/11) – **essa posição hegemônica**, no plano jurídico-institucional, **“não equivale a domínio ilimitado e absorvente”**, basicamente porque a expansão do arbítrio deve ser contida por um sistema que permita a aferição do grau de responsabilidade daqueles que exercem o poder.

A consagração do princípio da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo configura *“uma conquista fundamental da democracia e, como tal, é elemento essencial da forma republicana democrática que a Constituição brasileira adotou...”* (PAULO DE LACERDA, *Princípios de Direito Constitucional Brasileiro*, vol. I/459, item nº 621).

A sujeição **dos Governadores de Estado e do Distrito Federal** às consequências jurídicas de seu próprio comportamento é inerente e consubstancial, *desse modo*, **ao regime republicano**, que constitui, no plano de nosso ordenamento positivo, uma das mais relevantes decisões políticas fundamentais adotadas pelo legislador constituinte brasileiro.

Não obstante a posição hegemônica **que detém** na estrutura político-institucional do Poder Executivo local, o Governador – que também é súdito das leis, como **qualquer** outro cidadão deste País – não se exonera da responsabilidade penal emergente dos atos que tenha praticado.

A forma republicana de Governo, analisada em seus aspectos conceituais, **faz instaurar, portanto, um regime de responsabilidade** a que se deve submeter, **de modo pleno**, entre outras autoridades estatais, **o Chefe do Poder Executivo** dos Estados-membros e do Distrito Federal (RTJ 162/462-464, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO).

O princípio republicano, que outrora constituiu um dos núcleos imutáveis das Cartas Políticas promulgadas a partir de 1891, não obstante *sua plurissignificação conceitual*, consagra, a partir da ideia central que lhe é subjacente, o dogma de que **todos os agentes públicos** – os Governadores de Estado e do Distrito Federal, *em particular* – são responsáveis perante a lei (WILSON ACCIOLI, *Instituições de Direito Constitucional*, p. 408/428, itens n^{os} 166/170, 2^a ed., 1981, Forense; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 518/519, 10^a ed., 1995, Malheiros; MARCELO CAETANO, *Direito Constitucional*, vol. II/239, item n^o 90, 1978, Forense, v.g.).

Cumpra destacar, *nesse contexto*, **o irrepreensível magistério** do saudoso GERALDO ATALIBA (*República e Constituição*, p. 38, item n^o 9, 1985, RT – grifei), para quem *a noção de responsabilidade* traduz um consectário natural do dogma republicano:

A simples menção ao termo república já evoca um universo de conceitos, intimamente relacionados entre si, sugerindo a noção do princípio jurídico que a expressão quer designar. Entre tais conceitos, o de responsabilidade é essencial”

(grifei)

Foi por tal razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, atento às implicações jurídicas e políticas que resultam do princípio republicano, pronunciou-se sobre o tema concernente à **responsabilidade penal** do Chefe do Poder Executivo dos Estados-membros, proferindo decisão consubstanciada **em acórdão assim ementado**:

PRINCÍPIO REPUBLICANO E RESPONSABILIDADE DOS GOVERNANTES.

– **A responsabilidade** dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais à configuração mesma da ideia republicana. A consagração do **princípio da responsabilidade** do

Chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, constitui consequência necessária da forma republicana de governo adotada pela Constituição Federal.

O princípio republicano exprime, a partir da ideia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos – os Governadores de Estado e do Distrito Federal, em particular – são igualmente responsáveis perante a lei.

RESPONSABILIDADE PENAL DO GOVERNADOR DO ESTADO.

*– Os Governadores de Estado – que dispõem de prerrogativa de foro *ratione muneris*, perante o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, 'a') – estão permanentemente sujeitos, uma vez obtida a necessária licença da respectiva Assembleia Legislativa (RE 153.968-BA, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 159.230-PB, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), a processo penal condenatório, ainda que as infrações penais a eles imputadas sejam estranhas ao exercício das funções governamentais.*

(RTJ 170/40-41, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO)

Desse modo, se é certo que os Governadores de Estado são plenamente responsáveis por atos delituosos que eventualmente pratiquem no exercício de seu mandato, não é menos exato que a organização federativa do Estado brasileiro e a autonomia institucional dos Estados-membros desempenham um papel relevante na definição dos requisitos condicionadores da persecução penal que venha a ser instaurada contra os Chefes do Poder Executivo local.

*Nesse contexto, torna-se de essencial importância a questão pertinente à prévia autorização legislativa – a ser dada pelo Poder Legislativo do Estado-membro – que constitui pressuposto viabilizador da instauração da *persecutio criminis* contra o Chefe do Poder Executivo estadual.*

*A jurisprudência constitucional desta Suprema Corte, bem por isso, atenta ao princípio da Federação, qualificou a necessidade de prévio consentimento da Assembleia Legislativa local como requisito de procedibilidade para a válida instauração da *persecutio criminis* contra Governador de Estado.*

Sob tal perspectiva institucional, o Supremo Tribunal Federal teve presente, para o efeito referido, um postulado essencial à configuração mesma da organização federativa, tal como esta se acha delineada no sistema constitucional vigente em nosso País.

A ideia fundamental que motivou essa orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal traduz, na realidade, a consagração de um valor constitucional básico que informa e dá consistência à própria teoria da Federação: a autonomia institucional dos Estados-membros.

A importância político-jurídica dessa **insuprimível** prerrogativa institucional dos Estados-membros é tão intensa que, sem ela, **descaracterizar-se-ia, por completo, a própria noção** de Estado Federal, pois – *não custa enfatizar* – a autonomia das unidades federadas qualifica-se como valor essencial e conatural à compreensão do sistema federativo.

Mais do que isso, a ideia de Federação – que tem, **na autonomia dos Estados-membros**, um de seus *cornerstones* – revela-se elemento **cujo sentido de fundamentalidade** torna-a imune, em sede de revisão constitucional, à própria ação reformadora do Congresso Nacional, por representar categoria política inalcançável, *até mesmo*, pelo exercício do poder constituinte derivado (CF, art. 60, § 4º, I).

Por tal razão, *tendo-se presente a natureza eminentemente constitucional da autonomia* inerente aos Estados-membros, torna-se essencial – notadamente quando se tratar de persecução penal *in judicio*, **promovida** contra os Governadores dessas unidades federadas, **de cuja instauração poderá resultar** o seu afastamento provisório do exercício do mandato – **que o postulado da Federação** seja considerado como dado juridicamente relevante na **definição** dos requisitos **que devem condicionar** o processamento de **qualquer** acusação criminal, **perante** o Superior Tribunal de Justiça, contra o Chefe do Poder Executivo estadual.

Esse entendimento – que submete à *Assembleia Legislativa local a avaliação política* sobre a **conveniência** de **autorizar-se, ou não**, o processamento de *acusação penal* contra o Governador do Estado – funda-se na circunstância de que, recebida a denúncia ou a queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça, dar-se-á a suspensão funcional **do Chefe do Poder Executivo estadual**, que ficará **afastado, temporariamente**, do exercício do mandato que lhe foi conferido por voto popular, daí resultando verdadeira **“destituição indireta de suas funções”**, com **grave** comprometimento **da própria** autonomia político-institucional da unidade federada que dirige.

Na realidade, a diretriz jurisprudencial que tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal (RTJ 151/978-979, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RTJ 158/280, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE) nada mais reflete senão a observância de **paradigma** revestido de inquestionável coeficiente de federalidade **e que, fundado** na Carta Política (art. 86, § 1º, I), impõe-se, *enquanto padrão referencial inderrogável, ao respeito* dos Estados-membros e dos Tribunais da República.

Em suma: a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal impõe que a instauração de persecução penal, em juízo, contra Governador de Estado, por **supostas** práticas delituosas perseguíveis mediante ação penal *de iniciativa pública ou de iniciativa privada*, seja necessariamente precedida de autorização legislativa dada pelo Poder Legislativo local, **a quem incumbe, com fundamento em juízo de caráter eminentemente discricionário, exercer verdadeiro controle político prévio de qualquer** acusação penal deduzida contra o Chefe do Poder Executivo do Estado-membro, compreendidas, na locução constitucional “crimes comuns”, todas as infrações penais (RTJ 33/590 – RTJ 166/785-786), **inclusive as de caráter**

eleitoral (RTJ 63/1 – RTJ 148/689 – RTJ 150/688 689) **ou as de natureza meramente contravencional** (RTJ 91/423).

A *ratio* subjacente a essa orientação jurisprudencial, que prestigia o *princípio da Federação* e que busca preservar a *intangibilidade da autonomia estadual* – impedindo que ocorra a **suspensão provisória** do exercício do mandato pelo Governador do Estado, motivada pelo recebimento judicial da denúncia ou da queixa-crime, exceto se houver consentimento prévio emanado da Assembleia Legislativa local –, reflete-se *no próprio magistério da doutrina* (ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, p. 429/430, 7ª ed., 2000, Atlas; JULIO FABBRINI MIRABETE, *Código de Processo Penal Interpretado*, p. 296, item nº 84.8, 7ª ed., 2000, Atlas; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 99, 17ª ed., 2000, Saraiva, v.g.), cuja percepção do tema em exame **põe em destaque** a imprescindibilidade dessa autorização legislativa, qualificada, *sob tal aspecto*, como requisito de procedibilidade *que condiciona a instauração, em juízo, de persecução penal contra* o Chefe do Poder Executivo estadual, a quem se tem reconhecido, enquanto *in officio*, relativa imunidade formal em face dos processos penais condenatórios.

Mostra-se lapidar, *sob todos os aspectos*, a autorizada lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA (*“Comentário Contextual à Constituição”*, p. 581, item nº 4, 9ª ed., 2014, Malheiros), que, *a propósito da questão ora em análise*, expende as seguintes considerações:

Seja como for, os crimes comuns dos governadores devem ser processados e julgados pelo STJ, mas a admissibilidade do processo depende de autorização da Assembleia Legislativa do Estado. É que o juízo prévio de admissibilidade da acusação, que requer o voto de dois terços da representação popular, é um prejulgamento que embasa a suspensão do acusado de suas altas funções, com aquela mesma ideia dos sistemas argentino e norte-americano de que uma alta autoridade governamental não pode ser submetida a um processo político ou criminal, enquanto estiver no exercício de sua magistratura. O Brasil encontrou um sistema adequado, submetendo o processo de imposição de sanção política ou criminal a uma condição prévia de oportunidade política, a ser decidida pela representação popular, o que corresponde a uma exigência democrática de que o governador, como o Presidente da República, só deva ser submetido a um processo que o afaste do cargo, para o qual foi eleito pelo povo, com o consentimento ponderado pelo voto de dois terços dos membros da Assembleia representante desse mesmo povo. (grifei)

Concluo o meu voto, Senhora Presidente. E, *ao fazê-lo*, peço vênia para acompanhar o voto do eminente Ministro Relator, **cujos fundamentos reconhecem**, corretamente, *no ponto ora em exame*, na linha da jurisprudência **desta** Suprema Corte (ADI 1.017/AC, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO – ADI 1.018/MG, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO – ADI 1.022/RJ, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO – HC 80.511/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 86.015/PB, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RE 159.230/PB, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, *v.g.*), a indispensabilidade *da prévia licença da Assembleia Legislativa como condição de procedibilidade para a válida instauração*, **perante** o Superior Tribunal de Justiça, de perseguição estatal, por infrações penais comuns, **contra** Governador de Estado.

É o meu voto.

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.792

PROCED.: ESPÍRITO SANTO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou parcialmente procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade do inciso XXI do art. 56 (*"processar e julgar o Governador e o Vice-Governador do Estado nos crimes de responsabilidade e os Secretários de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles"*), e da segunda parte do art. 93 (*"ou perante a Assembleia Legislativa, nos crimes de responsabilidade"*), ambos os artigos da Constituição do Estado do Espírito Santo, vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente a ação em relação à atribuição da Assembleia quanto aos crimes de responsabilidade, e procedente para afastar a necessidade de licença para ter-se a persecução criminal contra Governador nos crimes comuns. Ausentes o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), em viagem oficial a Roma, na Itália, para participar do "8º Congresso Internacional da Anamatra" e de audiências com diversas autoridades daquele país, e, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior, OAB/DF 16.275, e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Ela Wiecko Volckmer de Castilho, Vice-Procuradora-Geral da República. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 12.02.2015.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.
p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte – Assessora-Chefe do Plenário

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 570.392 – RIO GRANDE DO SUL

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

RECTE.(S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GARIBALDI

ADV.(A/S): GLADIMIR CHIELE E OUTRO(A/S)

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. LEI PROIBITIVA DE NEPOTISMO. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA LEGISLATIVA: INEXISTÊNCIA. NORMA COERENTE COM OS PRINCÍPIOS DO ART. 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

1. O Procurador-Geral do Estado dispõe de legitimidade para interpor recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça proferido em representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º, da Constituição da República) em defesa de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em simetria a mesma competência atribuída ao Advogado-Geral da União (art. 103, § 3º, da Constituição da República). Teoria dos poderes implícitos.

2. Não é privativa do Chefe do Poder Executivo a competência para a iniciativa legislativa de lei sobre nepotismo na Administração Pública: leis com esse conteúdo normativo dão concretude aos princípios da moralidade e da impessoalidade do art. 37, *caput*, da Constituição da República, que, ademais, têm aplicabilidade imediata, ou seja, independente de lei. Precedentes. Súmula Vinculante nº 13.

3. Recurso extraordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente), na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, **em rejeitar as preliminares**. O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, **deu provimento ao recurso para cassar o acórdão recorrido, reconhecendo constitucional a Lei nº 2.040/1990 do Município de Garibaldi, firmando-se a tese de que leis que tratam dos casos de vedação a nepotismo não são de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo**, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), em viagem à Itália para participar da “101ª Sessão Plenária da Comissão de Veneza”.

Brasília, 11 de dezembro de 2014.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA** – Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. Recurso extraordinário interposto pelo Rio Grande do Sul contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos seguintes termos:

"CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. CARGOS PÚBLICOS. RESTRIÇÃO À INVESTIDURA EM CARGOS COMISSIONADOS. 'NEPOTISMO'. LEI DE INICIATIVA DO LEGISLATIVO LOCAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL.

1. Embora constitucional, materialmente, a restrição à investidura de parentes em cargos em comissão, banindo o chamado 'nepotismo', conforme proclamou o STF (ADIn 1.521-4-RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO), tratando-se de matéria respeitante ao regime jurídico dos servidores do Município, a iniciativa do processo legislativo compete, consoante o modelo nacional, obrigatório para Estados e Municípios (ADIn 872-RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), ao Chefe do Executivo.

2. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE." (fl. 70)

Contra esse acórdão foram opostos embargos de declaração, rejeitados pelo Tribunal *a quo*.

2. O Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso extraordinário em defesa da Lei nº 2.040/1990 do Município de Garibaldi-RS, declarada inconstitucional pelo acórdão recorrido.

Após sustentar a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no recurso extraordinário, defende o Recorrente que:

"Desde logo, deve ser afastado o argumento relativo ao alegado vício de iniciativa [legislativa] tendo-se presente que, cuidando de matéria afeta à qualidade dos servidores – parentesco – não há que se falar em competência inaugural do Chefe do Executivo municipal, uma vez que não se está atuando legislativamente no sentido de regular a criação, alteração e extinção de cargo, função ou emprego do Poder Executivo e autarquia do município ou no que diz com a organização administrativa dos servidores ou seu regime jurídico, mas significa o estabelecimento de um princípio da moralidade administrativa, bem como de impessoalidade na gestão pública, que devem pautar a atuação dos Poderes Públicos". (fl. 107)

Argumenta que

"não há que se trazer à colação o tema da iniciativa do Prefeito Municipal no que concerne à organização e regência dos serviços

no âmbito local, quando se está diante de regra que visa estabelecer parâmetros éticos para a contratação de pessoal no âmbito da Administração Pública, conteúdos já insertos no ordenamento pátrio, quando lidos pela perspectiva constitucional, a partir dos princípios que pautam a ação administrativa do Estado em todos os seus níveis. Ou seja: a norma da Constituição Estadual – art. 60, II, b – não diz com a definição principiológica de vedação do nepotismo no município como corolário dos princípios da moralidade e da impessoalidade da Administração Pública, apenas atribui competência ao Prefeito Municipal no que respeita ao provimento de cargos no ente federado local, desde que este respeite e atue em consonância com aqueles princípios maiores”. (fl. 111-112)

Requer o provimento do recurso extraordinário para que seja julgada a improcedência da ação direta estadual.

3. Em contrarrazões, o Prefeito do Município de Garibaldi-RS reforça suas alegações de haver, na Lei municipal nº 2.040/1990, vícios formais e materiais de inconstitucionalidade, por afronta aos arts. 5º, 8º, 10, 20, *caput*, 32 e 60, II, b, da Constituição do Rio Grande do Sul e arts. 5º, inc. XIII, 29, 37, incs. I e II, e 125 da Constituição da República.

E acentua que

“não pode o Legislador Municipal, em matéria estrutural e administrativa do Município, de exclusiva competência e iniciativa do Poder Executivo Municipal, pretender introduzir modificações estruturais, constituindo-se em ingerência indevida na matéria de administração, o que implicaria no rompimento da independência que deve predominar entre os Poderes.

Também restou implícita a tese já consagrada de que o provimento de cargos de confiança, também da competência do mesmo Poder, não pode ser condicionado a quaisquer requisitos, além daqueles normais e naturais para a assunção de qualquer munus público”. (fl. 194)

“o texto constitucional é muito claro. Estabelece que os cargos em comissão são de livre nomeação, não estabelecendo nenhum requisito a ser preenchido pelo candidato e muito menos restringindo o acesso de quem quer que seja. Se a Constituição não restringe o acesso, não há como aceitar que uma lei ordinária, de menor hierarquia, estabeleça requisitos de acesso em contrariedade à Carta Magna.

Se a nomeação de parentes fosse vedada, o legislador colocaria no texto constitucional essa restrição, não cabendo ao Poder Judiciário

estender a interpretação da norma constitucional. A inclusão de restrição ao acesso de cargos em comissão no Poder Executivo somente poderá se dar por lei de iniciativa do próprio Poder, não havendo como outro Poder imiscuir-se na administração municipal, nem interpretar de forma extensiva dispositivos constitucionais". (fl. 197)

4. Admitido o recurso extraordinário na origem e recebidos os autos neste Supremo Tribunal Federal, submeti ao Plenário Virtual a repercussão geral da questão constitucional suscitada no recurso extraordinário, o que foi reconhecido por maioria:

"Natureza jurídica de regra legislativa municipal cujo objetivo é impedir a prática do nepotismo no âmbito da Administração Pública local. Competência para iniciar o processo legislativo. Relevância e transcendência caracterizados. Repercussão geral reconhecida."

5. Dei vista ao Procurador-Geral da República em 12.08.2008, tendo os autos retornado a este Supremo Tribunal para julgamento em 04.04.2014.

6. O Procurador-Geral da República apresentou parecer consubstanciado nos seguintes termos:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCESSO OBJETIVO. INEXISTÊNCIA DE PRAZO EM DOBRO. RECURSO INTEMPESTIVO. MÉRITO: LEI SOBRE NEPOTISMO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA LEGISLATIVA. REGRA DECORRENTE DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

1. Em que pese o reconhecimento da repercussão geral do presente recurso extraordinário, é necessário frisar a impossibilidade de conhecimento do pleito, diante da evidente intempestividade. Não é aplicável o prazo em dobro do art. 188 do CPC aos processos de índole objetiva.

2. Inexistência de contrariedade ao art. 60, II, b, da Constituição Federal da lei contra o nepotismo, diante da ausência de vício formal de iniciativa legislativa. Precedente.

3. A vedação ao nepotismo, por decorrer diretamente do princípio da moralidade administrativa, sequer necessita de lei formal para ser cumprida. Precedente.

4. Parecer pelo não conhecimento do recurso extraordinário, caso contrário, pelo provimento." (fl. 215)

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

Primeira preliminar. Tempestividade do recurso extraordinário.

1. O Procurador-Geral da República suscitou a intempestividade do recurso extraordinário, pois o Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul teria sido intimado no dia 03.08.2007 e o prazo recursal finalizado em 20.08.2007, tendo interposto o recurso apenas em 28.08.2007.

Todavia, sem razão jurídica o Procurador-Geral da República. Conforme fl. 97, o Procurador-Geral de Justiça foi intimado em 03.08.2007 e não o Procurador-Geral do Estado. Este foi intimado pela publicação no Diário de Justiça eletrônico, conforme certidão de fl. 98. A publicação foi disponibilizada no dia 10.08.2007 (sexta-feira) e considerada publicada em 13.08.2007 (segunda-feira), conforme o art. 4º da Lei nº 11.419/2006, tendo o prazo iniciado no dia 14.08.2007 (terça-feira) e finalizado no dia 28.08.2007 (terça-feira), data na qual foi interposto o recurso extraordinário, estando, portanto, tempestivo.

Segunda preliminar. Legitimidade do Procurador-Geral do Estado para interpor recurso extraordinário contra acórdão de ação direta estadual.

2. Embora não tenha sido suscitado por qualquer das partes ou pelo Procurador-Geral da República, penso ser necessário examinar a legitimidade do Procurador-Geral do Estado para interpor, *sponte propria*, recurso extraordinário contra acórdão proferido em ação direta de inconstitucionalidade estadual, dada a singularidade da situação.

Apesar de a Secretaria Judiciária deste Supremo Tribunal Federal ter autuado como recorrente o Estado do Rio Grande do Sul, tem-se que o verdadeiro recorrente é o Procurador-Geral do referido Estado, conforme se observa expressamente à fl. 101, e esta é a forma correta de se fazer.

O § 4º do art. 95 da Constituição do Rio Grande do Sul dispõe que “quando o Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou de ato normativo, citará previamente o Procurador-Geral do Estado, que defenderá o ato ou texto impugnado”, repetindo por simetria o disposto no § 3º do art. 103 da Constituição da República, que estatui a mesma competência de “tutela” da norma questionada (via ação direta neste Supremo Tribunal) ao Advogado-Geral da União.

Pela teoria dos poderes implícitos se a Constituição da República atribui determinada competência à entidade jurídica, deve ser reconhecida a esta entidade a possibilidade de se utilizar dos instrumentos jurídicos adequados e necessários para o regular exercício da competência que lhe foi atribuída.

Esse mesmo raciocínio deve ser aplicado em casos como o dos autos, em que a Constituição Estadual atribui ao Procurador-Geral do Estado (em simetria ao Advogado-Geral da União) o papel de defesa da norma estadual ou municipal atacada via ação direta, tornando-se, portanto, legítimo para a interposição de recurso extraordinário contra acórdão que tenha declarado a inconstitucionalidade da norma defendida.

Não reconhecer legitimidade ao Procurador-Geral do Estado para a interposição do recurso extraordinário contra acórdão que declara a inconstitucionalidade de norma estadual ou municipal questionada no Tribunal de Justiça seria negar efetiva defesa da norma acatada ou, pelo menos, conferir-lhe uma defesa incompleta.

Mérito

3. Conforme assentado na análise da repercussão geral, o objeto deste recurso extraordinário é a definição da natureza de norma que impede a prática de nepotismo, ou seja, se teria natureza de norma sobre *“servidores públicos (...), seu regime jurídico, provimento de cargos”*, cuja iniciativa legislativa é privativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 61, § 1º, inc. II, alínea c, da Constituição da República.

Esse tema está pacificado neste Supremo Tribunal Federal.

4. Embora o Tribunal *a quo* tenha apontado o julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.521 (realizado em 12.03.1997) para lastrear a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 2.040/1990 do Município de Garibaldi-RS, aquela ação direta, tanto na análise da medida cautelar quanto no julgamento recente do seu mérito (em 19.06.2013), constitui fundamento para a declaração de constitucionalidade da norma municipal, tendo concluído este Supremo Tribunal no seguintes termos:

“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 cargos públicos 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” (Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 12.08.2013).

Mesmo antes do julgamento de mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.521, este Supremo Tribunal Federal vinha decidindo no sentido da ausência de vício formal em leis de iniciativa parlamentar dispondo sobre vedação à prática de nepotismo:

“Recurso extraordinário. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo de lei municipal. 2. Dispositivo que vedava a nomeação de cônjuge e parentes consanguíneos ou afins, até o terceiro grau ou por adoção, do Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários e Vereadores, para cargos em comissão, salvo se servidores efetivos do Município. 3. Contrariedade ao disposto no art. 60, II, 'b', da Constituição Estadual, por vício formal de iniciativa. 4. Precedente do Plenário desta Corte, na ADI 1521-4-RS, que indeferiu, por maioria, a suspensão cautelar de dispositivo que dizia respeito à proibição de ocupação de cargo em comissão por cônjuges ou companheiros e parentes consanguíneos, afins ou por adoção, até o segundo grau. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. Afastado o vício formal.” (RE 183.952-RS, Relator o Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ 24.05.2002)

Idêntica a conclusão, por exemplo, nas decisões monocráticas proferidas nos Recursos Extraordinários nº 308.340, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ 11.05.2005, e nº 372.911, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ 08.06.2007.

5. Ademais, é importante destacar o julgamento proferido no Recurso Extraordinário nº 579.951, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJE 23.10.2008, principal paradigma da Súmula Vinculante nº 13.

Nesse julgamento ficou assentado:

“ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE.

(...)

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.”

Se os princípios do art. 37, *caput*, da Constituição da República sequer precisam de lei para serem obrigatoriamente observados, não há vício de iniciativa legislativa em norma editada com o objetivo de dar eficácia específica àqueles princípios e estabelecer casos nos quais, inquestionavelmente, configurariam comportamentos administrativamente imorais ou não-isonômicos.

A edição da Súmula Vinculante nº 13¹ mais reforça a constitucionalidade da Lei nº 2.040/1990 do Município de Garibaldi-RS.

6. Pelo exposto, reconhecido não haver reserva de iniciativa legislativa ao Chefe do Poder Executivo para a edição de norma restritiva da prática de nepotismo, não constituindo, portanto, vício formal a iniciativa de parlamentar para leis com esse conteúdo normativo, **voto pelo provimento do recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido e reconhecer constitucional a Lei nº 2.040/1990 do Município de Garibaldi-RS.**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente, eu estou de pleno acordo com Vossa Excelência quanto ao mérito.

Eu tenho uma posição de que o art. 188 do Código de Processo Civil, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que prevê a contagem em dobro do prazo, não se aplica, a meu ver, em ações diretas. Mas, pelo que Vossa Excelência esclareceu, não é disso que se trata. Portanto, o que aconteceu foi que não havia sido intimado o representante da Fazenda Pública e, sim, o Procurador-Geral de Justiça, hipótese em que estou acompanhando Vossa Excelência também nessa parte.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhora Presidente, também estou de acordo com Vossa Excelência, mas apenas faria talvez uma especulação no sentido de que nós estamos declarando inconstitucional essa Lei municipal, porque, **a contrario sensu**, o que o acórdão fez foi considerar inconstitucional. Eu acho que essa lei peca pela deficiência, porque ela diz que fica proibida a contratação, por parte do Executivo, de servidores, para qualquer cargo do quadro de servidores ou função, de parentes de primeiro e segundo graus.

Eu acho que a nossa Súmula é maior; materialmente, a nossa súmula é maior em termos de prevenção do nepotismo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) – Mais ampla, até o terceiro grau.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Eu daria provimento, mas eu faria esse **obter dictum** de que ela é deficiente no atendimento material à nossa Súmula. Eu concordo que não há necessidade de intermediação de legislador ordinário, decorre

¹ “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.”

diretamente da Constituição e da Súmula, mas acho que ela peca pela deficiência, apenas a título de *obiter dictum*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, quanto às preliminares, acompanho Vossa Excelência.

No caso, é recorrente o Estado do Rio Grande do Sul, e, evidentemente, não tendo havido antes a intimação da Procuradoria do Estado, não ocorreu a detonação do prazo recursal. O prazo recursal não começou a correr. Sob o ângulo da legitimidade, a Procuradoria estadual é parte legítima para representar o Estado, é o representante processual do Estado.

Agora, peço vênia a Vossa Excelência para divergir no tocante à matéria de fundo, porque não tenho como desautorizar, ante reiterados pronunciamentos, inclusive do Supremo, o que decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. E por que não? Porque se levou em conta – e não estou aqui julgando o tema de fundo, que é o nepotismo – o vício formal da lei municipal, creio, de Garibaldi, no que a iniciativa não foi do Chefe do Poder Executivo. Essa lei municipal acabou por dispor sobre relação jurídica mantida pelo Executivo com prestador de serviços desse mesmo Executivo. É situação jurídica em que há a reserva de iniciativa, ou seja, não se poderia ter a lei simplesmente como de provocação da Câmara de Vereadores.

Portanto, e digo que não sou a favor do nepotismo, inclusive, o primeiro caso julgado neste Plenário, já testemunhei aqui, foi relatado por mim e me valeu inimizade, inimizade com o então Presidente – grande processualista, um homem que admirava em termos doutrinários – do Tribunal de Justiça, já que a matéria envolvia também prestador de serviço do Tribunal de Justiça. Vou reafirmar para que não haja nenhuma dúvida e não grasse a maledicência: não estou encampando o nepotismo. Ao contrário, se pudesse ir ao fundo, declararia a harmonia da Lei com a Carta da República, no que proibiu contratações no Executivo até o 2º grau. E a jurisprudência alcança o 3º grau, ou seja, a relação tio-sobrinho, sobrinho-tio.

Por isso, peço vênia para, considerada a única matéria decidida, endossar o pronunciamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Embora entenda inaplicável ao processo de controle normativo abstrato a regra inscrita no art. 188 do CPC (RTJ 181/535, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 1.797-AgR/PE, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – AI 788.453-AgR/SC, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RE 670.890-AgR/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES), **observe**, na linha do voto de Vossa Excelência, que o recurso extraordinário foi interposto *em tempo oportuno*.

De outro lado, desejaria ver esclarecida a condição processual em que interveio, no caso, o Senhor Procurador-Geral do Estado, pois, como se sabe, é do Governador

(e não de seu Procurador-Geral) a **legitimidade** para atuar *no polo ativo* da relação processual **instaurada** em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade (ADI 120/AM, Rel. Min. MOREIRA ALVES – ADI 1.814-MC/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – ADI 1.977/PB, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – ADI 2.130-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 4.680/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – ADI 5.084/RO, Rel. Min. ROSA WEBER – RE 658.375-AgR/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) – Se Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) – Eu não fiz a leitura da íntegra, nem foi suscitada, por qualquer das partes, essa legitimidade recursal do Procurador-Geral – que é quem assina realmente.

Eu, no entanto, tratei, para fazer esse exame, porque eu mesma concordo e sempre, ainda quando procuradora, tinha o cuidado de o Governador é realmente quem entra com a ação direta e quem tem essa legitimidade.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) – No caso, a Secretaria deste Tribunal atua até como o Estado recorrendo, mas o Procurador-Geral é que assina, o recurso é do Estado.

Qual é a análise que eu fiz, Ministro? E que, mais uma vez reitero, a meu ver tem uma distinção com a circunstância para ajuizar a ação, que aí me parece ser a do Governador, que, em geral, faz-se acompanhar pelo Procurador por causa das instâncias recursais.

O § 4º do artigo 95 da Constituição do Rio Grande do Sul dispõe que:

“Quando o Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou de ato normativo, citará previamente o Procurador-Geral do Estado, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

Repetindo assim, por simetria o disposto no § 3º do artigo 103 da Constituição, que estabui a mesma competência de tutela da norma questionada, pela ação direta de inconstitucionalidade, ao Advogado-Geral da União, que entra com recursos aqui, entra com embargos, e que nós nunca questionamos. Questionamos sempre a ação direta ter que ser assinada pelo Procurador e pelo Advogado.

Então, a análise que eu fiz foi que, pela teoria dos poderes implícitos, se a Constituição da República atribui competência reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, aqui é uma instituição, como é a Advocacia-Geral da União, entrasse com recursos e entram nas ações diretas, com embargos, com outras medidas, por que, no plano estadual, o Procurador-Geral do Estado, que é o correspondente, dispondo a Constituição estadual expressamente a mesma norma quanto à competência para a tutela ser do Procurador-Geral do Estado, não teria essa competência? Sendo que, em todas as ações diretas aqui, nós, quando

tem, por exemplo, embargos, nós aceitamos que o Advogado-Geral da União é quem embargue, e não vem a assinatura do Presidente da República. Então, eu fiz a simetria para interpretar.

Digo, então, que, pela teoria dos poderes implícitos, se a Constituição atribui competência a determinada instituição jurídica, deve ser reconhecida a essa mesma instituição a possibilidade de se utilizar dos instrumentos jurídicos adequados e necessários para regular o exercício da competência que lhe foi atribuída. Qual? Tutelar pela validade da norma que ele está defendendo como sendo constitucional.

Esse mesmo raciocínio, portanto, aplico em casos como o dos autos, nos quais a Constituição estadual atribui ao Procurador-Geral do Estado, em simetria ao Advogado-Geral do Estado, o papel de defesa da norma estadual ou municipal acatada via ação direta, tornando-se, portanto, na minha compreensão, legitimado para interposição de recurso – incluído aí o extraordinário – contra acórdão que tenha declarado inconstitucional a norma, porque o papel dele é de defender a legitimidade da norma. Não reconhecer legitimidade ao Procurador-Geral do Estado para interposição do recurso extraordinário contra acórdão que declara a inconstitucionalidade de norma estadual ou municipal questionada no Tribunal de Justiça, a meu ver, configuraria uma negativa de efetiva defesa da norma acatada, ou, pelo menos, conferir a defesa que é entregue na Constituição Federal ao Advogado-Geral da União e, na Constituição estadual, como eu disse, expressamente pela Constituição do Rio Grande do Sul, pelo § 4º do art. 95, a competência para defender. E eu acho que os recursos que dali advêm levam exatamente a isto.

Essa a razão pela qual, quando se trata do ajuizamento da ação, eu aceito e já votei e, aliás, como Procuradora-Geral nunca assinei sozinha uma petição de ação direta de inconstitucionalidade. Mas, para os recursos, considerando que o Supremo Tribunal Federal aceita quanto ao Advogado-Geral do Estado, é que, então, eu mesma de ofício verifiquei isso e trouxe, que, como eu disse, nem foi preliminar suscitada.

Mas faço essa explicação apenas para chamar a atenção das razões.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Muito oportuna a explicação que Vossa Excelência dá, **ao esclarecer** que o Procurador-Geral do Estado **interveio, nesta causa, na condição de curador da presunção de constitucionalidade** do diploma legislativo impugnado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA) – Curador da validade.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sendo assim, **acompanho** Vossa Excelência, Senhora Presidente, **quanto** à rejeição *de ambas* as preliminares.

No que concerne ao mérito, as razões expostas por Vossa Excelência **tornam efetiva a força normativa da Constituição, que legitima, plenamente,** o diploma normativo ora questionado, cujo texto formaliza, **na linha de anteriores julgamentos** desta Suprema Corte, a repulsa *a quaisquer* práticas de nepotismo.

Assim, e quanto ao mérito, pedindo vênia ao Ministro MARCO AURÉLIO, **deixo assentado** não ser privativa do Chefe do Poder Executivo a legitimidade ativa para fazer instaurar o concernente processo legislativo **referente à proibição do nepotismo na Administração Pública**, consideradas a *eficácia direta* e a *aplicabilidade imediata dos postulados* da impessoalidade e da moralidade, que regem a atividade do Poder Público.

Nesse sentido, é o meu voto.

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 570.392

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

RECTE.(S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GARIBALDI

ADV.(A/S): GLADIMIR CHIELE E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, deu provimento ao recurso para cassar o acórdão recorrido, reconhecendo constitucional a Lei nº 2.040/1990 do Município de Garibaldi, firmando-se a tese de que leis que tratam dos casos de vedação a nepotismo não são de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, tudo nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), em viagem à Itália para participar da "101ª Sessão Plenária da Comissão de Veneza". Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 11.12.2014.

Abriu a sessão o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), que se retirou para seguir em viagem à Itália para participar da "101ª Sessão Plenária da Comissão de Veneza". Presidiu a sessão a Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Presentes os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Assessora-Chefe do Plenário.

Jurisprudência Criminal

• • •

INQUÉRITO 3.305 – RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

AUTOR (A/S)(ES): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC. (A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INVEST. (A/S): ELISEU PADILHA OU ELISEU LEMOS PADILHA

ADV. (A/S): SIMONE CAMARGO

EMENTA

INQUÉRITO – DETENTOR DE PRERROGATIVA DE FORO – INDÍCIOS. Surgindo indícios de detentor de prerrogativa de foro estar envolvido em fato criminoso, cumpre à autoridade judicial remeter o inquérito ao Supremo – precedente: Inquérito nº 2.842, relator ministro Ricardo Lewandowski –, sob pena de haver o arquivamento ante a ilicitude dos elementos colhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em arquivar os autos do inquérito, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 12 de agosto de 2014.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O assessor Dr. Roberto Lisandro Leão prestou as seguintes informações:

Eliseu Lemos Padilha, por meio da Petição/STF nº 61.949, formaliza questão de ordem no Inquérito nº 3.305, cuja investigação teve origem na “Operação Solidária” da Polícia Federal no Rio Grande do Sul, em que apurado o envolvimento de agentes públicos e empresários com desvio de verbas públicas para compra de merenda escolar.

Sustenta ser alvo das investigações desde o princípio. Aponta usurpação de atribuição do Procurador-Geral da República e da competência do Supremo para investigar membro do Congresso Nacional. Transcreve trecho da representação ao Juiz Federal em Canoas, Rio Grande do Sul, visando a quebra do sigilo telefônico de alguns envolvidos, em que é citado o nome dele, atribuindo-lhe a qualificação de mentor do esquema de desvio de verba das merendas escolares em Canoas, Rio Grande do Sul (fl. 4 a 22). Ressalta o início da investigação com base em denúncia anônima. Anota o reconhecimento da usurpação da competência do Colegiado na representação para declinação da competência, na qual se lê (fls. 2.775 e 2.776):

“Apesar de amplamente constatada a suspeita inicial, com vastos indícios obtidos a partir de monitoramentos telefônicos devidamente autorizados por este Juízo, além de outras diligências, importantes fatos surgiram em desdobramento dos trabalhos realizados pela equipe policial, trazendo outra dimensão às investigações” e “as informações que fundamentaram a representação inicial, que originou o presente procedimento, tinham no Deputado Eliseu Padilha, o principal operador do esquema de terceirização de merenda escolar.”

Assinala a alusão ao próprio nome em quinze autos circunstanciados, a saber: fls. 142 a 159, 255 a 293, 445 a 519, 790 a 858, 1.276 a 1.317, 1.411 a 1.445, 1.504 a 1.538, 1.649, 1.920 a 2.000, 2.071 a 2.101, 2.173 a 2.204, 2.280 a 2.331, 2.446 a 2.504, 2.577 a 2.639 e 2.684 a 2.737. Argumenta com a ilicitude de todas as provas produzidas por desdobramento da “Operação Solidária”, observando-se a teoria dos frutos da árvore venenosa. Frisa a inexistência de descoberta inevitável ou por fonte independente para justificar o aproveitamento dos elementos de informação até aqui colhidos. Cita jurisprudência do Supremo tanto no tocante à usurpação da competência do Colegiado quanto à ilegalidade das provas derivadas de investigações ilícitas. Pleiteia, liminarmente, a suspensão da tramitação do inquérito. No mérito, pugna seja acolhida a questão de ordem, determinando-se o arquivamento definitivo dos autos.

O Procurador-Geral da República, oferecendo resposta por meio da Petição/STF nº 7.744, refuta a alegação de usurpação da competência do Supremo, já que o deputado federal Eliseu Padilha não era, à época da “Operação Solidária”, alvo das investigações. Esclarece que os dados apurados em relação ao investigado

surgiram de forma incidental em face de apuração contra terceiros, remetendo-se os autos imediatamente a este Tribunal. Consoante ressalta, o parlamentar, em momento algum, teve o sigilo violado por decisão de Juízo incompetente. Enfatiza a ausência de ofensa ao artigo 102, inciso I, alínea b, da Constituição da República. Destaca haver, na realidade, encontro fortuito de elementos de informação de outras práticas delitivas, estas envolvendo o deputado federal Eliseu Padilha. Indica precedente da Segunda Turma em reforço à tese – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 626.214, relator ministro Joaquim Barbosa, julgado em 21 de setembro de 2010. Sublinha que simples conjecturas não são suficientes a afastar a presunção de legalidade de uma investigação criminal. Requer, ao final, a rejeição da questão de ordem, para dar andamento regular ao inquérito.

O Juízo da 7ª Vara Federal em Porto Alegre, da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, mediante a Petição/STF nº 16.040, encaminha cópias da denúncia e do ato de recebimento da Ação Penal nº 5021824-30.2014.404.7100/RS, por fatos ocorridos no curso de processos licitatórios relativos à construção e ao projeto, elaboração do plano básico ambiental e fiscalização da barragem do Arroio Taquarembó, amparada em elementos de prova colhidos no curso da denominada “Operação Solidária”.

O processo foi concluso a Vossa Excelência em 10 de abril de 2014.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Destaco, com base em análise dos autos deste inquérito, os seguintes pontos:

1. Na primeira representação por quebra de sigilo telefônico da “Operação Solidária” (11/11/2007), já consta o nome de Eliseu Padilha como um possível articulador do esquema criminoso, cuja finalidade seria fraudar licitações no Município de Canoas/RS (fls. 4 e seguintes, v. 1).
2. No Relatório de Inteligência da Polícia Federal (fls. 78 e seguintes, v. 1), o Deputado Federal também é mencionado como possível membro da organização criminosa investigada (30/10/2007).
3. Em documento apócrifo acostado aos autos, narra-se uma série de crimes envolvendo a prefeitura de Canoas e indica-se

Eliseu Padilha como mentor de fraudes relacionadas a serviços terceirizados e à Prefeitura de Canoas (fl. 87, v. 1).

4. Nos relatórios de transcrições de ligações telefônicas interceptadas, o Deputado Federal figura como interlocutor do alvo José de Oliveira Fraga (20/11/2007).

5. O Magistrado da Vara Federal Criminal e Juizado Especial Federal Adjunto da Comarca de Canoas, quando deferiu a prorrogação da escuta em 29 de novembro de 2007, veiculou, como um dos fundamentos, o fato de José Fraga transitar entre políticos (fls. 166 e seguintes, v. 1). Segundo consta no inquérito, este último é um dos articuladores do esquema, supostamente vinculado ao deputado federal Eliseu Padilha, havendo a interceptação de ligações entre eles.

6. Na representação por quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico (12/12/2007), o Delegado da Polícia Federal mostrou-se categórico ao afirmar o envolvimento do deputado federal Eliseu Padilha no esquema criminoso (fl. 242, v. 1). O Magistrado, no deferimento da medida, em 14 de dezembro de 2007, valeu-se dos mesmos argumentos fornecidos pela autoridade policial, mas não se manifestou sobre o mencionado parlamentar.

7. O Ministério Público, após representação da autoridade policial, requereu o encaminhamento de toda a investigação para o Supremo, em razão da existência de provas referentes a pessoas com foro por prerrogativa de função. O Magistrado, em 17 de julho de 2008, determinou a remessa. O Procurador-Geral da República solicitou a instauração de Inquérito no Supremo em 1º de agosto de 2008 (fl. 2.895, v. 12).

8. Considerando os dados acima, mesmo antes do envio dos autos ao Supremo, já havia elementos consistentes para apontar Eliseu Padilha como possível integrante da organização criminoso. O parlamentar, apesar de não figurar formalmente como alvo, estava sendo investigado.

9. Em consulta ao sítio da Câmara dos Deputados, foi constatado que Eliseu Padilha já era Deputado Federal nas datas acima mencionadas, pois tomou posse em 1º de fevereiro de 2007 para o mandato de 2007 a 2011.

Este inquérito, também com origem em fatos ocorridos no Rio Grande do Sul, repete situação jurídica que já foi glosada pelo Plenário quando da apreciação do Inquérito nº 2.842, a envolver o então investigado José Otávio Germano. Na oportunidade, em sessão presidida pelo relator, ministro Ricardo Lewandowski, consignei:

Presidente, no voto que Vossa Excelência teve a gentileza de nos apresentar, apregoado processo, apregoados os autos, há um precedente em inquérito da minha relatoria, quando o Supremo assentou a competência para a tramitação de inquérito envolvendo deputado federal, e lancei ementa muito curta, no sentido de que, uma vez envolvido parlamentar federal, cumpre ao Supremo os atos próprios ao inquérito.

Admito que, instaurado o inquérito na origem, para levantar situação a envolver cidadão comum, possa se aproveitar o que tenha surgido relativamente a detentor de prerrogativa de foro; mas é inadmissível que, uma vez surgindo o envolvimento de detentor de prerrogativa de foro, se prossiga nas investigações, chegando-se, até mesmo, como está no voto de Vossa Excelência, a interceptar um telefone móvel do próprio investigado, do próprio detentor da prerrogativa de foro.

Há mais: falou-se em desdobramento do processo, que teria ocorrido na origem, implementado pelo Juízo. Imagina-se que esse desdobramento tenha surgido pelo envolvimento do detentor da prerrogativa de foro. Então, com o deslocamento quanto à materialização do crime, quanto aos indícios de autoria, calcou-se a denúncia no que levantado naquele processo-crime e em trechos alcançados mediante interceptação, em que houve referência ao próprio detentor da prerrogativa de foro.

O caso, para mim, Presidente, é emblemático, e o Supremo há de estar preso a princípios para que situações como a presente não se repitam. E uma vez surgindo indícios do envolvimento de quem tenha a prerrogativa de ser julgado pelo Supremo, que haja a imediata remessa do inquérito ou da ação penal ao próprio Supremo.

Acompanho Vossa Excelência rejeitando a denúncia.

Digo que princípios não podem ser colocados em segundo plano, digo que prerrogativa não é direito jungido à disponibilidade, mas ao dever daquele que ocupa cargo público. Conforme consta do relatório, desde o início das investigações, teve-se presente que Deputado Federal estaria envolvido no que se apontou como esquema criminoso voltado a deturpar processos licitatórios.

Proclame-se de forma categórica: a partir do momento, como aconteceu na espécie, em que surgem indícios, simples indícios, de participação de detentor de prerrogativa de foro nos fatos, cumpre à autoridade judicial declinar da competência, e não persistir na prática de atos objetivando aprofundar a investigação. É a organicidade e a dinâmica do Direito. É o respeito irrestrito às instituições pátrias, ao sistema judicial estabelecido na Lei das leis – a Carta Federal.

Avança-se culturalmente observando a ordem jurídico-constitucional. Paga-se um preço por se viver em um Estado de Direito, e mostra-se módico, ou seja, a obediência ao arcabouço normativo, procedimento ao alcance de todos os cidadãos, que se impõe aos órgãos judiciários, sob pena de haver a inversão da sequência natural das coisas, potencializando-se o fim em detrimento do meio.

Tal como no julgamento do citado Inquérito nº 2.842/DF, voto no sentido do arquivamento dos autos também neste caso.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégia Turma, ilustre representante do Ministério Público, ilustres advogados presentes, farei uma leitura sintética da abertura do relatório da Polícia Federal nesse caso específico:

*“As informações que fundamentaram a representação inicial que originou o presente procedimento **tinham no Deputado Eliseu Padilha o principal operador do esquema da terceirização da merenda escolar**” – esse é o preâmbulo, é a abertura – “no entanto, descortinado plenamente o modus operandi dos referidos atuantes, não se obtiveram quaisquer indícios que remetessem àquele parlamentar, em que pese ele mantenha relações com alguns dos envolvidos na fraude”.*

Eu, como a matéria era muito complexa, trouxe um voto que depois farei a juntada, mas, efetivamente, estou acompanhando integralmente Vossa Excelência, máxime porque no Tribunal de jurisprudência – como soem ser o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que hão de uniformizar esse entendimento –, quando está em jogo, ainda que em mera fase de investigação, uma autoridade, a jurisprudência de 2014 do Supremo Tribunal Federal é no seguinte sentido:

I – Os elementos probatórios destinados a embasar a denúncia foram confeccionados sob a égide de autoridades desprovidas de competência constitucional para tanto.

II – Ausência de indícios ou provas que, produzidas antes da posse do acusado como Deputado Federal, eventualmente pudessem apontar para a sua participação nos crimes descritos na inicial acusatória.

III – A competência do Supremo Tribunal Federal, quando da possibilidade de envolvimento de parlamentar em ilícito penal, alcança a fase de investigação, materializada pelo Supremo

Tribunal Federal desenvolvimento do inquérito. Precedentes desta Corte.

IV – A usurpação da competência do STF traz como consequência a inviabilidade de tais elementos operarem sobre a esfera penal do denunciado. Precedentes desta Corte. (INQ 2842, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 27.02.2014).

Acompanho integralmente Vossa Excelência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (VOGAL): Senhor Presidente, cuida-se, nestes autos, de saber se, concretamente, as investigações conduzidas no primeiro grau de jurisdição tinham por alvo o Deputado Federal ou se, ao contrário, houve encontro fortuito de provas, no curso de investigação contra terceiros não detentores de prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, considero importante deixar assentado o meu entendimento de que **meros rumores, boatos**, da participação de parlamentar em fatos investigados no primeiro grau de jurisdição **não constituiria fundamento suficiente para deslocar o processo para o Supremo Tribunal Federal**.

Noutras palavras: enquanto não existam indícios concretos que confirmem os “rumores” de suposta participação de detentor de prerrogativa de foro nos delitos investigados, e autorizem a instauração de Inquérito contra ele, não há motivo idôneo para a declinação da competência.

No caso dos autos, porém, revela-se que o Deputado Federal constituía-se, desde o início das investigações, como um dos suspeitos e, portanto, alvo, ainda que indireto, das diligências conduzidas.

Nota-se que os diálogos travados entre ele e os demais investigados foram sempre transcritos pelos órgãos de investigação. Identifico, por exemplo, o diálogo de fls. 269/270, v. 2, em que se lê diálogo entre o investigado FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA FRAGA e o ora Requerente.

Ora, a própria *transcrição destes diálogos* pela Polícia Federal (que, por medida de eficiência e objetividade das investigações, faz uma seleção dos elementos considerados importantes nas gravações) constitui-se em forte indicativo de que os diálogos envolvendo o parlamentar Eliseu Padilha foram considerados relevantes para a comprovação dos fatos em tese criminosos.

Esta conclusão se reforça pela descrição do Relatório de Vigilância nº 06/2008, por exemplo, no qual se esclarece que:

*Em prosseguimento às diligências de vigilâncias efetivadas no bojo da Operação Solidária, tendo como base os dados colhidos via interceptação telefônica, obtivemos, no dia 18 de janeiro de 2008, no diálogo registrado no sistema guardião, às 10:54:19, entre **Eliseu Padilha** e Marco Antônio Camino, a informação de que Camino repassaria algo para Luciano, provavelmente dinheiro. No diálogo referenciado Padilha interpela Camino sobre “aquela boa notícia” e questiona se ela poderá ser por inteira ao que Camino responde que só é possível a metade. No diálogo do dia 16 de janeiro às 14:12:09 Camino fala que vai disponibilizar 100, mas que 50 na semana corrente (até o dia 18/01/2008) e que os outros 50 ficariam para a próxima semana (fl. 873, v. 04).*

O mesmo ocorre à fl. 2733-verso, em que consta do relatório das interceptações telefônicas uma menção direta ao nome do parlamentar, assim transcrita:

*Em continuidade ao assunto que vem sendo discutido se referindo às concorrências públicas atinentes ao setor hídrico, embora não se possa precisar de forma pontual, nos trazem indícios que se referem à construção de barragens dentro do programa estadual “programas estruturantes”. Assim, tivemos a sequência com a segunda reunião efetivada na Mac, envolvendo o investigado [Marco Antonio de Souza Camino], **Eliseu Padilha** e Athos Cordeiro pelo que se depreende das interceptações e do Relatório de Vigilância nº 43/2008, acostado.*

*No curso da semana, foi agendada uma reunião, na MAC, envolvendo Camino, **Eliseu Padilha** e “campeão”, ou Athos Roberto Albernaz Cordeiro. (...) A ordem dos fatos que passaremos a elencar tem início em 20/06 com as ligações das 12:16:43 e 12:17:30, entre Ibanez e Camino, referente ao agendamento da reunião com Padilha, que aconteceria na quarta-feira em Brasília. No dia 25/06, às 14:40:17, quando ainda naquela capital, Camino convida Athos para reunirem-se com o Deputado **Eliseu Padilha** em Porto Alegre a fim de tratarem de “um programa”, ou seja, a obra acima mencionada [...]. Em 27/06, às 13:52:10, **Padilha solicita confirmação da reunião com Athos**, o que é positivado por Camino. Ato seguinte, Pas 13:56:39, Camino aciona Neide Bernardes onde naquele conteúdo, explicitamente afeto à reunião que estava sendo mantida na MAC com o investigado [Marco Antonio de Souza Camino], **Eliseu Padilha** e Athos Cordeiro a fim de acertarem sobre as discordâncias havidas quanto ao pleito discutido, assunto que vem sendo fruto de abordagem desde o relatório anterior. [...]*

Portanto, estes elementos **indicaram a possibilidade** de o Deputado Federal Eliseu Padilha ter participado dos fatos investigados, o que deveria ter determinado a declinação, pelo juízo de primeiro grau, da sua competência para o processamento do feito.

Porém, a despeito desta suspeita, fundada em elementos indiciários, **não houve imediata declinação da competência.**

Ao contrário. Requerida a continuidade das interceptações contra o investigado Marco Antonio Camino e outros, bem como o início de ação controlada, nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 9.034/1995, o Juízo da Vara Federal Criminal e JEF Adjunto de Canoas/RS **pronunciou-se pelo deferimento das medidas.**

Deste modo, os autos revelam que, **antes** da autorização das **interceptações telefônicas**, já havia indícios materiais da possível participação do Deputado Federal ora investigado nos fatos em tese criminosos.

Por tal motivo, uma vez que **já existiam indícios materiais concretos da participação do parlamentar**, as provas contra ele obtidas **não podem ser consideradas abrangidas pela *exclusionary rule* consistente no encontro fortuito** (a qual foi consagrada por esta Corte, no *leading case* constituído pelo HC 83.515/RS, Plenário, Rel. Min. Nelson Jobim, maioria, DJ 04.03.2005).

Com efeito, **não se tratou, na espécie, de encontro fortuito de provas.** Ainda que o parlamentar não fosse o alvo direto das investigações, houve, desde o início, uma **obtenção esperada de provas contra ele**, ou até mesmo uma **busca, talvez oblíqua**, de indícios da sua participação nos fatos criminosos.

Portanto, afasta-se a configuração da mencionada regra de exclusão de ilicitude da prova encontrada contra o parlamentar.

Por se tratar de autoridade detentora de foro por prerrogativa de função, e havendo, desde o início das investigações, suspeitas fundadas em indícios materiais da sua participação, as provas só poderiam ser produzidas **perante o órgão competente.** Neste sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

PROCESSUAL PENAL. DEPUTADO FEDERAL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. **COMPETÊNCIA DO STF INCLUSIVE NA FASE DE INVESTIGAÇÃO. DENÚNCIA LASTREADA EM PROVAS COLHIDAS POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. DENÚNCIA REJEITADA.**

I – Os elementos probatórios destinados a embasar a denúncia foram confeccionados sob a égide de autoridades desprovidas de competência constitucional para tanto.

II – Ausência de indícios ou provas que, produzidas antes da posse do acusado como Deputado Federal, eventualmente pudessem apontar para a sua participação nos crimes descritos na inicial acusatória.

III – Competência do Supremo Tribunal Federal, quando da possibilidade de envolvimento de parlamentar em ilícito penal, alcança a fase de investigação, materializada pelo desenvolvimento do inquérito. Precedentes desta Corte.

IV – A usurpação da competência do STF traz como consequência a inviabilidade de tais elementos operarem sobre a esfera penal do denunciado. Precedentes desta Corte.

V – Conclusão que não alcança os acusados destituídos de foro por prerrogativa de função.

VI – Denúncia rejeitada (INQ 2.842/DF, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, maioria, j. 02.05.2013, DJe 27.02.2014).

Considerados estes fundamentos teóricos e os dados do caso concreto, considero que o pedido da defesa merece **deferimento**, para que sejam declaradas nulas, quanto ao Deputado Federal Eliseu Padilha, as provas produzidas neste inquérito.

Ausentes outras provas colhidas lícitamente contra o parlamentar, acompanho o Relator e determino o arquivamento do feito.

É como voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Apenas duas observações. Primeira: conhecendo o entendimento dos Colegas, geralmente, quando vislumbro que ficarei vencido, não trago a ementa pronta. Mas, neste caso, trouxe.

A segunda: não temos, ministro Dias Toffoli, na espécie, o parentesco afirm, considerado quadro aludido em seu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, sei que muitos Colegas já se manifestaram publicamente pelo fim do foro por prerrogativa de função. E eu tenho insistido que, em uma federação, em um país complexo como o Brasil, o foro por prerrogativa de função se justifica. E aqui está um exemplo claro, patente, a mais não poder.

Imaginem Vossas Excelências, são quinhentos e treze deputados federais, distribuídos entre os vinte e seis estados da federação e o Distrito Federal, que têm que atuar livremente para apoiar o governo ou para ser oposição, para expressar suas ideias e não ficar submetidos a investigações da Polícia Federal, que, hierarquicamente, está vinculada a dado Ministério. Daí a necessidade da têmpera, daí a necessidade do poder moderador deste Supremo Tribunal Federal nas relações entre os Poderes da República, daí a necessidade do foro por prerrogativa de função.

Antigamente, o foro por prerrogativa de função era demonizado pela imprensa. Esquecia-se que os processos não andavam porque havia a imunidade formal; era necessária, até 2002, a autorização da respectiva Casa para o processo andar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Há algo ainda que permanece desafiando o crivo, na oportunidade, do Supremo: saber se, já em curso uma ação penal, pode um Poder diverso do Judiciário, por isto ou por aquilo, suspender o curso da ação penal. É interessantíssima a matéria, havendo a previsão surgida com emenda constitucional.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É porque ainda não houve essa interação nas Casas, porque se inverteu; antes, era necessária a autorização e depois, com a emenda constitucional, passou a não ser necessário autorização.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Ainda bem que nenhuma das Casas do Congresso, até aqui, lembrou-se desse dispositivo!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Essa prerrogativa ainda não foi utilizada; e a sua constitucionalidade ou não, como bem lembra Vossa Excelência, um dia poderá vir a ser debatida por esta Corte.

Mas o que eu dizia, Senhor Presidente, é que, a partir do momento em que se inverte essa lógica e os processos passam a ter andamento, em que este Supremo Tribunal Federal se operacionaliza com os juízes instrutores e se dá andamento a essas ações penais e sobrevêm as condenações, hoje, quem não quer mais o foro parece que é o Congresso, porque já há várias propostas de emenda constitucional para acabar com o foro por prerrogativa de função.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – É sintomático, após o julgamento da Ação Penal nº 470.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Veja bem Vossa Excelência, já antes do julgamento houve uma emenda que foi a Plenário e, por cerca de vinte votos, não foi aprovada na Câmara dos Deputados, em primeiro turno. A diferença foi mínima, foi muito pequena. Quase que ela foi aprovada. Talvez hoje ela fosse aprovada, porque essa deliberação se deu antes do julgamento da Ação Penal 470. Dizia-se, à época, na própria imprensa, que se levava aquilo à deliberação para tentar furtrar ao Supremo Tribunal Federal o julgamento da Ação Penal 470. Uma vez ultrapassado esse período em que, da parte da imprensa, todos os holofotes estavam direcionados a esta Corte, talvez hoje haja uma outra situação.

Eu volto a dizer: há necessidade da têmpera, há necessidade do poder moderador desta Suprema Corte nos atos da Federação – trata-se de poderes da Federação. Não podemos deixar juízes locais, polícia local investigar autoridades da nação brasileira. Isso vai refugir do controle do Estado. Daí a necessidade – insisto eu – do foro por prerrogativa de função.

Espero que o Congresso Nacional não delibere no sentido de terminar com a prerrogativa de foro, porque isso gerará uma circunstância em que uma autoridade da nação brasileira ficará sujeita a determinadas situações constrangedoras como esta, sem ter no Supremo Tribunal Federal o árbitro das relações entre os Poderes de Estado.

Com essas considerações, Senhor Presidente, acompanho o bem lançado voto de Vossa Excelência neste caso digno, realmente, de julgamento por uma Corte Suprema.

EXTRATO DE ATA

INQUÉRITO 3.305

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

AUTOR(A/S)(ES): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INVEST.(A/S): ELISEU PADILHA OU ELISEU LEMOS PADILHA

ADV.(A/S): SIMONE CAMARGO

Decisão: A Turma arquivou os autos do inquérito, nos termos do voto do relator. Unânime. Falaram: a Dra. Déborah Duprat, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal, e o Dr. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, pelo investigado. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 12.8.2014.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso.

Subprocuradora-Geral da República – Dra. Déborah Duprat.

Carmen Lilian Oliveira de Souza – Secretária da Primeira Turma

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Cível

• • •

RECURSO ESPECIAL Nº 1.524.123 – SC (2015/0072592-5)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: UNIÃO

RECORRIDO: LUDOVICO MARTINI

ADVOGADO: FABIO LOPES DE LIMA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. SENTENÇAS CONTRADITÓRIAS. DECISÃO NÃO DESCONSTITUÍDA POR AÇÃO RESCISÓRIA. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. O STJ entende que, havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória.

3. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de maio de 2015(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN – Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENSAO DE EX-COMBATENTE. COISA JULGADA. SENTENÇAS CONTRADITÓRIAS SOBRE O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO.

1. Havendo duas decisões a respeito da mesma causa, ambas produzindo a coisa julgada, deve prevalecer a segunda sobre a primeira, enquanto não rescindida. Precedentes do STJ.
2. Apelação e remessa oficial improvidas.

A parte recorrente afirma que houve, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 458 e 535 do Código de Processo Civil e art. 6º, § 3º, do Decreto-Lei nº 4.657/421 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), 467, 468, 472 e 473 e 741, II, do CPC.

Aduz, em suma, estarem presentes todos os requisitos de admissibilidade do recurso.

Contrarrazões às fls. 205-220.

É o **relatório**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 15.05.2015.

Não merece prosperar a irrisignação.

Preliminarmente, constato que não se configurou a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/08/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/06/2007.

Na hipótese dos autos, a parte insurgente busca a reforma do aresto impugnado, sob o argumento de que o Tribunal local não se pronunciou sobre o tema ventilado no recurso de Embargos de Declaração. Todavia, constata-se que o acórdão impugnado está bem fundamentado, inexistindo omissão ou contradição.

Cabe destacar que o simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os Embargos de Declaração, que servem ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL. ALEGADA OFENSA AOS ARTIGOS 273, 458, II, 473, 535, II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E 11 DA LEI Nº 8692/1993. SÚMULAS 05 E 07 DO STJ. EM VIRTUDE DA FALTA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE PROVOCAR UM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, RESTA MANTIDA A DECISÃO ANTERIOR.

I – Os embargos de declaração são recursos de natureza particular, cujo objetivo é esclarecer o real sentido de decisão eivada de obscuridade, contradição ou omissão.

II – O simples descontentamento dos embargantes com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os embargos de declaração, que servem ao aprimoramento, mas não, em regra, à sua modificação, só muito excepcionalmente admitida.

(...)

VI – Agravo improvido (AgRg nos EDcl no Ag 975.503/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 11/09/2008).

Registre-se, portanto, que da análise dos autos extrai-se ter a Corte recorrida examinado e decidido, fundamentadamente, todas as questões postas ao seu crivo, não cabendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

No mérito, melhor sorte não assiste à parte insurgente.

O Tribunal local consignou:

Ambas as ações parecem versar, como já relatado, sobre o mesmo objeto, qual seja, o enquadramento do autor no conceito legal de ex-combatente fornecido pela Lei nº 5.315/1967 e o consequente reconhecimento de direito a perceber pensão especial, primeiro com fundamento no art. 30 da Lei nº 4.242/1963, vigente à época da primeira ação, depois no art. 53, II, ADCT, que, após sua regulamentação pela Lei nº 8.059/1990, acabou por substituir o artigo 30 da lei anterior.

Tendo a primeira ação declarado expressamente que o autor não possui direito à pensão, posto que não se enquadre no conceito de ex-combatente explicitado pela Lei nº 5.315/1967, parece ter-se configurado um conflito entre sentenças transitadas em julgado.

Assim posta a questão, compreendo merecer ela o desenlace proposto por Humberto Theodoro Júnior, no seu Curso de Processo Civil, 37ª ed., v. I, p. 579: “Havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não se der sua rescisão para restabelecer a primeira”.

Até porque a simples desconsideração da segunda decisão não se coaduna com o art. 485, IV, do Código de Processo Civil, que impõe o ajuizamento de ação rescisória para que se possa desconstituir a sentença de mérito transitada em julgado que contrariou decisão anterior igualmente transitada em julgado. Em outras palavras: o sistema processual em vigor não permite simplesmente reputar inexistente a decisão que contraria a coisa julgada; do contrário, não teria lugar a previsão contida no dispositivo mencionada.

Dessa maneira, impende reconhecer que o último julgado, enquanto não desconstituído por eventual ação rescisória, produzirá plenamente seus efeitos, não se permitindo falar em qualquer óbice a seu cumprimento, adstrição que igualmente se impõe a este Juiz.

Tal solução encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECISÕES CONFLITANTES. TRÂNSITO EM JULGADO. CANCELAMENTO DE PRECATÓRIO. DECISÃO NÃO DESCONSTITUÍDA POR AÇÃO RESCISÓRIA. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO.

1. Verificada a existência de decisões conflitantes versando sobre o mesmo bem jurídico e ambas trânsitas em julgado, prevalece aquela que por último transitou em julgado.
2. Somente se admite a desconstituição de sentença trânsita em julgado através da ação rescisória.
3. Recurso a que se nega provimento” (STJ – RESP 400104 – SEXTA TURMA – MIN. PAULO MEDINA – DJ 09/06/2003).

No caso em apreço, o último acórdão a transitar em julgado foi o prolatado neste feito, que reconheceu o direito do autor à percepção da pensão especial, tendo se dado o trânsito em julgado em 06 de abril de 2011.

Assim sendo, mostra-se forçoso a este Juízo *a quo* o acatamento da prevalência da última decisão a transitar em julgado, ao menos enquanto não rescindida, o que redundaria no prosseguimento do feito.

Com efeito, o STJ entende que, havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇAS CONTRADITÓRIAS. DECISÃO NÃO DESCONSTITUÍDA POR AÇÃO RESCISÓRIA. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO.

1– Quanto ao tema, os precedentes desta Corte são no sentido de que havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não se der sua rescisão para restabelecer a primeira. A exceção de pré-executividade não serviria no caso para substituir a ação rescisória.

2– Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 643998/PE, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 01/02/2010).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. COISA JULGADA. AÇÃO ANULATÓRIA E EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇAS CONTRADITÓRIAS SOBRE O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO. PRECEDENTES.

1. No conflito entre sentenças, prevalece aquela que por último transitou em julgado, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória.

2. No caso sob exame, a executada propôs ação anulatória para contestar o débito; paralelamente, interpôs Embargos à Execução sobre a mesma questão. Na anulatória, sua pretensão foi parcialmente acolhida para excluir parcela do crédito exequendo. Por seu turno, os Embargos foram julgados totalmente improcedentes.

3. Prepondera a decisão proferida na Execução Fiscal, que rejeitou os Embargos de devedor, por ter sido formada por último. Precedentes do STJ.

4. Recurso Especial provido. (REsp 598.148/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 31/08/2009).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECISÕES CONFLITANTES. TRÂNSITO EM JULGADO. CANCELAMENTO DE PRECATÓRIO. DECISÃO NÃO DESCONSTITUÍDA POR AÇÃO RESCISÓRIA. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO.

1. Verificada a existência de decisões conflitantes versando sobre o mesmo bem jurídico e ambas trânsitas em julgado, prevalece aquela que por último transitou em julgado.
2. Somente se admite a desconstituição de sentença trânsita em julgado através da ação rescisória.
3. Recurso a que se nega provimento. (REsp 400.104/CE, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 09/06/2003).

Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: “Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

Cumpra ressaltar que a referida orientação é aplicável também aos recursos interpostos pela alínea “a” do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido: REsp 1.186.889/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe de 02.06.2010.

Diante do exposto, **nego provimento ao Recurso Especial**.

É como **voto**.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0072592-5

REsp 1.524.123/SC

Números Origem: 200772000113336 4200772000113336
50038897020114047200

50062566720114047200 9401024634 SC-200772000113336

SC-50038897020114047200 SC-50062566720114047200 TRF4-
200772000113336

PAUTA: 26/05/2015

JULGADO: 26/05/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: UNIÃO

RECORRIDO: LUDOVICO MARTINI

ADVOGADO: FABIO LOPES DE LIMA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Militar – Pensão

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.



**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.081 – DF
(2014/0150177-4)**

RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO

IMPETRANTE: N. D. C. M. (MENOR)

REPR. POR: Y. M. D. C.

ADVOGADO: ARIEL GOMIDE FOINA

IMPETRADO: QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTERES.: UNIÃO

EMENTA

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE, TERATOLOGIA OU ABUSO DE PODER. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A vítima de crime de ação penal pública incondicionada não tem direito líquido e certo de impedir o arquivamento do inquérito ou peças de informação.

2. Em regra, não há ilegalidade, teratologia ou abuso de poder, passível de correção via mandado de segurança, na decisão judicial que, acolhendo promoção do Ministério Público, determina o arquivamento de inquérito policial.

3. A norma inserta no art. 28 do Código de Processo Penal concede ao Juiz a prerrogativa de, considerando os elementos trazidos nos autos de inquérito ou nas peças de informações, anuir ou discordar do pedido de arquivamento formulado pelo órgão ministerial, não sendo cabível, em caso de concordância, a prévia submissão do pedido ao Procurador-Geral.

4. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Corte Especial, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Humberto Martins, Maria Thereza

de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha e Napoleão Nunes Maia Filho. Sustentou oralmente, pelo impetrante, o Dr. Ariel Gomide Foina.

Brasília, 17 de junho de 2015 (Data do Julgamento).

MINISTRA LAURITA VAZ – Presidente

MINISTRO RAUL ARAÚJO – Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2014/0150177-4

PROCESSO ELETRÔNICO MS 21.081 / DF

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 082011 20120020300915 44025 82011

PAUTA: 04/03/2015

JULGADO: 04/03/2015

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS**

Secretária

Bela. **VANIA MARIA SOARES ROCHA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: N. D. C. M. (MENOR)

REPR. POR: Y. M. D. C.

ADVOGADO: ARIEL GOMIDE FOINA

IMPETRADO: QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTERES.: UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento por indicação do Sr. Ministro Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.081 – DF (2014/0150177-4)

RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO

IMPETRANTE: N. D. C. M. (MENOR)

REPR. POR: Y. M. D. C.

ADVOGADO: ARIEL GOMIDE FOINA

IMPETRADO: QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por menor impúbere, representado por sua mãe, contra ato judicial, decisão da colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado no acórdão proferido no julgamento do RMS 44.025/DF, assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL PENAL – INQUÉRITO POLICIAL – ARQUIVAMENTO PROMOVIDO PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DETERMINADO PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA – INTERESSE DA VÍTIMA NA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL – MANDADO DE SEGURANÇA – NÃO CABIMENTO – RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Ministério Público é o titular da ação penal, cabendo a ele aferir a presença de justa causa, ressalvada a hipótese prevista pelo art. 28, do CPP.

2. Na ação penal pública incondicionada, a vítima não tem direito líquido e certo de impedir o arquivamento do inquérito.

3. Recurso ordinário não provido. (fl. 664)

Em suas razões, alega o ora impetrante (fls. 1/22):

“Assim sendo, ao tomar como razões de decidir, um parecer teratológico, que se encontra em ampla dissonância com o teor dos autos, e determinar o arquivamento do feito por ausência de materialidade que subsidiasse a justa causa da apuração penal, o

Juízo violou direito líquido e certo da vítima de ver a apuração penal e o exercício da pretensão punitiva do Estado sobre o autor do fato.

Inequívoco, pelo aqui exposto, que há materialidade no delito, ou seja, que o menor foi vítima de abusos, tendo tido a região anal penetrada por um dedo de forma a lhe causar lesões físicas aparentes, mas não tão duradouras ao ponto de permanecerem lá até o momento da realização do Exame de Corpo de Delito.

Assim sendo, caberia ao Magistrado de 1º Grau, Autoridade Coatora do RMS 44025/DF aplicar o comando do art. 28 do CPP, face ao descompasso entre a manifestação de arquivamento e o teor dos autos, o que, ao não o fazer, viola a garantia da vítima ao devido processo legal e ao direito de ver a aplicação incondicional da Lei Penal.

(...)

Assim, detalhadas acima as questões quanto a Materialidade do delito de abuso de vulnerável e indícios de autoria, ainda restam, sem prejuízo da apuração desta, ou em caráter alternativo, outras condutas constantes dos autos referentes a tipos penais distintos, sobre os quais o Ministério Público deveria ter exarado manifestação, mas permaneceu omissa e, com isso, a Decisão da Autoridade Coatora indicada no RMS 44025/DF que adota o Parecer ministerial como fundamento, tonou-se teratológica.

2.10.1 – Da conduta descrita no art. 340 e 339 do Código Penal. Entre tais condutas, a primeira, é a hipótese de falsa comunicação de crime ou denúncia caluniosa (art. 340 e 339 do Código Penal), com dolo deliberado de privar a Genitora do contato com o Menor, praticado pelo Genitor contra o Tio Materno, ao registrar ocorrência sobre abuso que não teria ocorrido (se for precedente a posição aqui combatida de que não houve materialidade).

(...)

2.10.2 – Da conduta descrita no art. 347 do Código Penal. Outra conduta não analisada nos autos e penalmente relevante é a de Fraude Processual (art. 347 do Código Penal), pois resta evidente que o vídeo fornecido no Inquérito Policial não é integral (pois é de duração inferior ao mesmo vídeo fornecido à Vara de Infância e Juventude que foi confessadamente editado). Se nos autos do Processo Civil a prova pode ser selecionada pela parte da forma que melhor lhe convier, no Processo Penal o Genitor deveria ter apresentado o material de forma integral ou, ao menos, ter explicitado que o mesmo optou por excluir partes relevantes de tal prova.

(...)

Assim, ante todo o exposto, REQUER:

(...)

d) no mérito, que reconheça:

i) que o ato consubstanciado na Decisão de fl. 385, praticado pelo Juiz da Primeira Vara Criminal de Brasília, nos autos do Inquérito Policial 08/2011– DPCA, viola direito líquido e certo do IMPETRANTE de ver aplicado ao caso o art. 28 do CPP (e, com isso, garantido o devido processo legal e seu interesse na aplicação da Lei Penal);

ii) que a teratologia da Decisão de fl. 385 do IP 08/2011–DPCA deriva do descompasso (ou omissão) existente entre o Parecer de fl. 381/383 (que a Decisão adota como razões de decidir) e os fatos constantes dos autos do referido IP;

iii) que o Acórdão da Quinta Turma do STJ, ao julgar o RMS 44025/DF incorreu em ilegalidade ao permitir, mediante o improvimento do Recurso, o arquivamento do Inquérito mesmo face à existência, reconhecida no próprio Acórdão, de outras provas que, se não suficientes à Denúncia, ao menos, seriam suficientes para impedir o prematuro arquivamento do Inquérito sem antes aplicar-se o art. 28 do CPP;

iv) que o Acórdão da Quinta Turma do STJ, ao julgar o RMS 44025/DF incorreu em ilegalidade ao deixar de reconhecer a imprescindibilidade de o ato do Juiz de 1º Grau, que aprecia a promoção de arquivamento, ser praticado na condição de controle de legalidade das Ações do Ministério Público no âmbito da aplicação da Lei Penal, de forma que à Quinta Turma incorre em ilegalidade ao admitir o acolhimento do pedido de arquivamento mesmo face à existência, nos autos, de provas em sentido contrário aos fundamentos de fato adotados na Decisão que acolheu o pedido de arquivamento;

v) tudo para, no mérito, conceder a ordem deste writ para reconhecer a ilegalidade do ato consubstanciado no Acórdão de julgamento do RMS 44025/DF praticado pela Quinta Turma e, com isso, reformar o mesmo para, provendo o Recurso em Mandado de Segurança, reconhecer a ilegalidade da decisão proferida pelo Juízo de 1º Grau à fl. 385 do IP 08/2011-DPCA e determinar a aplicação do art. 28 do CPP ao caso com a remessa imediata do IP 08/2011-DPCA à Procuradoria-Geral de Justiça do MPDFT.”

O eminente Ministro Gilson Dipp, então Relator, reconsiderando decisão anterior que negara seguimento ao writ (fls. 685/689), admitiu o mandado de segurança para melhor análise (fls. 721/723).

Autos atribuídos a este Relator em 2 de outubro de 2014.

Instada a se manifestar (fl. 739), a autoridade apontada como coatora apresentou informações às fls. 744/770.

Diante da manifestação de interesse da União, nos termos do art. 7º, II, da Lei nº 12.016/2009, este Relator determinou sua inclusão no feito.

A seguir, o d. órgão do Ministério Público Federal, reiterando o parecer de fls. 731/734, opinou pela denegação da ordem (fls. 785/786), afirmando o não cabimento do *mandamus* contra ato judicial, ausente teratologia ou flagrante ilegalidade. Asseverou, outrossim, que: *“da detida análise dos autos, irretocáveis os fundamentos expendidos no RMS 44.025/DF, na medida em que, compete privativamente ao Ministério Público promover a ação penal pública, sendo certo ser ele o seu exclusivo titular, nos exatos termos em que estabelece o artigo 129, inciso I, da Constituição da República, bem como o artigo 24 do Código de Processo Penal. Não houve teratologia alguma no decisum proferido pelo magistrado de primeira instância, que, seguindo requerimento ministerial devidamente fundamentado, arquivou inquérito policial, por compreender, de igual modo, não haver indícios mínimos da materialidade e autoria do crime, aptos a dar suporte ao oferecimento da denúncia. Por derradeiro, conforme bem asseverou a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ‘na ação penal pública incondicionada, a vítima não tem direito líquido e certo de impedir o arquivamento do inquérito.’ (fl. 667). Evidencia-se, portanto, a ausência de direito líquido e certo a ser amparado por esta estreita via”*.

Autos conclusos em 18 de fevereiro de 2015.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

Colhe-se dos autos que o Juiz da 1ª Vara Criminal de Brasília-DF, atendendo a requerimento do Ministério Público, determinou o arquivamento de inquérito policial instaurado para investigar o possível cometimento de crime de estupro de vulnerável, tendo o órgão ministerial concluído que os elementos trazidos nos autos não revelavam a efetiva ocorrência do crime, tampouco a autoria delitiva, para fins de oferecimento da denúncia.

Divergindo do arquivamento, o ora impetrante, igualmente representado por sua genitora, impetrou anterior mandado de segurança perante o eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Os fatos foram assim narrados no acórdão proferido pela Corte local:

“Segundo consta dos autos, o inquérito policial foi instaurado para apurar suposto crime de estupro de vulnerável, em razão da notícia trazida à autoridade policial pelo pai da vítima, de que na hora do

banho esta referiu estar sentindo dor na região anal, tendo notado ali uma vermelhidão, e indagando da criança se alguém a teria machucado naquele local, respondeu que teria sido o tio materno, T., com o dedo. A conversa com a criança foi gravada pelo pai, em seu aparelho celular.

Porém, no mesmo dia em que o pai alega ter notado tal fato, a criança foi submetida a exame de corpo de delito no IML, onde os peritos atestaram a ausência de lacerações, fissuras ou quaisquer outras alterações na região perianal, concluindo pela ausência de qualquer vestígio de ato libidinoso.

A criança, por sua tenra idade, não foi entrevistada pelas agentes especializadas da DPCA.

A psicóloga V. A. S., da Vara da Infância e da Juventude, relata ter conversado com a criança, seus pais e familiares, tendo o réu lhe mostrado a gravação de vídeo realizada em seu aparelho celular, no qual constatou que a região anal da criança estava bastante avermelhada, porém verificou que as perguntas do pai à criança foram bastante indutivas. Primeiro o pai teria perguntado à criança quem a teria machucado, tendo o menor respondido 'foi o papai'. É certo, porém, que essa primeira resposta, 'foi o papai', não consta da gravação juntada aos autos.

Em seguida o pai perguntou-lhe se havia sido o tio T., se ele o havia machucado com o dedo, direcionando assim as respostas da criança, no sentido de afirmar que alguém a havia machucado no ânus com o dedo, e que esse alguém seria o tio T.

A outra psicóloga que atendeu a criança, N. R. O., em seu relatório (fls. 52/56), afirma não ser possível aquilatar se a criança foi ou não abusada, embora não tenha sido notado na criança qualquer comportamento que indique ter vivenciado um evento sexualmente traumático.

Diante dos poucos elementos de prova colhidos no inquérito, o Ministério Público entendeu que não havia sustentáculo para uma denúncia, eis que restaram duvidosas tanto a existência do crime quanto sua autoria.

O pedido de arquivamento está assim fundamentado, verbis:

'Trata-se de inquérito instaurado para apurar a suposta prática do estupro de vulnerável, tendo em vista que N. D. C. M. teria sofrido abuso sexual, consistente na manipulação de sua cavidade anal, causando dor e hiperemia. Verifica-se dos autos apesar de todas as diligências empreendidas não há provas suficientes do fato, uma vez que o laudo de exame de corpo de delito constatou ausência de vestígio de ato

libidinoso. Está clara, contudo, uma forte manipulação da criança que sofre constantemente com os conflitos entre seus genitores. Consta dos autos que o genitor de N. D., teria verificado que seu filho, na época com 2 (dois) anos de idade, apresentava a região anal com vermelhidão, tendo-o questionado, momento em que ele teria dito que havia sido molestado por seu tio materno, T. Contudo, não há provas de que o menor tenha sequer sido molestado sexualmente. Verifica-se que a psicóloga V. A. S. teria acompanhado N. somente na casa materna, oportunidade em que o menor teria afirmado que o autor das agressões seria seu pai, D. Verifica-se que a referida profissional não acompanhou o menor na casa do genitor, motivo pelo qual a entrevista estaria comprometida. Contudo, verifica-se do vídeo juntado aos autos que a entrevista de N. foi bastante clara no sentido de afirmar que o autor dos fatos seria T. A genitora do menor foi entrevistada e demonstrou bastante desconforto em dividir a guarda com o pai de N., corroborando o fato de que o menor sofre de alienação parental, tanto que a mãe do menor mantém registros constantes das visitas do pai, tentando afastá-lo de todas as formas do convívio com o filho. A única prova do fato seria o relatório de fls. 107/122, no qual a psicóloga conclui que há fortes indícios de toques ou tentativa de penetração no ânus da criança, tendo ele apontado o pai como o autor. Contudo, tal relato deve ter em conta os conflitos familiares e a tenra idade da criança. Além disso, há informações contraditórias no relatório, uma vez que afirma que N. teria afirmado no vídeo que o autor do fato teria sido o pai, o que não restou comprovado, conforme LAUDO DE EXAME DE IMAGEM E VÍDEO (FLS. 315), no qual a criança relata claramente que o fato teria sido praticado por T. Assim, não há indícios mínimos de materialidade do crime a embasar oferecimento da denúncia, uma vez que não há sequer comprovação medida de que a criança tenha efetivamente sofrido qualquer abuso, podendo ter sido facilmente manipulada. Além disso, verifica-se que a criança sequer foi submetida a laudo de perícia psicológica por parte da DPCA em razão de sua tenra idade, não tendo sido constatado qualquer indício de trauma psicológico. Nesse diapasão, é sabido que para o oferecimento da denúncia, mister a presença de justa causa, consistente na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Diante do exposto, à vista da manifesta falta de interesse processual a amparar o oferecimento de denúncia, o Ministério Público promove o arquivamento do inquérito policial nos termos do art. 385, inciso III, do Código de Processo Penal'. O requerimento foi acatado pelo juiz de primeiro grau, que determinou o arquivamento adotando para decidir as razões expostas pelo Ministério Público." (fls. 588/595)

Daí, denegado o *writ*, foi interposto recurso ordinário também pela vítima do suposto delito, representado por sua genitora, o que resultou no v. acórdão de fls. 664/670, apontado como ato coator no presente *mandamus* (RMS 44.025/DF). O voto condutor do referido acórdão tem o seguinte teor:

“O recurso não merece provimento.

Ainda que seja compreensível o ânimo litigante da família de menor de tenra idade que supostamente foi vítima de crime contra sua dignidade sexual, não vislumbro teratologia, ilegalidade ou abuso de poder na determinação de arquivamento do inquérito policial que apurava tal ilícito.

O Ministério Público é o titular da ação penal, cabendo a ele aferir a presença de justa causa, ressalvada a hipótese prevista pelo art. 28, do CPP. Nesse sentido:

(...)

A regra do art. 28, do CPP, deve ser aplicada apenas na hipótese de o Magistrado discordar do membro do Parquet no tocante às razões da promoção de arquivamento, o que não se deu no caso dos autos. Na ação penal pública incondicionada, a vítima não tem direito líquido e certo a impedir o arquivamento do inquérito. Colaciono precedente:

(...)

Por fim, vale salientar que os elementos dos autos não permitem afirmar a materialidade do crime. É certo que os laudos psicológicos indicam a possibilidade da violência sexual, mas o exame pericial realizado na exata data em que os fatos teriam ocorrido foi categórico no tocante à inexistência de vestígios de atos libidinosos (fls. 36/37).

Não vislumbro, portanto, nenhuma teratologia, ilegalidade ou abuso de poder que justificaria a concessão da segurança.

Nessas condições, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso ordinário em mandado de segurança.” (fls. 668/670)

Cumpre, inicialmente, transcrever as normas pertinentes:

Da Constituição Federal:

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

*§ 1º – São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a **independência funcional**.*

(...)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

(...)

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

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

Do Código de Processo Penal:

Art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

(...)

Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

(...)

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

(...)

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar im procedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

(...)

Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.

Das disposições legais, tem-se que, concluído o inquérito policial, encaminhados os autos ao Ministério Público, deve o *Parquet*:

a) entendendo necessárias novas investigações para melhor apuração do fato e de sua autoria (CPP, arts. 16 e 47), requerer ao Juiz o retorno dos autos à autoridade policial para que sejam providenciadas as diligências requisitadas (CPP, art. 16);

b) não identificando a necessidade de novas diligências, por terem sido colhidos na investigação indícios suficientes, caberá ao Ministério Público, enquanto titular da ação penal pública, oferecer a denúncia (CF, art. 129, I; CPP, art. 24); ou,

c) diante da inviabilidade de requerer novas diligências, em face da investigação infrutífera, solicitar o arquivamento do inquérito ou das peças de informação (CPP, art. 28), como sucedeu no caso em exame.

Considerando que o processo penal rege-se pelo princípio da obrigatoriedade, uma vez convencido o Ministério Público da materialidade e da autoria delitivas, da presença das condições da ação, dos pressupostos processuais e da ausência de qualquer causa extintiva da punibilidade, tem o dever de ajuizar a ação penal contra todos aqueles que, após apuração dos fatos, estejam na condição de indiciados como prováveis autores, coautores ou partícipes na infração penal. A propositura da ação penal pública constitui um dever, e não uma faculdade, não sendo reservado ao *Parquet* um juízo discricionário sobre a conveniência e oportunidade de seu ajuizamento.

Por outro lado, não verificando o Ministério Público material probatório convincente para corroborar a materialidade do delito ou a autoria delitiva ou entender pela atipicidade da conduta, pela existência de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, ou, ainda, pela extinção da punibilidade, pode requerer perante o Juiz o arquivamento do inquérito ou das peças de informação. O magistrado, concordando com o requerimento, deve determinar o arquivamento, que prevalecerá, salvo no caso de novas provas surgirem a viabilizar o prosseguimento das investigações pela autoridade policial (CPP, art. 18). Se discordar, porém, deve o magistrado encaminhar o pedido de arquivamento, com o inquérito ou peças de informação, à consideração do Procurador-Geral de Justiça, o qual deverá: a) oferecer a denúncia, ou designar outro órgão ministerial para fazê-lo; ou b) insistir no arquivamento, estando, nessa última hipótese, obrigado o Juiz a atender. Poderá, ainda, o Procurador-Geral requerer novas diligências investigatórias.

Há, portanto, um sistema de controle de legalidade muito técnico e rigoroso em relação ao arquivamento de inquérito policial, inerente ao próprio sistema acusatório.

No exercício da atividade jurisdicional, o Juiz, considerando os elementos trazidos nos autos de inquérito ou nas peças de informações, tem o poder-dever de anuir ou discordar do pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público. Não há, porém, obrigação de, em qualquer hipótese, remeter os autos para nova apreciação do Procurador-Geral.

Assim, se constatar pertinência nos fundamentos do pedido de arquivamento, o Juiz terá o poder-dever de promover o arquivamento, não cabendo contra essa decisão recurso.

No sistema processual penal vigente, a função jurisdicional não contempla a iniciativa acusatória, de maneira que, do mesmo modo que não poderá o Juiz autoprovocar a jurisdição, não poderá obrigar o Ministério Público, diante de sua independência funcional, a oferecer a denúncia ou a ter, em toda e qualquer hipótese, reexaminado o pedido de arquivamento pela instância superior, o respectivo Procurador-Geral.

Ao Ministério Público cabe formar a *opinio delicti* e, se entender devido, oferecer a denúncia. Desse modo, uma vez verificada, como ocorreu na hipótese em exame, a inexistência de elementos mínimos que corroborem a autoria e a materialidade delitivas, pode o *Parquet* requerer o arquivamento do inquérito e o Juiz, por consequência, avaliar se concorda ou não com a promoção ministerial. Uma vez anuindo, fica afastado o procedimento previsto no art. 28 do Código de Processo Penal, sem que, com isso, seja violado direito líquido e certo da possível vítima de crime de ver processado seu suposto ofensor.

A corroborar essa compreensão, pode ser citado o seguinte precedente desta Corte de Justiça:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO PENAL INCONDICIONADA. CRIME DE DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO. MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

Segundo a previsão do art. 129, I, da Constituição Federal, cabe exclusivamente ao Ministério Público a titularidade da ação penal, não sendo certo admitir-se possível interesse subjetivo de pessoa supostamente vítima do delito quanto à obrigatoriedade da ação.

No caso, uma vez solicitado pelo Parquet e determinado pelo juiz o arquivamento dos autos do inquérito, porque já consagrada a extinção da punibilidade em outro processo, não se é de imaginar a abertura da via mandamental em proveito de pessoa supostamente interessada.

Além do que a situação não permite a realização do procedimento previsto no art. 28 do CPP, tendo em vista a inexistência de discrepância entre o entendimento do titular da ação penal e a decisão do ente jurisdicional.

Recurso improvido.

(RMS 12.572/SP, Sexta Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ de 10/09/2007)

Na hipótese em exame, a manifestação do Promotor de Justiça pelo arquivamento do inquérito policial foi devidamente fundamentada, apontando as razões pelas quais se entendia não haver indícios mínimos de materialidade e autoria delitivas.

Ademais, diante da impetração do anterior *mandamus*, maiores controles foram ainda exercidos quanto ao arquivamento do inquérito policial, pois os reexames do procedimento pelo Tribunal Local e, em seguida, pela eg. Quinta Turma do STJ, sempre precedidos de pareceres do Ministério Público, por certo conferiram refinada revisão da medida atacada pelo impetrante, superando, talvez, o pretendido reexame do caso exclusivamente pelo Procurador-Geral da Justiça, que a aplicação da norma do art. 28 do CPP daria lugar.

Nesta oportunidade, na qual também já se tem nova manifestação ministerial pela denegação da ordem, sustenta o autor existir teratologia na decisão atacada, ao confirmar as anteriores atuações judiciais e ministeriais também manifestamente ilegais ou teratológicas. Não é, porém, o que se constata.

Com efeito, a decisão que determinou o arquivamento do inquérito, com fundamento na manifestação do órgão acusatório, bem assim as decisões judiciais que a sucederam e a referendaram embasaram-se nas provas colhidas na fase inquisitorial, entre as quais o laudo de exame de corpo de delito realizado no mesmo dia da constatação do fato, que, contudo, não encontrou elementos mínimos que conduzissem ao reconhecimento da materialidade delitiva.

O ora impetrante pretende contrariar o referido laudo de exame físico invocando pareceres de psicólogos que entrevistaram a criança e afirmaram existir fortes indícios de toques físicos no menor. É evidente, no entanto, que o choque entre o laudo pericial de corpo de delito e o laudo psicológico não confere certeza quanto à ocorrência do ilícito penal.

Por outro lado, também não foram encontrados indícios mínimos que pudessem definir a autoria delitiva para fins de oferecimento da denúncia pelo órgão acusador. E esse é o ponto que se entende mais relevante a obstar o membro do *Parquet* de oferecer a peça acusatória a qual, além de demandar a suficiência na descrição dos fatos, exige identificação precisa de seus autores. Tanto as provas preliminares colhidas como as afirmações trazidas pelo impetrante no presente *mandamus* ensejam dúvidas quanto à autoria do delito investigado, havendo indícios ora sugerindo que o abuso sexual fora perpetrado pelo próprio pai e noticiador do crime perante a autoridade policial, ora pelo tio materno.

A própria impetrante, em sua petição, não chega a afirmar categoricamente de quem seria a autoria, embora sugira que seria do pai da criança. Não se pode esquecer, porém, que o impetrante acha-se representado por sua genitora, a qual litiga com o pai do menor, no juízo de família, acerca dos direitos de guarda e de visitas. Há, outrossim, nos autos até mesmo informação de impor-se à criança alienação parental, não podendo ser desconsiderado o fato de que uma criança de dois anos de idade é muito suscetível à manipulação psicológica.

Ademais, a petição do *mandamus* também não indica quais novas diligências poderia o órgão do Ministério Público ter requisitado à autoridade policial para viabilizar a identificação precisa da autoria e a materialidade delitiva.

É oportuno salientar que o impetrante insiste na existência de adulteração de prova, consubstanciada em vídeo gravado pelo pai em que a criança supostamente aponta o crime e sua autoria. Esse tópico foi avaliado pelo magistrado, ao determinar o arquivamento dos autos de inquérito, tendo concluído, na oportunidade, não ter sido constatada pelo laudo da perícia produzido em incidente de falsidade nenhuma manipulação do referido vídeo (fl. 569).

Enfim, embora possa existir equívoco na decisão judicial acatada, certo é que inexistente teratologia ou manifesta ilegalidade diante do quadro de dúvida e de imprecisão que se logrou colher nas investigações realizadas.

Não há, portanto, no caso dos autos, ilegalidade, teratologia ou abuso de poder no ato apontado como coator, qual seja o acórdão proferido no RMS 44.025/DF, que confirmou a denegação do primeiro *mandamus*.

Cumprido salientar, por oportuno, que, se a vítima ou qualquer outra pessoa trazer novas informações que justifiquem a reabertura do inquérito, pode a autoridade policial proceder a novas investigações, nos termos do citado art. 18 do Código de Processo Penal.

Nada obsta, ademais, que, surgindo novos elementos aptos a ensejar a persecução criminal, sejam tomadas as providências cabíveis pelo órgão ministerial, inclusive com a abertura de investigação e o oferecimento de denúncia.

Diante do exposto, denega-se a segurança.

Custas *ex legis*. Sem honorários advocatícios.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2014/0150177-4

PROCESSO ELETRÔNICO MS 21.081 / DF

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 082011 20120020300915 44025 82011

PAUTA: 17/06/2015

JULGADO: 17/06/2015

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ
Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO
Secretária
Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: N D C M (MENOR)
REPR. POR: Y M D C
ADVOGADO: ARIEL GOMIDE FOINA
IMPETRADO: QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
INTERES.: UNIÃO
ASSUNTO: DIREITO PENAL

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sutentou oralmente, pelo impetrante, o Dr. Ariel Gomide Foina.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha e Napoleão Nunes Maia Filho.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.443.533 – RS (2014/0065295-8)

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO: JOSÉ VALTER DE JESUS

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INDICAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS EM MOMENTO POSTERIOR. PEDIDO TEMPESTIVO. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO E VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. DEFERIMENTO MOTIVADO. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.

1. No processo penal da competência do Tribunal do Júri, o momento adequado para o acusado alegar tudo que interessa à defesa, com a indicação das provas que pretende produzir, a juntada de documentos e a apresentação do rol de testemunhas é a defesa prévia, nos termos do artigo 406, §3º do Código de Processo Penal.

2. Não há preclusão se a parte, no momento da apresentação da defesa prévia, formula pedido de indicação de rol de testemunhas *a posteriori*; tampouco há violação do contraditório se o magistrado defere o pedido em busca da verdade real e diante da impossibilidade do contato do defensor público com o acusado.

3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP). Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 23 de junho de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura – Relatora

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul com fundamento na alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

CORREIÇÃO PARCIAL. FOTOGRAFIA DO ACUSADO NA DENÚNCIA. NÃO CONHECIMENTO. APRESENTAÇÃO DE ROL TESTEMUNHAL DEPOIS DO PRAZO DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE INVERSÃO TUMULTUÁRIA.

Como já decidiu a Câmara, conhecendo parcialmente este tipo de Correição Parcial: “a retirada da fotografia do acusado da denúncia não constitui erro ou abuso que cause inversão tumultuária do feito, nos termos do art 195 do COJE, se a qualificação veio também pelos meios usuais. Não conhecimento da correição parcial por esse fundamento. Em observância ao princípio da ampla defesa e considerando a impossibilidade do contato do defensor com o acusado, não é defeso ao Magistrado permitir a apresentação de rol testemunhal fora do prazo do art 396-A do CPF, desde que não implique na prática de outras solenidades judiciais nem viole a ‘paridade de armas’ que caracteriza o contraditório” DECISÃO. Correição Parcial improcedente. Unânime.

Sustenta o recorrente, em suma, violação dos artigos 209, 396-A e 406, §3º do Código de Processo Penal ao argumento de que o deferimento do pedido da defesa para apresentar o rol de testemunhas após o prazo legal, por prazo incerto e não determinado, implica em inversão tumultuária do processo e violação do princípio da paridade de armas.

As contrarrazões não foram apresentadas e o Ministério Público Federal manifestou-se pelo improvemento do recurso.

É o relatório.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INDICAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS EM MOMENTO POSTERIOR. PEDIDO TEMPESTIVO. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO E VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. DEFERIMENTO MOTIVADO. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.

1. No processo penal da competência do Tribunal do Júri, o momento adequado para o acusado alegar tudo que interessa a defesa, com a indicação das provas que pretende produzir, a juntada de documentos e a apresentação do rol de testemunhas é a defesa prévia, nos termos do artigo 406, §3º do Código de Processo Penal.

2. Não há preclusão se a parte, no momento da apresentação da defesa prévia, formula pedido de indicação de rol de testemunhas *a posteriori*; tampouco há violação do contraditório se o magistrado defere o pedido em busca da verdade real e diante da impossibilidade do contato do defensor público com o acusado.

3. Recurso improvido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A preclusão é a perda de uma faculdade referente à prática de determinado ato processual, a perda da capacidade de praticar os atos processuais por não tê-los feito na oportunidade devida (preclusão temporal), por incompatibilidade com outro ato anteriormente praticado (preclusão lógica) ou pelo exercício anterior do mesmo direito (preclusão consumativa).

A propósito, a razão de existência dos prazos preclusivos atrela-se ao traço identificador do procedimento como marcha teleologicamente orientada. O fenômeno da preclusão é indispensável para que o feito caminhe para frente, não remanescendo, desfuncionalmente, à mercê de condutas serôdias ou chicaneiras.

No processo penal da competência do Tribunal do Júri, o momento adequado para o acusado alegar tudo que interessa à defesa, com a indicação das provas que pretende produzir, a juntada de documentos e a apresentação do rol de testemunhas é a defesa prévia, nos termos do artigo 406, §3º do Código de Processo Penal, *verbis*:

Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

(...)

§ 3º Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Assim, se o acusado atende ao chamamento para comparecer ao processo, respondendo à acusação com apresentação de resposta escrita, mas deixa de indicar rol de testemunhas, há inequívoca preclusão temporal do direito, não podendo fazê-lo em momento posterior.

Em casos tais, resta ao magistrado apenas eventual admissão de testemunha requerida a destempo como testemunha do juízo, nos termos do artigo 209 do Código de Processo Penal, senão vejamos:

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

Com efeito, ultrapassado o prazo processual adequado, há preclusão do direito da parte de arrolar testemunhas, podendo o magistrado, todavia, avaliar no caso concreto a importância da oitiva requerida a destempo como testemunha do Juízo, tendo em vista ser ele o destinatário da prova.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. OITIVA DE TESTEMUNHA. INDEFERIMENTO. PEDIDO FEITO A DESTEMPO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. IMPRESCINDIBILIDADE DO DEPOIMENTO. CRITÉRIO DO JUIZ. DESTINATÁRIO DA PROVA. INVIABILIDADE DE AVALIAR A INDISPENSABILIDADE NESTA SEDE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...)

3. O momento adequado para o réu arrolar testemunhas é na fase da defesa preliminar, conforme estabelece o art. 396-A do Código de Processo Penal. Ultrapassado esse momento, cabe ao magistrado, ao seu prudente critério, avaliar a importância da oitiva requerida a destempo, como testemunha do Juízo, haja vista ser ele o destinatário da prova. Tendo a providência sido indeferida, tem-se que não se

mostrou imprescindível ao deslinde da causa, não sendo possível, na via eleita, desconstituir referida conclusão, que demandaria inviável incursão no arcabouço fático-probatório dos autos.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 244.048/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 25/10/2012)

Por outro lado, na hipótese em que o acusado, no momento da apresentação da defesa prévia, formula pedido de indicação de rol de testemunhas *a posteriori*, não há falar em perda do prazo oportuno ou em preclusão qualquer, porque não houve inércia da parte, ficando ao prudente arbítrio do magistrado o deferimento do pedido formulado.

Tampouco há violação do princípio da paridade de armas ou do contraditório se o magistrado defere o pedido em busca da verdade real e diante da impossibilidade do contato do defensor público com o acusado.

Vale anotar, a propósito, que não se trata, em casos tais, de testemunha do juízo de que cuida o artigo 209 do Código de Processo Penal porque não há produção de prova testemunhal de ofício, decorrendo de indicação da própria parte as testemunhas que, assim, não extrapolam o limite de oito previsto na lei.

Esta é a hipótese dos autos, razão pela qual não vislumbro nulidade ou irregularidade processual qualquer a ser sanada decorrente do deferimento do pedido formulado tempestivamente pela defesa para a apresentação do rol de testemunhas.

A propósito do tema, colhe-se, ilustrativamente, o seguinte precedente da minha relatoria:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. LATROCÍNIO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) RESPOSTA ESCRITA. ROL DE TESTEMUNHAS. OFERECIMENTO POSTERIOR. INDEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DA PROVA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

2. Não tendo sido apresentado o rol de testemunhas no momento oportuno, tem-se o fenômeno da preclusão. A fim de evitá-la, a lealdade processual recomendaria um pedido de dilação de prazo, arrimado em motivo relevante.

3. Ordem não conhecida.

(HC 257.533/MG, da minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 30/04/2014)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É O VOTO.

VOTO-VENCIDO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Irei divergir, com a devida vênia da Ministra Relatora.

Em caso muito similar – HC 202.928 – esta Turma, por maioria, acompanhou entendimento que ali expressei, nos seguintes termos:

(...) O direito à prova no processo penal não é absoluto, limitando-se por regras de natureza endoprocessual e extraprocessual. E uma delas é a **limitação temporal para requerer a produção da prova**, notadamente a prova testemunhal que, para o Ministério Público, é o oferecimento da denúncia e, para a defesa, a resposta à acusação.

Confira-se, a propósito, o artigo 396-A, do CPP, *verbis* :

Art. 396-A. *Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.*

Portanto, o arrolamento de testemunhas é uma faculdade da defesa, que deverá ser exercido na resposta à acusação, sob pena de **preclusão temporal**.

Neste sentido, colaciono o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. ROUBO E EXTORSÃO. PEDIDO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. INTEMPESTIVIDADE. PRECLUSÃO TEMPORAL. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PELA DEFESA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. [...]

2. *Não se vislumbra ilegalidade manifesta no ponto em que foram indeferidos os pedidos de oitiva da testemunha formulados já ao final da instrução e, logo depois, na fase do art. 402 do CPP (sendo que o momento processual oportuno seria, a teor do art. 396-A do CPP, quando da resposta à acusação, sob pena de preclusão temporal), tendo em vista que a defesa não apontou nenhum motivo concreto que justificasse a excepcionalidade.*

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 232.305/DF, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6T, DJe de 14.5.2014)

Acolher-se a tese da impetração – de que é possível ouvir testemunhas arroladas intempestivamente – implicaria o reconhecimento, por esta Corte, de que não há prazo legal para a apresentação do rol de testemunhas. Por isso, em que pese a nobreza da impetração, não vislumbro ilegalidade evidente.

Ademais, como dito pela representante do Ministério Público, há testemunhas comuns que serão ouvidas e não se pode, *a priori*, afirmar com certeza a existência de um prejuízo para a defesa, porque não se sabe exatamente qual seria o conteúdo desses depoimentos.

Ademais, há mecanismos outros para aportar aos autos tais fontes de prova, como, por exemplo, anexar uma justificação judicial ou termo extrajudicial de declarações dessas testemunhas, que podem até não servir como prova tipicamente testemunhal, mas podem ser consideradas, ainda que como indícios de eventuais fatos que essas pessoas tenham a relatar.

Em última análise, a inquirição – se essencial para a busca da verdade real – poderá até mesmo ser realizada, de ofício, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, a critério do julgador e em homenagem ao princípio da busca da verdade real.

Isso porque o processo penal brasileiro permite que o juiz colabore na produção de provas que possam auxiliá-lo na prestação jurisdicional, com vistas ao restabelecimento, o mais próximo possível, da verdade dos fatos que constituem a causa de pedir da ação penal.

Com essas ponderações, não vejo como considerar ilegal o ato, porque está apoiado no direito, não configurando ofensa ao contraditório ou à ampla defesa.

No caso presente, a Defensoria Pública deixou de trazer os nomes de eventuais testemunhas que pudessem depor em favor do assistido, **supostamente** por dificuldades de contactar o ora recorrido – e assim o digo porque não há, nos autos do *writ*, pedido formulado pela Defensoria Pública, aduzindo razões para não ofertar, a tempo, o rol testemunhal (art. 396-A ou 406, § 3º, ambos do CPP), e menos ainda a explícita decisão judicial, motivada, a esse respeito.

Não desconheço as dificuldades enfrentadas pela Defensoria Pública de todo o Brasil, mas essas deficiências estruturais, a meu ver, não podem servir como justificativa para se obviar norma processual que impõe ônus, em igualdade de condições, às partes da relação processual. Recordo, aliás, que a Defensoria Pública está colocada em igualdade de condições com o titular da ação penal, o

Ministério Público, sendo ambas as instituições essenciais à administração da Justiça e à jurisdição do Estado, como dito expressamente pela Constituição da República (arts. 127 e 134, respectivamente).

E, por isso, a lei ordinária, quando o quis, atribui àquela instituição alguma prerrogativa funcional ou processual exclusiva, como o prazo maior (em dobro), no processo penal (§ 5º do art. 5º da Lei nº 1.060/1950), de modo a equilibrar a balança processual.

Ora, mesmo exercendo tal privilégio, deixou a Defensoria Pública, como órgão que patrocinava os interesses do recorrido, de apresentar os nomes das testemunhas a serem ouvidas na audiência de instrução e julgamento, a qual, saliente, é uma e, portanto, não comporta dilações indevidas.

Destaco que, a par de descumprir prazo de natureza peremptória, o **magistrado processante sequer fixou data** para a apresentação dos nomes de pessoas que poderiam depor a favor da defesa. Semelhante conduta, a par de desequilibrar a relação processual – pois não se conceberia igual benesse concedida ao órgão de acusação, no tocante às testemunhas que deve trazer no momento em que oferta a denúncia – não se atenta para o prejuízo que tal permissividade produzirá para a instrução do feito, haja vista o que dispõem os artigos 410 e 411 do CPP.

Despiciendo enfatizar que, sendo a relação processual regida – salvo exceções tópicas, como a mencionada retro – pela paridade de armas (*par conditio*), ou seja, pelo equilíbrio de meios e de oportunidades para as partes envolvidas no litígio, não se justifica pender a balança a favor de uma das partes, na oportunidade dada pela lei para o oferecimento do rol de testemunhas, porquanto se, para o réu, a produção de prova decorre do direito à ampla defesa (art. 5º, para a acusação, decorre do direito de ação, de que é incumbida também – e de modo exclusivo – pela Constituição da República (art. 129, I).

A despeito de todas essas observações, e até mesmo para reforçá-las, **rememoro que jamais estará a defesa do recorrido impedida de ouvir testemunhas que possam auxiliar suas teses**, porquanto, a par da possibilidade, sempre presente, de que se tomem os depoimentos de pessoas referidas como “testemunhas do juízo”, terá ainda a parte ré a chance de ouvir, em Plenário as testemunhas que vier a arrolar em outro momento processual adrede criado para essa finalidade, o art. 422 do CPP, relativo ao *iudicium causae*, no procedimento bifásico do Tribunal do Júri.

Peço vênia, portanto, à eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, mas, por considerar contrariado o dispositivo legal invocado, dou provimento ao recurso do Ministério Público, anulando a decisão que adiou ou deu novo prazo à defesa para apresentação das testemunhas, sem prejuízo, repito, de que sejam ouvidas como testemunhas no juízo ou que sejam arroladas e ouvidas em outro momento procedimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2014/0065295-8

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.443.533 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 121101409973 1992071920138217000 355304220138217000
3653042200138217000 5190953220128217000 70052124963 70053119053
70054745807 70058553215

PAUTA: 23/06/2015

JULGADO: 23/06/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

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

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO: JOSÉ VALTER DE JESUS

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra a vida – Homicídio Qualificado

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, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.



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 (Pacto de San José da Costa Rica), 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 estiver garantido por comandos legislativos ou de outra natureza, tais Estados comprometer-se-iam a adotar as medidas necessárias para torná-los efetivos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, integrado basicamente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, contribuiu para consolidar uma nova percepção do Direito Internacional. Desde 25 de setembro de 1992, o Brasil é Estado-Parte da Convenção e, em 10 de dezembro de 1998, reconheceu a competência contenciosa da Corte.

A partir de 2015, nossa Revista tomou a iniciativa de divulgar seletos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente para facilitar o acesso de nossos assinantes a esse tipo de jurisprudência. No primeiro momento, foram divulgados os quatro casos de condenação do Brasil por violações de direitos humanos: a) Revista nº 55, caso Escher e outros; b) Revista nº 56, caso Gomes Lund e outros; c) Revista nº 57, caso Ximenes Lopes; e, d) Revista nº 58, caso Sétimo Garibaldi.

Nessa nova fase, almejando o fomento do conhecimento jurídico de forma mais ampla e interativa, apresentaremos diversos outros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujos temas assumem indiscutível relevância no debate jurídico contemporâneo.

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Caso Nogueira de Carvalho e Outro *Versus* Brasil

Sentença de 28 de Novembro de 2006

(Exceções Preliminares e Mérito)

No *Caso Nogueira de Carvalho e outro*,
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 o artigo 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção Americana” ou “Convenção”) e com os artigos 29, 56 e 58 do Regulamento da Corte (doravante denominado “Regulamento”), profere a presente Sentença.

I INTRODUÇÃO DA CAUSA

1. Em 13 de janeiro de 2005, 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 com base na denúncia nº 12.058, recebida na Secretaria da Comissão em 11 de dezembro de 1997.

* O Juiz Oliver Jackman não participou da deliberação nem da assinatura da presente Sentença, já que informou à Corte que, por motivo de força maior, não poderia participar do LXXIII Período Ordinário de Sessões do Tribunal.

2. A Comissão apresentou a demanda neste caso a fim de que a Corte decidisse se o Estado é responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 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 de Jaurídice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho (doravante denominados “supostas vítimas”), pela presumida falta de devida diligência no processo de investigação dos fatos e punição dos responsáveis pela morte de Francisco Gilson Nogueira de Carvalho (doravante denominado “Gilson Nogueira de Carvalho” ou “o advogado”) e da falta de provisão de um recurso efetivo neste caso. A Comissão salientou que as supostas vítimas são os pais de Gilson Nogueira de Carvalho, advogado defensor de direitos humanos que dedicou parte de seu trabalho profissional a denunciar os crimes cometidos pelos “meninos de ouro”*, um suposto grupo de extermínio de que fariam parte policiais civis e outros funcionários estatais, e a impulsionar as causas penais iniciadas em decorrência desses crimes. O referido advogado foi assassinado em 20 de outubro de 1996, na cidade de Macaíba, Estado do Rio Grande do Norte, Brasil. A demanda ressaltou que o trabalho de Gilson Nogueira de Carvalho “[se concentrava] justamente em tentar acabar com a situação de total impunidade no Rio Grande do Norte, em que agentes estatais sequestravam, assassinavam e torturavam pessoas, sem receber punição alguma”. A Comissão solicitou à Corte um pronunciamento sobre as supostas violações ocorridas posteriormente a 10 de dezembro de 1998, data em que o Estado reconheceu a competência contenciosa da Corte, e salientou que “a deficiente atuação das autoridades estatais, vista em seu conjunto, levou à falta de investigação, perseguição, captura, julgamento e condenação dos responsáveis pelo homicídio [de Gilson Nogueira de Carvalho e que] depois de mais de [dez] anos [desse homicídio] não foram identificados e condenados os responsáveis e, portanto, [seus] pais [...] não puderam impetrar um recurso a fim de obter compensação pelos danos sofridos”.

3. Consequentemente, a Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado que adote determinadas medidas de reparação citadas na demanda e que reembolse as custas e os gastos originados tanto na tramitação do caso no âmbito nacional quanto perante os órgãos do sistema interamericano de proteção de direitos humanos.

II COMPETÊNCIA

4. A Corte Interamericana é competente, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, para conhecer sobre as exceções preliminares e eventuais méritos, reparações e custas no presente caso, em virtude de que o 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.

* Na versão em espanhol desta Sentença, *muchachos de oro*.

III PROCEDIMENTO PERANTE A COMISSÃO

5. Em 11 de dezembro de 1997, o Centro de Direitos Humanos e Memória Popular (CDHMP), o *Holocaust Human Rights Project* e o *Group of International Human Rights Law Students* (doravante denominados “peticionários”) apresentaram petição perante a Comissão Interamericana contra o Brasil, em que salientaram a responsabilidade do Estado pela morte de Gilson Nogueira de Carvalho, assassinado em 20 de outubro de 1996. Os peticionários alegaram que o Estado havia faltado a sua obrigação de garantir a Gilson Nogueira de Carvalho o direito à vida e de realizar uma investigação séria sobre sua morte, processar os responsáveis e promover os recursos judiciais adequados. Em 21 de agosto de 2000, a Justiça Global foi incorporada como copeticionário. A denúncia foi apresentada em inglês.

6. Em 21 de janeiro de 1998, a Comissão transmitiu ao Estado as partes pertinentes da denúncia e concedeu-lhe um prazo de 90 dias para que informasse sobre a matéria. Em 26 de janeiro de 1998, o Estado solicitou o envio de uma versão da denúncia em português. Em 6 de fevereiro de 1998, a Comissão solicitou aos peticionários a respectiva tradução, a qual lhe foi remetida em 13 de outubro de 1998. Nesse mesmo dia, as partes pertinentes da denúncia em português foram transmitidas ao Estado, a quem se solicitou que informasse sobre qualquer elemento de juízo que permitisse à Comissão verificar se haviam sido ou não esgotados no caso os recursos da jurisdição interna, para o que se concedeu um novo prazo de 90 dias.

7. Em 1º de abril de 1999, considerando que o Estado não havia apresentado sua resposta, a Comissão concedeu-lhe um prazo de 30 dias para que o fizesse e advertiu-o sobre a possibilidade de aplicação do artigo 42 do Regulamento da Comissão então vigente, presumindo-se a veracidade dos fatos denunciados. Em 1º de maio de 2000, a Comissão concedeu ao Estado um prazo adicional de 30 dias para que apresentasse a informação solicitada com relação à denúncia.

8. Em 29 de junho de 2000, o Estado informou que, segundo a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, o processo sobre a morte de Gilson Nogueira de Carvalho se encontrava em fase de pronúncia, o que equivale a um reconhecimento por parte do juiz competente de que há elementos de convicção quanto à existência de um crime e indícios de autoria. No presente caso, o juiz competente confirmou a existência dos citados elementos e proferiu a sentença de pronúncia, determinando que o caso fosse julgado pelo Tribunal do Júri. O Estado informou que, em virtude do parecer contrário do Ministério Público com relação a essa decisão judicial, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte deveria decidir sobre a procedência da referida sentença.

9. Em 2 de outubro de 2000, por ocasião de seu 108º Período Ordinário de Sessões, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 61/2000, mediante o qual declarou admissível a denúncia recebida e salientou, entre outros aspectos,

que “o silêncio do Estado [sobre o esgotamento dos recursos internos] constitui no presente caso uma renúncia tácita à invocação dessa exigência”. O relatório de que se trata foi encaminhado aos peticionários e ao Estado em 15 de novembro de 2000.

10. Em 29 de agosto de 2003, a Comissão se colocou à disposição das partes no âmbito do procedimento de solução amistosa. Em 1º de outubro de 2003, os peticionários declararam que preferiam continuar com a análise sobre o mérito do caso. O Estado não se pronunciou a respeito.

11. Em 10 de março de 2004, no decorrer de seu 119º Período Ordinário de Sessões, a Comissão Interamericana aprovou o Relatório de Mérito nº 22/2004. No referido relatório, a Comissão declarou que:

os peticionários alegaram uma série de fatos, que não foram controvertidos pelo Estado [, e que, se este] não contradiz os fatos de mérito nem produz provas destinadas a questioná-los, a Comissão pode presumir verdadeiros os fatos alegados, sempre que não existam elementos de convicção que possam fazê-la concluir de outra maneira.

No referido relatório a Comissão concluiu, *inter alia*, que o Estado é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 4º (Direito à vida), 8º (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, todos em conexão com o artigo 1.1 do tratado citado e recomendou ao Estado a adoção de uma série de medidas para sanar as mencionadas violações.

12. Em 13 de abril de 2004, a Comissão Interamericana encaminhou o Relatório de Mérito nº 22/2004 ao Estado e fixou um prazo de dois meses para que este informasse sobre as medidas adotadas para o cumprimento das recomendações formuladas. O prazo concedido ao Estado foi, a seu pedido, prorrogado em duas ocasiões. O Estado aceitou de forma expressa e irrevogável que a concessão das prorrogações suspendia o prazo disposto no artigo 51.1 da Convenção para apresentação do caso à Corte. Nesse mesmo dia, a Comissão comunicou aos peticionários a aprovação do Relatório e seu encaminhamento ao Estado e solicitou-lhes que informassem sobre sua posição com respeito à apresentação do caso à Corte Interamericana. Em 18 de maio de 2004, os peticionários solicitaram à Comissão que submetesse o caso à Corte.

13. Em 10 de agosto e 13 de outubro de 2004, o Estado se referiu ao estado de cumprimento das recomendações formuladas no Relatório de Mérito nº 22/2004. Informou, entre outros aspectos, que o Ministério Público havia apelado da sentença do Tribunal do Júri, que absolveu o único imputado pela morte de Gilson Nogueira de Carvalho, alegando a existência de uma nulidade absoluta, e que o Governo Federal iniciaria negociações com o Governo do Estado do Rio Grande do Norte para obter o reconhecimento de sua responsabilidade pelo homicídio de Gilson

Nogueira de Carvalho e negociar as reparações com os familiares. Salientou que a reconquista democrática do Brasil se encontra estreitamente relacionada com a luta dos defensores de direitos humanos, motivo por que, ademais da adoção de outras iniciativas voltadas para a proteção dos defensores, estava concluída a elaboração do Programa Nacional de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos, que seria oficialmente divulgado em data próxima à do envio do relatório do Estado.

14. Em 12 de janeiro de 2005, o Estado apresentou seu terceiro relatório sobre as medidas adotadas para atender às três recomendações formuladas no Relatório de Mérito nº 22/2004. O Estado reiterou o anteriormente informado, ressaltou que o imputado Otávio Ernesto Moreira havia sido absolvido pelo Tribunal do Júri e que o Ministério Público havia interposto uma apelação com fundamento numa nulidade absoluta perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Também destacou que o Ministério Público declarou seu compromisso de interpor todos os recursos que eventualmente coubessem perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Por isso salientou que não se deveriam considerar concluídas as etapas recursivas do processo, já que o imputado poderia ser condenado nas instâncias superiores. O Estado informou que a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República havia realizado insistentes gestões junto ao Governo do Estado do Rio Grande do Norte para iniciar negociações com vistas à reparação dos danos morais e materiais sofridos pelos familiares de Gilson Nogueira de Carvalho, mas que haviam encontrado resistência das autoridades do Estado do Rio Grande do Norte.

15. Em 21 de dezembro de 2004, levando em consideração os relatórios apresentados pelo Estado, a Comissão consultou novamente os peticionários sobre sua postura com respeito ao envio do caso à Corte. Em 27 de dezembro de 2004, os peticionários declararam que era “extremamente importante o envio do caso para a Corte Interamericana [...] uma vez que o Estado [...] não [havia cumprido] com as três recomendações [formuladas pela] Comissão”.

IV

PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

16. Em 13 de janeiro de 2005, a Comissão apresentou a demanda perante a 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 Ariel Dulitzky, Ignacio Álvarez e Víctor Hugo Madrigal Borloz. Em 11 de fevereiro de 2005, a Comissão remeteu a demanda em português.

17. Em 21 de fevereiro de 2005, a Secretaria da Corte (doravante denominada “Secretaria”), após exame preliminar da demanda realizado pelo Presidente da Corte (doravante denominado “Presidente”), notificou a referida demanda e seus anexos ao Estado e informou-lhe sobre os prazos para contestá-la e designar sua representação no caso.

18. Em 21 de fevereiro de 2005, em conformidade com o disposto no artigo 35.1, alíneas *d* e *e* do Regulamento, a Secretaria transmitiu a demanda à Justiça Global e ao Centro de Direitos Humanos e Memória Popular, designados na demanda como representantes das supostas vítimas (doravante denominados “representantes”) e informou-lhes sobre o prazo para a apresentação de seu escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de petições e argumentos”).

19. Em 21 de março de 2005, o Estado comunicou a designação da senhora Danielle Aleixo Reis do Valle Souza como Agente, e em 29 de março de 2005, comunicou a designação dos senhores Murilo Vieira Komniski, Renata Lúcia de Toledo Pelizón, Carolina Campos de Melo e Cristina Timponi Cambiaghi como Agentes Assistentes. Em ambas as oportunidades, o Estado salientou que se reservava a prerrogativa de indicar oportunamente outros representantes para atuar no referido caso.

20. Em 18 de abril de 2005, os representantes apresentaram seu escrito de petições e argumentos, a que anexaram prova documental, e ofereceram prova testemunhal e pericial. Os representantes salientaram a responsabilidade internacional do Estado pela falta de investigação da morte de Gilson Nogueira de Carvalho e pela falta de sanção de seus responsáveis, o que não implica unicamente a violação dos direitos dispostos nos artigos 8º (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção, mas também a violação do artigo 4º (Direito à vida) do referido instrumento, e que a Corte é competente para se pronunciar sobre esses três artigos em relação com o artigo 1.1 da Convenção. Também solicitaram à Corte que ordenasse o pagamento de danos materiais e imateriais, a adoção de medidas de não repetição e o reembolso das custas e dos gastos.

21. Em 21 de junho de 2005, o Estado apresentou seu escrito de interposição de exceções preliminares, contestação da demanda e observações sobre o escrito de petições e argumentos (doravante denominado “escrito de contestação da demanda”), a que anexou prova documental e ofereceu prova testemunhal. O Estado interpôs, em primeiro lugar, a exceção preliminar de “incompetência *ratione temporis* [da] Corte”, por entender que a Comissão, embora alegasse unicamente a violação dos artigos 8º e 25 da Convenção, tinha como objetivo na realidade a declaração da violação do direito à vida e, em segundo lugar, a exceção de “não esgotamento dos recursos internos”. O Estado também rechaçou as alegadas violações dos artigos 4.1, 8.1 e 25 da Convenção Americana.

22. Em 15 e 18 de agosto de 2005, os representantes e a Comissão apresentaram, respectivamente, suas observações sobre as exceções preliminares interpostas pelo Estado e solicitaram que a Corte as rechaçasse por improcedentes.

23. Em 30 de novembro de 2005, a Corte Interamericana expediu uma Resolução mediante a qual solicitou que Percílio de Souza, proposto como testemunha pela Comissão, Plácido Medeiros de Souza, proposto como testemunha pelos representantes, e Augusto César Oliveira Serra Pinto, Célio de Figueiredo Maia e Gerson de Souza Barbosa, propostos como testemunhas pelo Estado,

prestassem depoimento por meio de declarações rendidas ante notário público (*affidavit*). Também solicitou que Belisário dos Santos Junior, proposto como perito pela Comissão, e Luiz Flávio Gomes, proposto como perito pelos representantes, apresentassem pareceres por meio de declarações prestadas perante notário público (*affidavit*). A Corte concedeu às partes prazo até 11 de janeiro de 2006 para a apresentação de todas as declarações solicitadas. Na referida Resolução, o Tribunal também convocou a Comissão, os representantes e o Estado para uma audiência pública que se realizaria na sede da Corte Interamericana em 8 de fevereiro de 2006, para ouvir as alegações finais orais sobre as exceções preliminares e eventuais méritos, reparações e custas, bem como os depoimentos de Fernando Batista de Vasconcelos, proposto pela Comissão, e de Gilson José Ribeiro Campos e Henrique César Cavalcanti, propostos pelo Estado. A Corte, finalmente, comunicou às partes que dispunham de um prazo improrrogável até 10 de março de 2006 para apresentar suas alegações finais escritas no presente caso.

24. Em 21 de dezembro de 2005, o Estado comunicou que indicava como Agente Assistente Milton Nunes Toledo Junior.

25. Em 11 de janeiro de 2006, a Comissão informou que desistia da apresentação da declaração de Percílio de Souza e do laudo do perito Belisário dos Santos Junior.

26. Em 11 de janeiro de 2006, os representantes enviaram declaração prestada por Plácido Medeiros de Souza perante a Procuradoria de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania de Natal com firma autenticada por notário público. Nesse mesmo dia, Luiz Flavio Gomes remeteu seu laudo pericial, que também foi assinado por Alice Bianchini e, em 24 de janeiro de 2006, enviou esclarecimento sobre a participação de Alice Bianchini no parecer.

27. Em 11 de janeiro de 2006, o Estado apresentou as declarações com firma autenticada por notário público de Augusto César Oliveira Serra Pinto e Gerson de Souza Barbosa e informou que desistia da apresentação do depoimento de Célio de Figueiredo Maia. O Estado apresentou, ademais, declaração prestada por Tálita de Borba Maranhão e Silva e solicitou que fosse admitida como prova neste caso.

28. Em 27 de janeiro de 2006, a Comissão apresentou suas observações sobre as declarações do perito e das testemunhas, enviadas pelos representantes e pelo Estado. A Comissão não apresentou objeções ao parecer do perito Luiz Flávio Gomes, levando em conta sua comunicação de 24 de janeiro de 2006 (par. 26 *supra*). Com relação às declarações de Augusto César Oliveira Serra Pinto e Gerson de Souza Barbosa, a Comissão considerou que não se ajustam ao objetivo proposto, já que apresentaram seus pareceres sobre a investigação interna e não informaram sobre fatos dos quais eram conhecedores em virtude de suas funções. Quanto à declaração de Tálita de Borba Maranhão e Silva, em que pese tivesse sido oferecida pelo Estado na lista definitiva de testemunhas e peritos, a Comissão ressaltou que não foi solicitada pela Corte. Finalmente, salientou que não apresentaria observações sobre a declaração de Plácido Medeiros de Souza.

29. Em 30 de janeiro de 2006, os representantes apresentaram suas observações sobre as declarações testemunhais remetidas pelo Estado. Quanto à declaração de Tálita de Borba Maranhão e Silva, salientaram que não deveria ser considerada, já que isso provocaria um desequilíbrio processual entre as partes. No entanto, subsidiariamente, apresentaram algumas observações sobre o conteúdo dessa declaração. Apresentaram também algumas observações com respeito às declarações de Augusto César Oliveira Serra Pinto e Gerson de Souza Barbosa. No que se refere à declaração deste último, consideraram que é evidente sua parcialidade, uma vez que o declarante afirma ter constatado e participado por vários anos na busca da verdade e dos responsáveis pelo homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho, e, na sua declaração, faz uma defesa incondicional da atuação policial na investigação do caso.

30. Em 27 de janeiro de 2006, o Estado impugnou o parecer assinado por Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, alegando que o laudo pericial não avaliava de forma objetiva e imparcial os fatos relativos à averiguação policial e judicial da morte de Gilson Nogueira de Carvalho. No caso de que não se excluísse esse parecer do acervo probatório, o Estado solicitou que fosse ele desqualificado como prova pericial e considerado opinião pessoal. Em 31 de janeiro de 2006, em atenção ao esclarecimento enviado por Luiz Flávio Gomes (par. 26 *supra*), o Estado solicitou que se excluísse dos autos o referido parecer, em razão de o oferecimento do perito Gomes ter sido extemporâneo; de o parecer apresentado não possuir um conteúdo técnico e de Alice Bianchini não ter sido oferecida pelos representantes para realizar exame pericial sobre o caso de Gilson Nogueira de Carvalho.

31. Em 8 de fevereiro de 2006, foi realizada uma audiência pública à qual compareceram perante a Corte: a) pela Comissão Interamericana: os senhores Evelio Fernández, Ignacio J. Álvarez, Víctor H. Madrigal Borloz e Leonardo Jun Ferreira Hidaka e a senhora Lilly Ching; b) pelos representantes: os senhores James Louis Cavallaro, Fernando Delgado, Carlos Eduardo Gaio, Daniel Alves Pessoa, Roberto de Oliveira Monte e Jonathan Kaufman e as senhoras Luciana Silva García e Deborah Popowski; e c) pelo Estado: as senhoras Danielle Aleixo Reis do Valle Souza, Maria Luiza Ribeiro Viotti, Renata Lúcia de Toledo Pelizón e Márcia Adorno Ramos e os senhores Milton Nunes Toledo Júnior, Francisco Soares Alvim Neto, Christiano Sávio Barros Figuerôa, Carlos Santa Rosa D'Álbuquerque Castim e Romeo Olmar Klich. Durante a audiência pública, os representantes e o Estado apresentaram diversos documentos.

32. Em 10 de março de 2006, os representantes e o Estado apresentaram suas alegações finais escritas. Os representantes anexaram vários documentos, recebidos em sua totalidade em 17 de março de 2006. Em 11 de março de 2006, a Comissão enviou suas alegações finais escritas.

33. Em 30 de outubro de 2006, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, solicitou à Comissão, aos representantes e ao Estado, de acordo com o artigo 45 do Regulamento, a remessa de alguns documentos como prova para melhor resolver.

34. Em 14 de novembro de 2006, o Estado e os representantes remeteram parte da prova solicitada para melhor resolver. Em 15 de novembro de 2006, a Comissão informou que se via impossibilitada de apresentar os documentos solicitados, já que não dispunha da informação.

35. Em 28 de julho de 2006, várias organizações e pessoas² apresentaram um escrito em caráter de *amicus curiae*.

EXCEÇÕES PRELIMINARES

36. O Estado interpôs as seguintes exceções preliminares: incompetência *ratione temporis* da Corte para conhecer deste caso e não esgotamento dos recursos da jurisdição interna. A Corte procederá a seguir à análise dessas exceções preliminares considerando as alegações escritas e orais do Estado, da Comissão e dos representantes.

PRIMEIRA EXCEÇÃO PRELIMINAR Falta de competência *ratione temporis*

Alegações do Estado

37. O Estado salientou que a Corte Interamericana não tem competência para conhecer da demanda, uma vez que, embora a Comissão alegue unicamente a violação dos artigos 1.1, 8º e 25 da Convenção Americana, busca uma condenação indireta do Estado pela violação do artigo 4º da Convenção, o que se evidencia nos

² A saber: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Front line - The Internacional Foundation for the Protection of Human Rights Defenders, Organización Mundial contra la tortura (OMCT), Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo", Movimiento Nacional de Derechos Humanos, Asociación Fomento, Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez", Una Ventana a la Libertad, Comité de Familiares de Detenidos - Desaparecidos, Robert F. Kennedy Memorial Center for Human Rights, Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), Centro de Documentación en Derechos Humanos "Segundo Montes Mozo S.J." (CSMM), Casa Alianza Honduras, Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos (CALDH), Programa Venezolano de Acción-Educación en Derechos Humanos (PROVEA), Comité Permanente de Defensa de los Derechos Humanos de Orellana, Grupo Interdisciplinario de Derechos Humanos de Medellín, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH), Centro de Iniciativas Democráticas (CIDEM), Instituto de Defensa Legal (IDL), Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH), Coordinadora Nacional de Derechos Humanos de Perú, Movimiento Nacional de Derechos Humanos (MNDH), Fundação Interamericana de Defesa de Direitos Humanos (FIDDH), Terra de Direitos, Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (CODEHUPY), Centro de Derechos Humanos y Ambiente, Abogados y Abogadas del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales (ANDHES), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas (MUDHA), Human Rights Without Frontiers International (HRWF), University of Virginia School of Law International Human Rights Law Clinic, Human Rights Network International, Rights International - The Center for International Human Rights Law, International League for Human Rights, University of Minnesota Human Rights Center, International Human Rights Clinic of George Washington University, European Roma Rights Centre, Washington College of Law's Center for Human Rights and Humanitarian Law, University of Essex Human Rights Centre, Union Internationale des Avocats, Benjamín Cuéllar Martínez e Matilde Guadalupe Hernández Espinoza e, na qualidade de advogados litigantes, Alejandro Ponce, Carlos Ayala e Pedro Nikken.

pedidos de reparação formulados pela Comissão, próprios de uma violação do direito à vida e não de uma denegação de justiça, a saber: a) adoção de uma política global de proteção dos defensores de direitos humanos; b) identificação e punição dos responsáveis pela morte de Gilson Nogueira de Carvalho; e c) compensação, a título de danos materiais e imateriais, pelo sofrimento causado pela morte do advogado. A morte de Gilson Nogueira de Carvalho é um fato anterior ao reconhecimento da competência contenciosa da Corte pelo Estado e teve lugar dois anos antes desse reconhecimento, motivo por que o Tribunal não pode se pronunciar sobre a matéria.

Alegações da Comissão

38. A Comissão Interamericana solicitou à Corte que se pronunciasse sobre a violação dos artigos 8.1 e 25 da Convenção e sobre o descumprimento da obrigação disposta no artigo 1.1 desse tratado, pela falta de devida diligência no processo de investigação dos fatos e punição dos responsáveis e pela falta de provisão de um recurso efetivo. A demanda se refere a fatos e a omissões consumados de forma independente após a data de reconhecimento da competência da Corte por parte do Estado, relacionados com sua obrigação de investigar efetiva e adequadamente e num prazo razoável o homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho. É incorreto supor, por conseguinte, que se busca uma condenação indireta pela violação do artigo 4º da Convenção com base numa interpretação extensiva do que foi expressamente solicitado na demanda. Os fatos que deram origem à violação do direito à vida de Gilson Nogueira de Carvalho estão excluídos das violações alegadas na demanda.

Alegações dos representantes

39. Os representantes alegaram que a violação do direito à vida não se relaciona unicamente com a morte de Gilson Nogueira de Carvalho, mas que compreende o descumprimento do dever do Estado de investigar essa privação da vida e de punir os responsáveis. Essa obrigação possui um caráter continuado e se inclui na competência temporal da Corte. O Tribunal não somente é competente para determinar a violação dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, mas também a violação do artigo 4º da Convenção, para determinar em que medida a denegação da justiça constitui uma violação do direito à vida em relação com o artigo 1.1 da Convenção, já que esta violação se estende no tempo até que o Estado investigue de forma efetiva, castigue os responsáveis e adote medidas para evitar a repetição desses fatos violatórios. O reconhecimento de violações contínuas do artigo 4º da Convenção Americana poderia ser limitado aos casos em que há uma responsabilidade *prima facie* de agentes estatais pelo fato original.

Considerações da Corte

40. O Estado questiona a competência *ratione temporis* da Corte para conhecer do presente caso. Alegou que, embora a demanda se refira somente à

suposta violação dos artigos 1.1, 8.1 e 25 da Convenção Americana, a Comissão também pretende uma condenação pela violação do artigo 4º da Convenção, o que segundo o Estado seria impossível ante a limitação da competência temporal do Tribunal.

41. Ao interpretar a Convenção de acordo com seu objetivo e sua finalidade, a Corte deve agir de modo a preservar a integridade do mecanismo disposto no artigo 62.1 desse instrumento. Seria inadmissível subordinar o sistema tutelar dos direitos humanos estabelecido na Convenção e, por conseguinte, a função jurisdicional da Corte, a restrições que o tornem inoperante.³

42. O Tribunal reitera, ademais, o disposto em outros casos, no sentido de que a cláusula de reconhecimento da competência da Corte é essencial para a eficácia do mecanismo de proteção internacional, mas deve ser interpretada e aplicada considerando-se o caráter especial dos tratados de direitos humanos e sua implementação coletiva. Nesse sentido, a Corte declarou que:

[os] Estados Partes na Convenção devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seus respectivos direitos internos. Este princípio se aplica não somente com relação às normas substantivas dos tratados de direitos humanos (ou seja, as que abrangem disposições sobre os direitos protegidos), mas também com relação às normas processuais, tais como a que se refere à cláusula de aceitação da competência contenciosa do Tribunal.⁴

43. No caso de que se trata, o Estado não estabeleceu limitações à competência temporal da Corte em sua declaração de reconhecimento da competência contenciosa. O Tribunal deve, por conseguinte, para determinar o alcance de sua própria competência (*compétence de la compétence*), levar em conta exclusivamente o princípio de irretroatividade disposto no artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.⁵

³ Cf. *Caso das meninas Yean e Bosico*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C, nº 130, par. 107; *Caso irmãs Serrano Cruz*. Exceções preliminares. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C, nº 118, par. 67; e *Caso Baena Ricardo e outros*. Competência. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C, nº 104, par. 128.

⁴ Cf. *Caso irmãs Serrano Cruz*. Exceções preliminares, nota 2 *supra*, par. 69; *Caso Baena Ricardo e outros*. Competência, nota 2 *supra*, par. 66; e *Caso Constantine e outros*. Exceções preliminares. Sentença de 1º de setembro de 2001. Série C, nº 82, par. 74.

⁵ O referido artigo estabelece que “[a] não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado, ou seja, estabelecida de outra forma, suas disposições não obrigam uma parte em relação a um ato ou fato anterior ou a uma situação que deixou de existir antes da entrada em vigor do tratado, em relação a essa parte”. Ver, no mesmo sentido, *Caso das meninas Yean e Bosico*, nota 2 *supra*, par. 130; *Caso da Comunidade Moiwana*. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C, nº 124, par. 38; e *Caso irmãs Serrano Cruz*. Exceções preliminares, nota 2 *supra*, par. 64.

44. A Corte já expressou que não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado demandado, que pudessem implicar responsabilidade internacional, sejam anteriores ao reconhecimento da competência do Tribunal.⁶ A Corte não pode, portanto, conhecer do fato da morte de Gilson Nogueira de Carvalho.

45. No entanto, o Tribunal é competente para examinar as ações e omissões relacionadas com violações contínuas ou permanentes, que têm início antes da data de reconhecimento da competência da Corte e persistem ainda depois dessa data, sem infringir o princípio de irretroatividade, e quando os fatos violatórios são posteriores à data de reconhecimento da sua competência.⁷

46. Por conseguinte, a Corte é competente para conhecer das alegadas violações aos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, a partir da data de reconhecimento da competência contenciosa por parte do Estado, e em consequência rechaça a presente exceção preliminar.

SEGUNDA EXCEÇÃO PRELIMINAR

Não esgotamento dos recursos da jurisdição interna do Estado

Alegações do Estado

47. O Estado alegou que:

- a) durante o trâmite de admissibilidade da denúncia, informou à Comissão que o processo penal que investigava os fatos se encontrava em tramitação, motivo por que a Comissão não deveria ter declarado o caso admissível;
- b) dois recursos encontram-se pendentes de decisão na jurisdição interna: o recurso especial e o extraordinário, interpostos pelos pais de Gilson Nogueira de Carvalho. Se esses recursos forem admitidos, poderá ocorrer um novo julgamento com possível superveniência de uma condenação penal. Por conseguinte, é “imprudente e prematuro o conhecimento do presente caso” pela Corte; e
- c) os representantes solicitaram perante a Corte o pagamento de uma indenização a favor dos pais e da suposta filha de Gilson Nogueira de Carvalho; no entanto, nunca recorreram às instâncias nacionais para fazer pedido semelhante.

⁶ Cf. *Caso das meninas Yean e Bosico*, nota 2 supra, par. 105; *Caso Caesar*. Sentença de 11 de março de 2005. Série C, nº 123, par. 10; e *Caso Irmãs Serrano Cruz*. Exceções preliminares, nota 2 supra, par. 66.

⁷ Cf. *Caso Vargas Areco*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 155, par. 63; *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 4 supra, par. 39; e *Caso irmãs Serrano Cruz*. Exceções preliminares, nota 2 supra, par. 65.

Alegações da Comissão

48. A Comissão alegou o seguinte:

- a) o Estado não indicou que a decisão da Comissão tenha se baseado em informações errôneas ou que fosse produto de um processo em que as partes vissem coibida sua igualdade de armas ou direito de defesa. O conteúdo das decisões de admissibilidade aprovadas pela Comissão de acordo com seu Regulamento e com a Convenção não deveriam ser matéria de novo exame substancial;
- b) transcorridos quase três anos desde o início da tramitação do caso, e ante o silêncio do Estado, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 61/00. Nesse relatório a Comissão considerou que ao não haver sido alegada a falta do esgotamento dos recursos internos, no único escrito remetido no decorrer da etapa de admissibilidade, podia presumir-se a renúncia tácita do Estado a essa defesa; e
- c) houve um atraso injustificado na condução do processo, primeiramente pela falta de investigação adequada que levou ao seu arquivamento e posteriormente pela falta de investigação e julgamento da maioria dos possíveis responsáveis, o que se enquadra na exceção disposta no artigo 46.2.1 da Convenção, segundo a qual o requisito do esgotamento está subordinado à existência de recursos internos efetivos, o que não se observa neste caso.

Alegações dos representantes

49. Os representantes manifestaram que a denúncia foi apresentada quando já se encontravam esgotados os recursos internos disponíveis para a investigação dos fatos, uma vez que, em 19 de junho de 1997, a investigação policial foi arquivada pelo juiz competente, acolhendo uma solicitação do Ministério Público que afirmava que não havia meios probatórios suficientes para formular uma acusação penal no caso. Esse arquivamento representou, naquele momento, o esgotamento dos recursos internos para a determinação das circunstâncias em que ocorreu o homicídio, motivo por que, seis meses depois, em 11 de dezembro de 1997, os representantes interuseram a denúncia contra o Estado perante a Comissão.

Considerações da Corte

50. O artigo 46.1, *a*, da Convenção dispõe que, para determinar a admissibilidade de uma petição ou comunicação apresentada perante a Comissão Interamericana, em conformidade com os artigos 44 ou 45 da Convenção, é necessário que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna.⁸

⁸ Cf. *Caso Acevedo Jaramillo e outros*. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C, nº 144, par. 122; *Caso*

51. A Corte já fixou critérios claros que devem ser atendidos no que se refere à interposição da exceção de falta de esgotamento dos recursos internos. Dos princípios do direito internacional geralmente reconhecidos, aos quais se refere a regra do esgotamento dos recursos internos, decorre, em primeiro lugar, que o Estado demandado pode renunciar de forma expressa ou tácita à invocação dessa norma. Em segundo lugar, a exceção de não esgotamento de recursos internos deve ser suscitada, para que seja oportuna, na etapa de admissibilidade do procedimento perante a Comissão, ou seja, antes de qualquer consideração quanto ao mérito; se não for assim, presume-se que o Estado renuncia tacitamente a dela se valer. Em terceiro lugar, a Corte salientou que a falta de esgotamento de recursos é uma questão de pura admissibilidade e que o Estado que a alega deve indicar os recursos internos que é preciso esgotar, bem como acreditar que esses recursos são adequados e efetivos.⁹

52. Em 29 de junho de 2000, o Estado, em sua única manifestação anteriormente à emissão do Relatório de Admissibilidade pela Comissão Interamericana, salientou que “o processo que visa[va] a solucionar a morte do advogado Gilson Nogueira de Carvalho encontra[va]-se em fase de pronúncia, o que equival[ia] ao reconhecimento por parte [do juiz competente] de que hav[ia] elementos de convicção quanto à existência do crime e indícios da autoria” (par. 8 *supra*). Isso significa que o Estado não invocou a exceção de não esgotamento dos recursos internos, conforme estabeleceu a Comissão no mencionado Relatório, na única resposta do Estado à denúncia interposta, já que suas outras três manifestações procuravam demonstrar o cumprimento das recomendações formuladas no Relatório de Mérito. À luz do anterior, a Comissão considerou que o silêncio do Estado constituiu uma renúncia tácita à invocação dessa exigência, o que a eximia de apresentar outras considerações sobre seu cumprimento e possibilitou a declaração de admissibilidade do caso.

53. A Corte observa que o Estado, de acordo com os critérios citados anteriormente, ao não indicar expressamente, durante o procedimento de admissibilidade perante a Comissão Interamericana, quais seriam os recursos idôneos e efetivos que deveriam ter sido esgotados, renunciou implicitamente a um meio de defesa que a Convenção Americana estabelece em seu favor e incorreu em admissão tácita da inexistência desses recursos ou do seu oportuno esgotamento.¹⁰ O Estado estava, por conseguinte, impedido de alegar o não esgotamento dos recursos especial e extraordinário no procedimento perante a Corte.

Ximenes Lopes. Exceção preliminar. Sentença de 30 de novembro de 2005. Série C, nº 139, par. 4; e *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 4 *supra*, par. 48.

⁹ Cf. *Caso García Asto e Ramírez Rojas*. Sentença de 25 de novembro de 2005. Série C, nº 137, par. 49; *Caso das meninas Yean e Bosico*, nota 2 *supra*, par. 61; e *Caso irmãs Serrano Cruz*. Exceções preliminares, nota 2 *supra*, par. 135.

¹⁰ Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154, par. 64; *Caso Ximenes Lopes*. Exceção preliminar, nota 7 *supra*, par. 5; e *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 8 *supra*, par. 49.

54. Em virtude do exposto, em consideração aos argumentos da Comissão Interamericana, e levando em conta a jurisprudência da Corte,¹¹ a segunda exceção preliminar interposta pelo Estado é desconsiderada.

VI PROVA

55. Com base no disposto nos artigos 44 e 45 do Regulamento, bem como na jurisprudência do Tribunal a respeito da prova e sua valoração,¹² a Corte procederá examinar e valorar as declarações testemunhais prestadas perante o Tribunal e os elementos probatórios documentais remetidos pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado em diversas oportunidades processuais ou como prova para melhor resolver solicitada por instruções do Presidente.¹³

A) PROVA DOCUMENTAL

56. Os representantes remeteram uma declaração testemunhal e um laudo pericial e o Estado remeteu duas declarações testemunhais, todos com firma autenticada por notário público, em resposta ao determinado pela Corte em sua Resolução de 30 de novembro de 2005 (par. 23 *supra*). Essas declarações e o laudo são resumidos a seguir.

1. Declaração proposta pelos representantes:

a) Plácido Medeiros de Souza, Delegado da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte.

Em 1993, Gilson Nogueira de Carvalho pediu-lhe ajuda em suas investigações sobre homicídios supostamente cometidos por um grupo de policiais civis, já que

¹¹ Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*, nota 9 *supra*, par. 65; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa*. Sentença de 29 de março de 2006. Série C, nº 146, par. 100 e 101; *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 7 *supra*, par. 126; *Caso Ximenes Lopes*. Exceção preliminar, nota 7 *supra*, par. 9; *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 8 *supra*, par. 50; *Caso das meninas Yean e Bosico*, nota 2 *supra*, par. 64 e 65; *Caso da Comunidade Indígena Yakyé Axa*. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C, nº 125, par. 91; *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 4 *supra*, par. 51; *Caso irmãs Serrano Cruz*. Exceções preliminares, nota 2 *supra*, par. 142; *Caso Tibi*. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C, nº 114, par. 52; *Caso Herrera Ulloa*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C, nº 107, par. 83; *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Exceções preliminares. Sentença de 1º de fevereiro de 2000. Série C, nº 66, par. 56 e 58; *Caso Durand e Ugarte*. Exceções preliminares. Sentença de 28 de maio de 1999. Série C, nº 50, par. 38 e 39; *Caso Castillo Petruzzi e outros*. Exceções preliminares. Sentença de 4 de setembro de 1998. Série C, nº 41, par. 56 e 57; *Caso Loayza Tamayo*. Exceções preliminares. Sentença de 31 de janeiro de 1996. Série C, nº 25, par. 43 e 45; e *Caso Castillo Páez*. Exceções preliminares. Sentença de 30 de janeiro de 1996. Série C, nº 4, par. 43 e 45.

¹² Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*, nota 9 *supra*, par. 67; *Caso Servellón García e outros*. Sentença de 21 de setembro de 2006. Série C, nº. 152, par. 33; e *Caso Ximenes Lopes*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, nº. 149, par. 42.

¹³ Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*, nota 9 *supra*, par. 68; *Caso Servellón García e outros*, nota 11 *supra*, par. 34; e *Caso Ximenes Lopes*, nota 11 *supra*, par. 43.

a testemunha, como delegado de polícia, tinha acesso a arquivos que continham informações sobre as vítimas desse suposto grupo. Iniciou algumas investigações e verificou que Gilson Nogueira de Carvalho estava certo, pois na maioria dos casos de homicídio por ele mencionados não tinham sido iniciadas investigações policiais. A partir de então, a testemunha passou a colaborar com o trabalho de Gilson Nogueira de Carvalho.

Mediante as investigações realizadas por Gilson Nogueira de Carvalho, o Ministério Público obteve informação para formalizar denúncias contra alguns policiais civis que pertenciam a um grupo que matava pessoas de classes sociais menos favorecidas e trabalhavam no escritório do então chefe de polícia e atual Subsecretário de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Rio Grande do Norte, Maurílio Pinto de Medeiros. Esse grupo de policiais, conhecido como “meninos de ouro”, era constituído por Jorge Luiz Fernandes, conhecido como “Jorge Abafador”, Admilson Fernandes, Ranulfo Alves e Maurílio Pinto de Medeiros Júnior, este último filho de Maurílio Pinto de Medeiros. Dessas pessoas, unicamente “Jorge Abafador” encontra-se detido.

Os membros do grupo “meninos de ouro” eram suspeitos da autoria do assassinato de Gilson Nogueira de Carvalho. Ao início das investigações não seguiram os indícios que apontavam para os autores da morte.

Duas ou três semanas após a morte de Gilson Nogueira de Carvalho, a testemunha, no exercício de sua função de delegado supervisor, visitou o Quartel do Comando do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio Grande do Norte (doravante denominado “Quartel de Bombeiros” ou “Quartel”), onde “Jorge Abafador” estava preso, mas não o encontrou. O livro de ocorrências diárias que lhe foi mostrado indicava que o detido havia saído do Quartel em 18 de outubro de 1996, dois dias antes da morte de Gilson Nogueira de Carvalho. Estavam também registradas outras saídas sem que houvesse ordem judicial que as autorizasse. As folhas de que constavam os registros de saída e regresso de “Jorge Abafador” do Quartel, antes e depois da morte de Gilson Nogueira de Carvalho, foram fotografadas, mas as seis fotos tiradas nunca foram juntadas aos autos do inquérito policial. Inteirou-se do desaparecimento das fotografias quando prestou declaração em juízo. A juíza encarregada do processo penal sobre a morte de Gilson Nogueira de Carvalho solicitou o envio do livro de ocorrências diárias para ser analisado, oportunidade em que, segundo a testemunha, mandaram outro livro com registros diferentes dos que ele havia visto anteriormente. Tampouco constavam dos autos do inquérito policial iniciado em 20 de outubro de 1996 os retratos falados feitos com base em informações de testemunhas oculares do homicídio.

As testemunhas da morte de Antônio Lopes, conhecido como Carla, que fez investigações particulares para elucidar as circunstâncias da morte de Gilson Nogueira de Carvalho, sofreram ameaças e não queriam prestar declarações à polícia. Os autores do homicídio de Antônio Lopes, bem como os de Gilson Nogueira de Carvalho, encontram-se na impunidade.

Em virtude da luta incessante que a testemunha empreendeu contra os crimes cometidos por policiais, foi perseguido em sua vida profissional por Maurílio Pinto de Medeiros, que exerce continuamente cargos de chefia na estrutura da Segurança Pública do Estado de Rio Grande do Norte, apesar de haver sido denunciado em dezenas de processos penais, em que nunca foi condenado. A testemunha continua a receber ameaças de morte.

2. Declarações propostas pelo Estado:

a) Augusto César Oliveira Serra Pinto, Delegado da Polícia Federal, Classe Especial, Superintendente Regional do Departamento de Polícia Federal do Estado do Piauí.

Em 20 de outubro de 1996, o Delegado Regional de Macaíba abriu inquérito policial para esclarecer as circunstâncias e os autores do homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho. Essa investigação foi assumida posteriormente pela Polícia Federal. Após exaustivas diligências e colheita de mais de oitenta declarações, o delegado de polícia responsável apresentou, em 9 de junho de 1997, relatório em que concluiu que durante o inquérito policial realizado não haviam sido encontrados elementos suficientes para denunciar pessoa alguma como autora da morte de Gilson Nogueira de Carvalho, motivo por que o inquérito foi arquivado.

Em 31 de agosto de 1998, o Promotor do Ministério Público de Macaíba solicitou o desarquivamento do mencionado inquérito policial, o qual foi reaberto por decisão judicial. Nesta oportunidade, o Ministério Público recebeu as declarações que haviam sido recolhidas por Antônio Lopes, conhecido como Carla, mas em sua maioria as informações prestadas pelas pessoas por ele entrevistadas não foram confirmadas.

Durante uma diligência judicial realizada na residência e no sítio do policial civil aposentado Otávio Ernesto Moreira, foi encontrada uma espingarda *Remington*. Essa espingarda foi examinada e comparada com o cartucho calibre 12 encontrado onde Gilson Nogueira de Carvalho foi assassinado. O laudo pericial confirmou que o cartucho disparado provinha da espingarda. Em virtude disso, solicitou a expedição de uma ordem de prisão preventiva de Otávio Ernesto Moreira, que foi interrogado e acusado pelo homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho.

b) Gerson de Souza Barbosa, advogado, designado pela Ordem dos Advogados do Brasil para participar do inquérito policial do homicídio do advogado Gilson Nogueira de Carvalho, na qualidade de observador.

Durante os vários anos da investigação sobre a morte de Gilson Nogueira de Carvalho, os policiais civis e militares do Estado do Rio Grande do Norte e federais, bem como os notários e peritos, buscaram a verdade de maneira incansável, com a finalidade de identificar os verdadeiros responsáveis e esclarecer as circunstâncias da morte de Gilson Nogueira de Carvalho.

Durante a investigação, no entanto, não houve colaboração nem interesse por parte dos membros de organizações de direitos humanos locais. Estas pessoas, em detrimento da verdade e das demais hipóteses do inquérito sobre a autoria da morte, queriam ver prevalecer a linha de investigação segundo a qual os integrantes do grupo de extermínio “meninos de ouro” eram os autores do homicídio. A população da cidade de Macaíba tampouco colaborou com a investigação, já que não ofereceu à polícia informações verdadeiras e imparciais.

3. Parecer proposto pelos representantes:

a) Luiz Flávio Gomes, especialista em direito penal e em direitos humanos.

O Estado foi negligente na investigação sobre a morte de Gilson Nogueira de Carvalho, já que não houve uma apuração séria e efetiva dos fatos. Entre as deficiências, constata-se que vários policiais civis que poderiam estar vinculados ao assassinato de Gilson Nogueira de Carvalho, em virtude da intensa atividade do advogado na defesa dos direitos humanos, não foram investigados com a seriedade necessária.

B) PROVA TESTEMUNHAL

57. Em 8 de fevereiro de 2006, a Corte recebeu em audiência pública as declarações das testemunhas propostas pela Comissão Interamericana e pelo Estado (par. 23 *supra*). A seguir, o Tribunal resume as partes relevantes dessas declarações.

1. Testemunhas propostas pela Comissão

a) Fernando Batista de Vasconcelos, Promotor de Justiça da Comarca de Macaíba na época do homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho e atualmente Promotor de Justiça de Defesa do Patrimônio Público da cidade de Natal.

Em 1993, Gilson Nogueira de Carvalho assinou denúncia contra a atuação de um suposto grupo de extermínio existente no Estado do Rio Grande do Norte ao qual atribuía a prática de aproximadamente trinta homicídios. O Promotor-Geral de Justiça instituiu então uma Comissão Especial de Promotores para investigar esses homicídios. Em decorrência de seu trabalho na Comissão Especial, a testemunha estabeleceu uma estreita relação com Gilson Nogueira de Carvalho.

Ao inteirar-se da morte do advogado, foi a Macaíba, onde participou dos primeiros momentos da investigação. Alguns dias depois do homicídio, no entanto, solicitou ao Promotor-Geral de Justiça que fosse retirado do caso porque temia por sua segurança, uma vez que membros da referida Comissão Especial haviam recebido ameaças e porque havia sido um dos promotores que havia assinado as denúncias contra o suposto grupo de extermínio. Entendia, ademais, que a origem do homicídio estaria relacionada com pessoas ligadas à polícia e, possivelmente, a grupos políticos da cidade de Macaíba.

A Comissão Especial de Promotores conseguiu desmascarar e levar a julgamento algumas pessoas por crimes relacionados a este grupo, tais como Jorge Luiz Fernandes, conhecido como “Jorge Abafador”, condenado em dois processos, cuja somatória das penas é de aproximadamente sessenta anos.

Gilson Nogueira de Carvalho havia participado do processo eleitoral de Macaíba, o que também poderia ter relação com sua morte, já que o homicídio ocorreu entre quinze e vinte dias depois da eleição municipal. Foram considerados outros possíveis motivos para a morte, como o tráfico de drogas e a compra de animais, os quais, no entanto, não foram incluídos no processo como fatos concretos.

Em 1998, quando a testemunha já trabalhava na Promotoria de Defesa dos Direitos Humanos de Natal, foi procurado por Antônio Lopes, conhecido como Carla, que dizia ter feito uma investigação particular sobre a morte de Gilson Nogueira de Carvalho e lhe entregou uma série de cassetes em que constavam declarações de algumas pessoas. A testemunha prontamente entregou os referidos cassetes ao Promotor de Macaíba, Henrique César Cavalcanti, que solicitou a reabertura do processo ante a nova informação. Posteriormente, Antônio Lopes foi assassinado e a testemunha considera que sua morte esteve relacionada com sua tentativa de esclarecer o homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho.

A Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte iniciou a investigação e, a partir do quinto ou sexto dia, a Polícia Federal assumiu o caso. O comando e o controle do inquérito eram da polícia, mas o Ministério Público participou todo o tempo das investigações, que foram acompanhadas por membros da Ordem dos Advogados do Brasil, na qualidade de observadores.

Dos autos do inquérito consta um relatório do setor de inteligência da Polícia Federal do Estado de Pernambuco, segundo o qual o homicídio havia sido cometido por policiais, mas não apresenta elementos de prova.

Os grupos de extermínio são uma constante em seu país e realizam o que se denomina “limpeza social”, atuando como juízes e promotores e investigando, executando e julgando pessoas que tenham algum antecedente criminal.

2. Testemunhas propostas pelo Estado

a) Gilson José Ribeiro Campos, Diretor da Divisão de Direitos Humanos da Polícia Federal na época do homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho e atualmente Delegado Especial da Polícia Federal.

O Governador do Estado do Rio Grande do Norte solicitou ao Ministro da Justiça que designasse uma autoridade federal para investigar o caso. Na investigação que se iniciou em 20 de outubro de 1996, apesar do grande número de policiais que dela participaram e dos esforços por eles empreendidos, não se conseguiu reunir provas suficientes para identificar o autor do homicídio, motivo por que o

inquérito foi arquivado. Outros órgãos do Estado acompanharam a investigação como observadores ou dela participaram de maneira ativa. A autoridade policial, o Ministério Público ou a autoridade judicial poderiam solicitar a reabertura do inquérito, na hipótese do surgimento de novos fatos que, de forma contundente, possam levar ao esclarecimento do caso.

b) Henrique César Cavalcanti, Promotor do Ministério Público na época do homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho.

Solicitou a reabertura do inquérito do assassinato de Gilson Nogueira de Carvalho por entender que o caso devia ser melhor investigado com base nos elementos introduzidos por Antônio Lopes, conhecido como Carla, que lhe foram apresentados por Fernando Batista Vasconcelos, então Promotor de Direitos Humanos de Natal. As informações que Antônio Lopes dizia ter, no entanto, não foram confirmadas depois de ouvidas as pessoas por ele referidas.

Posteriormente, em 15 de novembro de 1998, no âmbito de outra investigação, a Polícia Federal realizou diligência na granja de Otávio Ernesto Moreira, policial civil aposentado, na qual foram apreendidas diversas armas de fogo, entre as quais uma espingarda *Remington*, calibre 12. Por meio de comparação balística realizada em laboratório, estabeleceu-se a compatibilidade de um cartucho que havia sido recolhido no dia da morte de Gilson Nogueira de Carvalho com a referida espingarda, o que constituía um elemento concreto para fundamentar a interposição de denúncia contra Otávio Ernesto Moreira.

O inquérito policial foi dirigido pela Polícia Federal e acompanhado por uma comissão constituída por três Promotores de Justiça. Também intervieram representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, na qualidade de observadores. Todas as decisões do processo judicial foram devidamente fundamentadas e contaram com parecer do Ministério Público. Não houve nulidade processual ou violação do devido processo legal em nenhum momento. O desaforamento do julgamento de Otávio Ernesto Moreira da cidade de Macaíba para a cidade de Natal se deveu à existência de uma forte e fundada dúvida relacionada com a imparcialidade do júri. Essa dúvida decorre do fato de que no ano em que o processo de Gilson Nogueira de Carvalho seria submetido ao Tribunal do Júri, tendo como imputado Otávio Ernesto Moreira, assumiu o cargo de vice-prefeito de Macaíba Francisco Gilberto Nogueira de Carvalho, irmão de Gilson Nogueira de Carvalho. Havia a possibilidade de que a garantia constitucional de um julgamento imparcial de Otávio Ernesto Moreira fosse violada. Ademais, Gilson Nogueira de Carvalho e sua família eram muito conhecidos na cidade, ao passo que Otávio Ernesto Moreira era um estranho em Macaíba. O desaforamento do julgamento do júri pode ocorrer em virtude de três situações, a saber: quando o desaforamento seja de interesse público, e quando haja dúvidas tanto a respeito da imparcialidade do jurado, quanto a respeito da segurança pessoal do réu.

O Ministério Público defendeu a tese de que havia elementos para que Otávio Ernesto Moreira fosse condenado, mas também havia a possibilidade de que o acusado fosse inocente.

Quanto às perguntas submetidas ao júri que conheceria do caso para determinar a culpabilidade ou não do imputado Otávio Ernesto Moreira, a testemunha se referiu à primeira pergunta que questionava se Moreira teria efetuado os disparos contra Gilson Nogueira de Carvalho causando-lhe as lesões descritas no laudo de exame cadavérico. A esse respeito, salientou que essa pergunta não poderia ter sido elaborada de outro modo, porque não se poderia desvincular os disparos supostamente efetuados pelo acusado da morte da vítima, ou seja, a pergunta não poderia cotejar a possibilidade de que o autor havia disparado e falhado ao não acertar seu alvo. A pergunta formulada é coerente com a teoria da autoria do delito. O júri, por maioria de cinco contra dois, decidiu que não se podia assegurar a autoria que levaria a uma condenação. O recurso interposto pelo Ministério Público perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte contra a decisão do júri não solicitava que se sanasse nulidade alguma, referindo-se ao mérito do julgamento.

A testemunha também fez referência à declaração de Angélica da Silva Campelino, prestada num processo judicial distinto dos processos seguidos pela morte de Antônio Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho, no qual mencionou uma terceira pessoa que teria ouvido informações sobre a morte deste último. Levando em consideração essa informação, a testemunha mencionou que teria sido necessário que essa terceira pessoa fosse ouvida e oferecesse elementos probatórios mais concretos. A testemunha indicou, ainda, que James Cavallaro e John Maier entregaram à Polícia Federal uma fita, que foi incorporada aos autos da investigação, na qual eram mencionados três policiais que possivelmente atuavam com Otávio Ernesto Moreira no suposto grupo de extermínio, os quais também foram investigados e inquiridos.

Por outro lado, a testemunha manifestou que seria necessário outro elemento que pudesse vincular Lumar Pinto, Palmério e Gilson Ramos, policiais mencionados por Otávio Ernesto Moreira em sua declaração, a quem este emprestava sua espingarda, ao caso Gilson Nogueira de Carvalho, porque Otávio Ernesto Moreira negou que sua arma fosse a utilizada no crime e que neste dia essa arma estivesse fora de seu alcance. Ademais, os nomes desses policiais não correspondiam aos mencionados como integrantes do grupo de extermínio “meninos de ouro”, motivo por que a declaração de Otávio Ernesto Moreira não tinha utilidade probatória. A testemunha esclareceu que o inquérito policial indagava única e exclusivamente sobre a morte de Gilson Nogueira de Carvalho, de modo que investigações relacionadas com mortes eventualmente executadas pelo grupo “meninos de ouro” se afastavam do seu objetivo.

C) VALORAÇÃO DA PROVA

Valoração da prova documental

58. A Corte admite neste caso, como em outros,¹⁴ 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 questionada.

59. 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 e pelo Estado no decorrer da audiência pública realizada em 8 de fevereiro de 2006, documentos que conheceram todas as partes presentes à referida audiência, bem como os documentos anexados pelos representantes a suas alegações finais escritas (par. 31 e 32 *supra*).

60. Em aplicação do disposto no artigo 45.1 do Regulamento, a Corte incorpora ao acervo probatório os documentos apresentados pelos representantes e pelo Estado como parte da prova para melhor resolver requerida (par. 33 e 34 *supra*).

61. A Corte também acrescenta outros documentos ao acervo probatório, em aplicação do disposto no artigo 45.1 do Regulamento, por considerá-los úteis para a solução deste caso.¹⁵

¹⁴ Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*, nota 9 *supra*, par. 74; *Caso Goiburú e outros*. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C, nº 153, par. 57; e *Caso Servellón García e outros*, nota 11 *supra*, par. 38.

¹⁵ A saber: Organização das Nações Unidas, Princípios básicos sobre a função dos advogados, aprovado no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, UN Doc. Nº A/CONF.144/28/REV.1, 7 de setembro de 1990; Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124, 7 de março de 2006; Organização dos Estados Americanos, Defensores de direitos humanos: Apoio às tarefas realizadas pelas pessoas, grupos e organizações da sociedade civil para a promoção e proteção dos direitos humanos nas Américas, AG/RES. 1920 (XXXIII-O/03), 10 de junho de 2003; Organização dos Estados Americanos, Defensores de direitos humanos nas Américas: Apoio às tarefas realizadas por pessoas, grupos e organizações da sociedade civil para a promoção e proteção dos direitos humanos nas Américas, AG/RES. 1842 (XXXII-O/02), 4 de junho de 2002; Organização dos Estados Americanos, Defensores de direitos humanos nas Américas: Apoio às tarefas realizadas por pessoas, grupos e organizações da sociedade civil para a promoção e proteção dos direitos humanos nas Américas, AG/RES. 1711 (XXX-O/00), 5 de junho de 2000; *Param Kumaraswamy, Report of the Special Rapporteur on the independence of judges, Question of the Human Rights of all Persons Subjected to any form of Detention or Imprisonment*, UN Doc. Nº E/CN.4/1997/32, 18 de fevereiro de 1997; Organização das Nações Unidas, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Defensores dos direitos humanos, Resolução da Comissão de Direitos Humanos, 2003/64, 24 de abril de 2003; Organização das Nações Unidas, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Defensores dos direitos humanos, Resolução da Comissão de Direitos Humanos, 2002/70, 25 de abril de 2002; Organização das Nações Unidas, *Declaration on the right and responsibility of individuals, groups and organs of society to promote and protect universally recognized human rights and fundamental freedoms*, Declaração da Assembleia Geral, UN Doc. Nº A/RES/53/144, 8 de março de 1999; e Conselho da União Europeia, Projeto de conclusões do Conselho sobre as diretrizes da UE sobre defensores de direitos humanos, 100056/1/04 REV 1, 9 de junho de 2004.

62. Com relação à declaração testemunhal prestada por Plácido Medeiros de Souza ante a Promotoria de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania de Natal com firma autenticada por notário público (par. 56.1.a *supra*) e as declarações testemunhais com firmas autenticadas por notário público prestadas por Augusto César Oliveira Serra e Gerson de Souza Barbosa (par. 56.2.a e 56.2.b *supra*), este Tribunal as admite enquanto estejam de acordo com o objeto descrito na Resolução de 30 de novembro de 2005 (par. 23 *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 e pelos representantes com relação às declarações prestadas por Augusto César Oliveira Serra e Gerson de Souza Barbosa (par. 28 e 29 *supra*).

63. Relativamente à declaração prestada por Tálita de Borba Maranhão e Silva, levando em consideração o que foi observado pela Comissão e pelos representantes, bem como a Resolução da Corte de 30 de novembro de 2005, esta Corte não admite como parte do acervo probatório do caso a declaração apresentada pelo Estado (par. 23, 27, 28 e 29 *supra*).

64. Com relação ao parecer apresentado por Luiz Flávio Gomes (par. 56.3.a *supra*), que foi assinado também por Alice Bianchini, esta Corte observa que o perito esclareceu que esta senhora apenas “colaborou com a pesquisa e levantamento de informações para a perícia” e que ele “f[oi] o responsável pela apreciação dos fatos, e portanto[,] pelo escrito e por todas as ideias nele contidas”. Com fundamento no anteriormente exposto, o Tribunal o admite como parecer apresentado por Luiz Flávio Gomes, enquanto esteja de acordo com o objeto descrito na Resolução de 30 de novembro de 2005 (par. 23 *supra*), e o aprecia no conjunto do acervo probatório, aplicando as normas da crítica *sã*.

65. Sobre os documentos de imprensa apresentados pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado, 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.¹⁶

Valoração da Prova Testemunhal

66. O Tribunal admite os testemunhos dos senhores Fernando Batista de Vasconcelos (par. 57.1.a *supra*), Gilson José Ribeiro Campo (par. 57.2.a *supra*) e Henrique César Cavalcanti, (par. 57.2.b *supra*), por estimar que sejam úteis para resolver o presente caso e os incorpora ao acervo probatório aplicando as normas da crítica *sã*.

¹⁶ Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*, nota 9 *supra*, par. 81; *Caso Servellón García e outros*, nota 11 *supra*, par. 50; e *Caso Ximenes Lopes*, nota 11 *supra*, par. 55.

VII FATOS PROVADOS

67. Com fundamento nas provas aportadas e considerando as manifestações das partes, a Corte considera provados os fatos a seguir detalhados, que estão divididos em duas partes. A primeira refere-se aos fatos anteriores ao reconhecimento da competência contenciosa da Corte pelo Estado, motivo pelo qual o Tribunal os considerará apenas como antecedentes ao caso e não determinará consequência jurídica alguma com base neles. A segunda parte contém aqueles fatos ocorridos a partir da data do referido reconhecimento da competência.

Antecedentes

A) O trabalho de Gilson Nogueira de Carvalho como defensor de direitos humanos, sua morte, a abertura em 1996 e o arquivamento em 1997 do inquérito policial sobre sua morte, e a reabertura em 1998 do referido inquérito policial.

67.1. Gilson Nogueira de Carvalho nasceu em 27 de junho de 1964 na cidade de Macaíba, Estado do Rio Grande do Norte. Seus pais são Jaurídice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho. Sua filha é Luana Gabriela Albuquerque Nogueira de Carvalho.¹⁷

67.2. Gilson Nogueira de Carvalho era um advogado ativista de direitos humanos que trabalhava para a organização não governamental Centro de Direitos Humanos e Memória Popular, filiada ao Movimento Nacional de Direitos Humanos. O advogado dedicou parte de seu trabalho profissional à denúncia da atuação de um suposto grupo de extermínio existente no Estado do Rio Grande do Norte, os “meninos de ouro”.¹⁸ Em consequência das denúncias apresentadas por, entre outras

¹⁷ Cf. laudo de exame cadavérico de Gilson Nogueira de Carvalho, realizado pelo Instituto Técnico-Científico de Polícia em 20 de outubro de 1996 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 1, fls. 2925 e 2926); e certidão de nascimento de Luana Gabriela Albuquerque Nogueira de Carvalho emitida pelo Registro Civil das Pessoas Naturais do Estado do Rio Grande do Norte em 21 de dezembro de 1992 (expediente de prova para melhor resolver apresentada pelos representantes, fl 7743).

¹⁸ No Estado do Rio Grande do Norte houve numerosas denúncias que envolvem funcionários e agentes de polícia do gabinete de Maurílio Pinto de Medeiros, Subsecretário de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Norte. Entre estes funcionários estão Jorge Luiz Fernandes, conhecido como “Jorge Abafador”; Ranulfo Alves de Melo Filho; Admilson Fernandes de Melo; Lumar Pinto, José Nunes da Silva; Luiz Pedro de Souza; Francisco Gomes de Souza; Gilvan e Maurílio Pinto de Medeiros Júnior. As denúncias contra essas pessoas relacionam-se à comissão de homicídios, torturas e sequestros, bem como a atentados a pessoas que denunciaram suas práticas. Os policiais civis e integrantes da Secretaria de Segurança Pública que trabalham subordinados diretamente a Maurílio Pinto de Medeiros supostamente formavam um grupo de extermínio conhecido como “meninos de ouro”. Cf. Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito, CPI do extermínio no Nordeste, de 22 de novembro de 2005 (expediente de prova para melhor resolver, fls. 6832 a 6851 e 7267 a 7301); depoimento prestado por Fernando Batista de Vasconcelos na audiência pública realizada em 8 de fevereiro de 2006 perante a Corte; Relatório da Comissão Especial de Promotores do Ministério Público, instituída para investigar as denúncias contra policiais civis e funcionários da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Norte, de 26 de outubro de 1995 (expediente de anexos à demanda, anexo 7, folhas 16 a 21); ofício do Conselheiro Suplente do Conselho de Direitos da Pessoa Humana, Percílio de Souza Lima Neto,

peçoas, Gilson Nogueira de Carvalho, diversos integrantes da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte começaram a ser investigados por crimes como homicídios, sequestros e torturas.¹⁹ Em virtude de sua atividade profissional e das denúncias por ele formuladas, Gilson Nogueira de Carvalho foi objeto de numerosas ameaças de morte. Por esse motivo, em 1995, o Ministério da Justiça do Brasil outorgou-lhe proteção policial, a qual foi suspensa em 4 de junho de 1996.²⁰

67.3. Em 19 de outubro de 1996, Gilson Nogueira de Carvalho assistiu a uma festa pública chamada “Festa do Boi” e, enquanto se encontrava em companhia de amigos e da jovem MdS*, recebeu uma ameaça mediante uma chamada telefônica.²¹

67.4. Em 20 de outubro de 1996, aproximadamente às 12h, quando se dirigia a sua chácara acompanhado da jovem MdS, foi seguido por um automóvel modelo Gol, cor vermelha, sem placa, ocupado por três homens que tinham os rostos descobertos. Enquanto Gilson Nogueira de Carvalho se encontrava em frente ao portão de sua chácara, o veículo Gol se posicionou diante de seu automóvel. Os ocupantes de ambos os veículos se olharam por alguns instantes. Em seguida, o homem que ocupava o assento do acompanhante do veículo Gol apontou pela janela uma arma tipo espingarda e disparou uma vez, ao que Gilson Nogueira de Carvalho reagiu dando marcha a ré com seu carro numa tentativa frustrada de fuga. O disparo seguinte atingiu Gilson Nogueira de Carvalho na cabeça. Seguiram-se vários disparos e o veículo Gol imediatamente tomou o rumo de onde tinha vindo.²²

67.5. Gilson Nogueira de Carvalho morreu em consequência de hemorragia intracraniana decorrente de feridas penetrantes provocadas por projéteis de arma

de 21 de outubro de 1996 (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, folhas 780 e 781); Relatório do Departamento Regional da Polícia Federal do Estado de Pernambuco (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, volume 3, folhas 3610 a 3612); e *Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges*, de 18 de fevereiro de 1997, nota 14 *supra*, par. 88 e 89.

¹⁹ Cf. Relatório da Comissão Especial de Promotores, nota 17 *supra*; escrito de Gilson Nogueira de Carvalho apresentado ao Juiz de Direito da Primeira Vara Criminal de Natal, num processo criminal contra Jorge Luiz Fernandes, conhecido como “Jorge Abafador”, em 20 de março de 1996 (expediente de anexos à demanda, anexo 8, fls. 22 e 23); ofício nº 091 do membro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, Álvaro Augusto Ribeiro Costa, dirigido ao Ministro de Estado da Justiça, Nelson Jobim, em 16 de agosto de 1995 (expediente de anexos à demanda, anexo 11, fl. 29); Movimento Nacional de Direitos Humanos, Regional Nordeste, *Coleção Oxente* (expediente de anexos à demanda, anexo 9, fl. 24); e depoimento de Fernando Batista de Vasconcelos, nota 17 *supra*.

²⁰ Cf. ofício nº 091 do membro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, de 16 de agosto de 2005, nota 18 *supra*; e ofício nº 811/96-CRP/SR/DPF/RN, do delegado da Polícia Federal, Hider Antunes Silva, de 3 de junho de 1996 (expediente de anexos à demanda, anexo 10, fl. 28).

* A pedido da Comissão Interamericana, utilizam-se as iniciais do nome da jovem, porque no momento dos fatos era menor de idade.

²¹ Cf. declaração de MdS prestada perante a Polícia Federal em 26 de outubro de 1996 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 1, folhas 2813 a 2818); e declaração de Juney Pinheiro Lucas prestada perante a Polícia Federal em 31 de outubro de 1996 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v.1, fls. 2855 a 2860).

²² Cf. declaração de MdS, de 26 de outubro de 1996, nota 20 *supra*; declaração de Maurício Pereira de Medeiros prestada perante a Polícia Federal em 23 de outubro de 1996 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 1, fls. 2786 e 2787); relatório do inquérito policial nº 296/96-SR/DPF/RN, emitido pelo delegado da Polícia Federal, Gilson José Ribeiro Campos, em 9 de junho de 1997 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 4, fls. 3734 a 3770); e declaração de Juney Pinheiro Lucas, de 31 de outubro de 1996, nota 20 *supra*.

de fogo. O veículo conduzido por Gilson Nogueira de Carvalho foi alvejado por no mínimo 18 disparos de arma de fogo. A morte de Gilson Nogueira de Carvalho foi produzida por pelo menos três autores materiais, sendo provável a existência de autores intelectuais.²³

67.6. O veículo utilizado na emboscada pelos autores do homicídio foi posteriormente queimado. O veículo apresentava uma perfuração de dentro para fora, provocada por disparo de arma de fogo, que atingiu o teto do automóvel do lado direito, na parte superior ao assento do acompanhante.²⁴

67.7. Em 20 de outubro de 1996, a Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte determinou a abertura do inquérito policial para esclarecer a morte de Gilson Nogueira de Carvalho. Em 25 de outubro de 1996, o referido inquérito foi transferido para a Polícia Federal, em virtude de, em 21 de outubro de 1996, ter o Governador do Estado do Rio Grande do Norte solicitado ao Ministro da Justiça que o inquérito da morte de Gilson Nogueira de Carvalho fosse conduzido por autoridade policial externa à administração pública do Rio Grande do Norte. Isso porque, entre outros motivos, Gilson Nogueira de Carvalho havia feito acusações públicas de que existiria no âmbito da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte um grupo de extermínio de que poderiam fazer parte membros da cúpula da instituição.²⁵

67.8. Em 25 de outubro de 1996, a Polícia Federal instaurou o inquérito policial nº 296/96-SR/DPF/RN “com o objetivo de apurar as circunstâncias e autoria do homicídio perpetrado contra o [a]dvogado [...] Gilson Nogueira de Carvalho”. Em 26 de outubro de 1996, em uma das primeiras declarações que tomou, a Polícia Federal mostrou a MdS uma fotografia do policial civil Ranulfo, de Maurílio Pinto de Medeiros e do policial civil conhecido como “Jorge Abafador”. A referida jovem mostrou não reconhecer nenhuma dessas pessoas como as que efetuaram os disparos contra Gilson Nogueira de Carvalho. Em 28 de outubro de 1996, a Polícia

²³ Cf. laudo de exame cadavérico de Gilson Nogueira de Carvalho, nota 16 *supra*; laudo de exame em local de morte violenta realizado pelo Instituto Técnico-Científico de Polícia em 20 de outubro de 1996 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, volume 1, folhas 2894 a 2915); declaração de MdS, de 26 de outubro de 1996, nota 20 *supra*; laudo de exame em projéteis de arma de fogo realizado pelo Instituto Técnico-Científico de Polícia em 30 de outubro de 1996 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 1, fls. 2928 a 2952); relatório do inquérito policial nº 296/96-SR/DPF/RN, de 9 de junho de 1997, nota 21 *supra*; declaração de Maurílio Pinto de Medeiros prestada perante a Polícia Federal em 20 de maio de 1997 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 3, fls. 3587 a 3591); depoimento prestado por Fernando Batista de Vasconcelos, nota 17 *supra*; laudo pericial de Luiz Flávio Gomes rendido com firma autenticada por notário público em 11 de janeiro de 2006 (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, folhas 489 a 538); e denúncia penal apresentada pelo Ministério Público contra Otávio Ernesto Moreira em 25 de janeiro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 1, fls. 2741 a 2746).

²⁴ Cf. laudo de exame em veículo automotor realizado pelo Instituto Técnico-Científico de Polícia em 20 de outubro de 1996 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 1, fls. 2916 e 2917).

²⁵ Cf. auto do delegado da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte, Luciano Queiroz de Araújo, de 20 de outubro de 1996 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 1, fl. 2763); auto do delegado da Polícia Federal, Gilson José Ribeiro Campos, de 28 de outubro de 1996 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 1, folhas 2819 a 2821); e ofício nº 480/96-GAB, do Governador do Estado do Rio Grande do Norte, dirigido ao Ministro de Estado da Justiça em 21 de outubro de 1996 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 1, fls. 2750 e 2751).

Federal solicitou cópia do livro de ocorrências diárias do Quartel de Bombeiros, onde se encontrava preso “Jorge Abafador”, referente ao período de 18 a 21 de outubro de 1996, e informação do juiz competente sobre se havia autorizado a saída da referida pessoa.²⁶

67.9. A Polícia Federal tomou os depoimentos dos seguintes integrantes da Secretaria de Segurança Pública: em 8 de novembro de 1996, de Maurílio Pinto de Medeiros Júnior; em 29 de abril de 1997, de “Jorge Abafador”; em 15 de maio de 1997, de Admilson Fernandes de Melo; e em 20 de maio de 1997, de Maurílio Pinto de Medeiros²⁷.

67.10. No curso da investigação suscitaram-se seis diferentes hipóteses, que foram consideradas para determinar os supostos responsáveis pela morte de Gilson Nogueira de Carvalho, a saber:

- a) policiais civis da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Norte, já que, em virtude de seu trabalho como defensor de direitos humanos, Gilson Nogueira de Carvalho denunciou diversos membros da Polícia Civil e era o defensor dos familiares das supostas vítimas de crimes cometidos pelos policiais;
- b) familiares ou companheiros de trabalho do falecido policial militar Júlio Lima, em virtude da relação do irmão de Gilson Nogueira de Carvalho com a morte do policial militar. Gilmar Francisco Nogueira de Carvalho, irmão do advogado, foi absolvido da acusação pelo homicídio de Júlio Lima;
- c) autoridades políticas da cidade de Macaíba, uma vez que o homicídio ocorreu em data próxima das eleições municipais e que Gilson Nogueira de Carvalho havia impugnado as candidaturas de algumas pessoas e havia estado envolvido no processo eleitoral;
- d) compradores de gado, cujos interesses poderiam ter sido contrariados em causas judiciais defendidas por Gilson Nogueira de Carvalho;
- e) assaltantes da Empresa Nordeste; e
- f) assaltantes de carros, porque um automóvel roubado foi utilizado no homicídio.²⁸

²⁶ Cf. auto do delegado da Polícia Federal, Gilson José Ribeiro Campos, de 25 de outubro de 1996 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 1, fl. 2748); declaração de MdS, de 26 de outubro de 1996, nota 20 *supra*; e auto do delegado da Polícia Federal, de 28 de outubro de 1996, nota 24 *supra*.

²⁷ Cf. declaração de Maurílio Pinto de Medeiros Júnior prestada perante a Polícia Federal em 8 de novembro de 1996 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 2, fls. 3093 a 3096); declaração de Admilson Fernandes de Melo prestada perante a Polícia Federal em 15 de maio de 1997 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 3, fls. 3578 a 3582); declaração de Maurílio Pinto de Medeiros de 20 de maio de 1997, nota 22 *supra*; e declaração de Jorge Luiz Fernandes, conhecido como “Jorge Abafador”, prestada perante a Polícia Federal em 29 de abril de 1997 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 3, fls. 3550 a 3555).

²⁸ Cf. auto do delegado da Polícia Federal, Gilson José Ribeiro Campos, de 20 de dezembro de 1996

67.11. Em 22 de novembro de 1996, o delegado de polícia encarregado da investigação solicitou uma extensão do prazo para sua conclusão, em virtude “do grau de dificuldade do caso”. O pedido foi acolhido pela juíza da Primeira Vara da Comarca de Macaíba, que concedeu um prazo de 30 dias para que fossem realizadas as últimas diligências. Em 14 de janeiro e 25 de março de 1997, novas prorrogações de 60 dias foram concedidas.²⁹

67.12. Em 9 de junho de 1997, o delegado da Polícia Federal apresentou um relatório sobre o inquérito da morte de Gilson Nogueira de Carvalho e salientou que “inexist[iam] nos [autos] instrumentos idôneos que possibilita[sssem] a definição de autoria”, motivo por que dava por concluídos os trabalhos e sugeria o arquivamento do inquérito. Nesse mesmo dia, com base no referido relatório, o Ministério Público concluiu que, não obstante as dezenas de diligências realizadas no âmbito da investigação, bem como o trabalho e a dedicação investidos na busca dos responsáveis pela morte de Gilson Nogueira de Carvalho, não havia fundamentos para denunciar pessoa alguma pela prática do crime. Em 19 de junho de 1997, com vistas ao declarado pelo Ministério Público e por entender que se haviam esgotado “todas as fórmulas legais e possíveis para o desvende (sic) do crime, sem que se tenha chegado [a] uma conclusão lógica acerca da identidade do autor ou de possíveis autores”, a juíza da Primeira Vara da Comarca de Macaíba acolheu o pedido de arquivamento do inquérito, ressaltando a possibilidade de que fosse reaberto, caso surgissem outros fatos que justificassem sua reabertura.³⁰

67.13. Posteriormente ao arquivamento do inquérito, Antônio Lopes, conhecido como Carla e amigo de Gilson Nogueira de Carvalho, realizou investigações sobre o homicídio em caráter particular e enviou as conclusões à Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos da Comarca de Natal. Em 3 de agosto de 1998, a referida Promotoria informou ao representante do Ministério Público de Macaíba que entendia que, em virtude das informações recolhidas por Antônio Lopes e por ela própria, verificava-se a existência de contradições entre

(expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 3, fls. 3404 a 3408); relatório do inquérito policial nº 296/96-SR/DPF/RN, de 9 de junho de 1997, nota 21 *supra*; Movimento Nacional de Direitos Humanos, Regional Nordeste, *Coleção Oxente*, nota 18 *supra*; sentença de absolvição emitida pela juíza presidente do Tribunal do Júri, Tálita de Borba Maranhão e Silva, em 17 de junho de 1997 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 13, fl. 5961); e depoimentos de Gilson José Ribeiro Campos e Fernando Batista de Vasconcelos, prestados na audiência pública realizada em 8 de fevereiro de 2006 perante a Corte.

²⁹ Cf. auto do delegado da Polícia Federal, Gilson José Ribeiro Campos, de 22 de novembro de 1996 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 2, fl. 3161); e autos da juíza da 1ª Vara da Comarca de Macaíba, Tálita de Borba Maranhão e Silva, de 26 de novembro de 1996, 14 de janeiro e 25 de março de 1997 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 2, fls. 3163, 3412 e 3517, respectivamente).

³⁰ Cf. relatório do inquérito policial nº 296/96-SR/DPF/RN, de 9 de junho de 1997, nota 21 *supra*; documento do promotor do Ministério Público, José Augusto Perez Filho, de 9 de junho de 1997 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 4, fls. 3773 e 3774); e auto da juíza da 1ª Vara da Comarca de Macaíba, de 19 de junho de 1997 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 4, fls. 3775 e 3776).

alguns depoimentos prestados e elementos que não haviam sido devidamente esclarecidos, o que justificava a realização de novas investigações no caso.³¹

67.14. Em 31 de agosto de 1998, o Promotor do Ministério Público de Macaíba solicitou que o inquérito policial sobre a morte de Gilson Nogueira de Carvalho fosse desarquivado, porquanto “os elementos [que haviam sido levados] ao conhecimento do [Ministério Público eram] deveras importantes” e “exig[iam] investigação apurada e [ofereciam] um direcionamento [segundo o qual a] autoria intelectual do crime recair[ia] nos políticos de Macaíba”.³²

67.15. Em 24 de setembro de 1998, a juíza da Primeira Vara da Comarca de Macaíba acolheu o pedido do Ministério Público e determinou que o inquérito policial nº 296/96 sobre a morte de Gilson Nogueira de Carvalho fosse desarquivado e reaberto.³³

67.16. Em 15 de novembro de 1998, uma delegação de policiais federais, em uma investigação distinta à da morte de Gilson Nogueira de Carvalho, executou uma ordem de busca e apreensão expedida por um juiz federal com a finalidade de verificar a existência de um cemitério clandestino na granja do ex-policial Otávio Ernesto Moreira. Nessa diligência a Polícia Federal apreendeu na casa do ex-policial duas metralhadoras calibre 9 mm, modelo M-953, e uma espingarda calibre 38, que eram de propriedade e uso da Secretaria de Segurança Pública e que, segundo Otávio Ernesto Moreira, não haviam sido devolvidas a essa instituição pública quando se aposentou por negligência sua. Também foram encontradas na granja do referido senhor uma pistola calibre 380, marca *Glock*, e uma espingarda calibre 12, marca *Remington*. Nessa oportunidade, Otávio Ernesto Moreira foi detido preventivamente.³⁴

67.17. Otávio Ernesto Moreira é um policial civil aposentado que trabalhou por um longo período, inclusive na época da morte de Gilson Nogueira de Carvalho, na Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Norte, diretamente sob as ordens do Subsecretário de Segurança Pública, Maurílio Pinto de Medeiros, e no âmbito dessa instituição emprestava sua espingarda a companheiros de trabalho.³⁵

³¹ Cf. ofício nº 121/97–PJDDH do promotor de justiça de Defesa dos Direitos Humanos da Comarca de Natal, Fernando Batista de Vasconcelos, dirigido ao promotor de justiça da Comarca de Macaíba, Henrique César Cavalcanti, em 3 de agosto de 1998 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 4, fls. 3816 a 3821); e depoimento prestado por Fernando Batista de Vasconcelos em 8 de fevereiro de 2006, nota 17 *supra*.

³² Cf. documento do Promotor de Justiça da Comarca de Macaíba, de 31 de agosto de 1998 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 4, fls. 3781 e 3787).

³³ Cf. auto da juíza da Primeira Vara da Comarca de Macaíba, de 24 de setembro de 1998 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 4, fls. 3830).

³⁴ Cf. auto de prisão por detenção em flagrante delito de Otávio Ernesto Moreira, de 15 de novembro de 1998 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v.4, fls. 4154 a 4159).

³⁵ Cf. declaração de Otávio Ernesto Moreira prestada perante a Polícia Federal em 14 de janeiro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 4, fls. 4203 a 4205).

B) Fatos posteriores ao reconhecimento da competência contenciosa da Corte pelo Brasil.

67.18. Em 10 de dezembro de 1998, em resposta à solicitação do delegado da Polícia Federal encarregado das investigações, o Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal concluiu que um cartucho deflagrado encontrado no local da morte de Gilson Nogueira de Carvalho havia sido disparado pela espingarda calibre 12, marca *Remington*, apreendida em poder de Otávio Ernesto Moreira.³⁶

67.19. Em 14 de janeiro de 1999, Otávio Ernesto Moreira declarou à Polícia Federal que “antes de aposentar-se, sempre que algum companheiro policial ia participar de uma operação de vulto, costum[ava] emprestar a [...] espingarda [*Remington*, calibre 12]” e que não se lembrava se a referida arma se encontrava em seu poder ou em poder de terceiros no dia da morte de Gilson Nogueira de Carvalho. Informou que já havia emprestado a espingarda a diferentes policiais civis, entre os quais estariam Palmério e Lumar Pinto, que trabalhavam na Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Norte, e Gilson Ramos. Posteriormente, informou à Comarca de Macaíba que a espingarda estava em sua casa no dia da morte de Gilson Nogueira de Carvalho.³⁷

67.20. Em 25 de janeiro de 1999, onze dias depois da declaração de Otávio Ernesto Moreira perante a Polícia Federal, o Ministério Público apresentou denúncia contra o ex-policial, com fundamento no inquérito policial nº 296/96. O Ministério Público salientou que Otávio Ernesto Moreira, “juntamente com outras duas pessoas não identificadas, também armadas, efetuaram disparos contra o advogado [...] Gilson Nogueira de Carvalho, tendo um dos [disparos atingido] a região craniana, causando-lhe as lesões descritas no Laudo de Exame Cadavérico”. Acrescentou que “o acusado [...] apontou sua arma para fora da janela do carro mirando o advogado-vítima, tendo atirado sem acertar o alvo”. Concluiu o Ministério Público que não havia dúvidas de que o ex-policial Otávio Ernesto Moreira fora um dos autores materiais do homicídio do advogado Gilson Nogueira de Carvalho e que “[era] certo, pois, que o acusado [incorreu no] tipo penal previsto no artigo 121, § 2º, incisos I e IV (homicídio qualificado por motivo torpe – vingança –, pela emboscada e mediante recurso que tornou impossível a defesa da vítima) do Código Penal brasileiro”.³⁸

67.21. Em 3 de março de 1999, foi assassinado Antônio Lopes, conhecido como Carla, que havia realizado investigações de caráter particular para esclarecer as circunstâncias da morte de Gilson Nogueira de Carvalho.³⁹

³⁶ Cf. documento do delegado da Polícia Federal, Augusto César Serra Pinto, de 10 de dezembro de 1998 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v.4, fls. 4137 a 4140); e laudo nº 41.684, do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal, de 10 de dezembro de 1998 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 4, fls. 4144 a 4146).

³⁷ Cf. declaração de Otávio Ernesto Moreira, de 14 de janeiro de 1999, nota 34 *supra* e declaração de Otávio Ernesto Moreira prestada à Segunda Vara da Comarca de Macaíba em 10 de fevereiro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 5, fls. 4241 a 4244).

³⁸ Cf. denúncia penal de 25 de janeiro de 1999, nota 22 *supra*.

³⁹ Cf. ofício do Ministro de Estado da Justiça, Renan Calheiros, dirigido ao Governador do Estado do Rio Grande do Norte, Garibaldi Alves Filho, de 5 de março de 1999 (expediente de exceções preliminares

67.22. Em 16 de junho de 1999, a Comarca de Primeira Instância de Macaíba proferiu sentença de pronúncia, mediante a qual, considerando a existência dos supostos de admissibilidade da acusação, determinou que o acusado fosse julgado por Tribunal do Júri. Em 19 de julho de 1999, a defesa de Otávio Ernesto Moreira interpôs recurso contra essa decisão. Esse recurso foi recusado em 27 de outubro de 2000 pelo Tribunal de Justiça, que salientou que para determinar que o julgamento seja realizado por Tribunal do Júri “mister se faz [...] que o julgador [esteja convencido] da existência do crime e [...] dos indícios de autoria”, o que se dava no presente caso, motivo por que deveria ser julgado pelo Tribunal do Júri.⁴⁰

67.23. Em 30 de março de 2001, o Ministério Público apresentou sua acusação e em 18 de abril de 2001 a defesa do acusado apresentou suas contrarrazões.⁴¹

67.24. Em 25 de junho de 2001, Otávio Ernesto Moreira solicitou à Comarca de Macaíba o desaforamento do seu julgamento pelo Tribunal do Júri. Em 24 de outubro de 2001, o Tribunal de Justiça decidiu acolher o pedido e determinar o desaforamento do julgamento da cidade de Macaíba para a cidade de Natal, capital do Estado do Rio Grande do Norte, já que “várias organizações do local do fato est[avam] envolvidas nas manifestações [a favor da] condenação[; que se] trata de um julgamento de grande talhe[e que] o irmão da vítima [era então o] [v]ice-[p]refeito da cidade de Macaíba”.⁴²

67.25. Em 4 de dezembro de 2001, os pais de Gilson Nogueira de Carvalho, na qualidade de assistentes do Ministério Público, interuseram um recurso de embargos de declaração* com respeito à sentença de 24 de outubro de 2001. Neste recurso, alegaram que a decisão continha omissões que deveriam ser esclarecidas e solicitaram que seu recurso tivesse efeito suspensivo sobre todos os atos processuais executados após a publicação da sentença de que se recorria. Em 19 de dezembro de 2001, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte não conheceu do recurso interposto, afirmando a ilegitimidade processual dos assistentes do Ministério Público para recorrer da solicitação de desaforamento do julgamento da cidade de Macaíba para a cidade de Natal.⁴³

e eventuais mérito, reparações e custas, tomo IV, folha 783); e ofício do Governador do Estado do Rio Grande do Norte, Garibaldi Alves Filho, dirigido ao Ministro de Estado da Justiça, Renan Calheiros, de 10 de março de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 16, v. 1, fls. 6223 e 6224).

⁴⁰ Cf. sentença de pronúncia emitida pela juíza da Comarca de Macaíba, Patrícia Godim Moreira Pereira, em 16 de junho de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 5, fls. 4516 a 4530); recurso interposto pela defesa de Otávio Ernesto Moreira em 19 de julho de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 5, fls. 4539 a 4544); e acórdão da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, de 27 de outubro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 5, fls. 4590 a 4597).

⁴¹ Cf. libelo-crime acusatório apresentado pelo Ministério Público em 30 de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 5, fls. 4635 e 4636); e contrarrazões da defesa de Otávio Ernesto Moreira, de 18 de abril de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 5, fls. 4642 e 4643).

⁴² Cf. pedido de desaforamento apresentado pela defesa de Otávio Ernesto Moreira em 25 de junho de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, volume 5, folhas 4745 a 4757); e acórdão, em sessão plenária, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, de 24 de outubro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, volume 5, folhas 4769 a 4773). Na versão em espanhol desta Sentença, *recurso de interpretación*.

* Na versão em espanhol desta Sentença, *recurso de interpretación*.

⁴³ Cf. recurso de embargos de declaração interposto por Jauridice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho em 4 de dezembro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls.

67.26. Em 11 de março de 2002, os pais de Gilson Nogueira de Carvalho, na qualidade de assistentes do Ministério Público, interpuseram um recurso especial e um recurso extraordinário, em que solicitaram que fosse declarada sua legitimidade para recorrer e que fosse declarada a nulidade do desaforamento do Tribunal do Júri, porquanto a sentença que o havia determinado não se encontrava fundamentada em situações concretas e objetivas, e porquanto nem eles nem o Ministério Público da jurisdição de origem haviam sido intimados a manifestar-se sobre o pedido de desaforamento. Em 30 de abril de 2002, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte negou-se a dar seguimento a esses recursos, confirmando a ilegitimidade processual dos recorrentes.⁴⁴

67.27. Em 2 de maio de 2002, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte solicitou que fosse admitido nos autos do processo penal o depoimento prestado por Angélica da Silva Campelino, em que havia declarado que conhecia uma pessoa que sabia que Otávio Ernesto Moreira e “Jorge Abafador” haviam participado do homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho. Em 20 e 23 de maio de 2002, os pais de Gilson Nogueira de Carvalho, na qualidade de assistentes do Ministério Público, reiteraram o mencionado pedido do Ministério Público e solicitaram que fossem anexadas aos autos cópias do processo que investigava a morte de Antônio Lopes, conhecido como Carla.⁴⁵

67.28. Em 10 e 31 de maio de 2002, os pais de Gilson Nogueira de Carvalho, na qualidade de assistentes do Ministério Público, interpuseram, respectivamente, recursos de agravo de instrumento* contra a decisão que negou dar seguimento tanto ao recurso especial como ao recurso extraordinário por falta de legitimidade processual (par. 26 *supra*) e um recurso de caráter incidental sobre a matéria principal, em que alegaram a nulidade absoluta do desaforamento do Tribunal do Júri e a necessidade de que o julgamento fosse efetuado na cidade em que ocorreram os fatos, onde a população conhecia a gravidade do homicídio.⁴⁶

67.29. Em 3 de junho de 2002, os pais de Gilson Nogueira de Carvalho interpuseram um recurso em que solicitaram que se postergasse a sessão do

4969 a 4976); e acórdão, em sessão plenária, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, de 19 de dezembro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v.6, fls. 4980 a 4985).

⁴⁴ Cf. recurso especial e recurso extraordinário interpostos por Jaurídice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho em 11 de março de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, volume 6, folhas 4990 a 5015 e 5051 a 5076); e decisão de admissibilidade emitida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, em 30 de abril de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls. 5102 e 5103).

⁴⁵ Cf. escrito do Ministério Público de 26 de abril de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fl. 4819); declaração testemunhal prestada por Angélica da Silva Campelino (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls. 4820 a 4824); e petição apresentada por Jaurídice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho em 20 e 23 de maio de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls. 4841 e 4855).

* Na versão em espanhol desta Sentença, *recursos*.

⁴⁶ Cf. recursos interpostos por Jaurídice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho, em 10 de maio de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v.6, fls. 4873 a 4894 e 4895 a 4915); e recurso interposto por Jaurídice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho, em 31 de maio de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls. 4865 a 4868).

Tribunal do Júri que julgaria Otávio Ernesto Moreira, já que estavam pendentes de análise os recursos referentes ao desaforamento do julgamento.⁴⁷

67.30. Em 4 de junho de 2002, o Ministério Público emitiu seu parecer com respeito à solicitação da defesa do acusado de juntar aos autos do processo uma nota, que pretendia controverter a análise do Laboratório de Criminalística da Polícia Federal, que concluía que a espingarda de Otávio Ernesto Moreira havia sido uma das armas usadas no homicídio, e com respeito ao pedido dos assistentes do Ministério Público de que fosse suspensa a realização do Tribunal do Júri e, caso isso não ocorresse, que fosse ouvida a testemunha Angélica da Silva Campelino durante a sessão do júri. O Ministério Público não se opôs a que fosse feita a juntada da nota sobre a espingarda pela defesa; manifestou-se pela improcedência dos pedidos formulados pelos assistentes do Ministério Público, que não teriam legitimidade processual para fazê-lo, e declarou que a solicitação de ouvir Angélica da Silva Campelino era extemporânea.⁴⁸

67.31. Em 6 e 7 de junho de 2002, o Tribunal do Júri realizou a sessão de julgamento na que passou a decidir sobre a procedência da acusação de homicídio contra Otávio Ernesto Moreira. Inicialmente o Presidente do Tribunal do Júri decidiu os recursos interpostos antes da sessão do Tribunal (par. 67.27, 67.28 e 67.29 *supra*) e manifestou que a declaração de Angélica da Silva Campelino já constava dos autos do processo e que o pedido para que fosse ouvida era extemporâneo; que o recurso interposto pelos pais de Gilson Nogueira de Carvalho não tinha efeito suspensivo, razão pela qual não se poderia suspender a sessão do júri, inclusive dada a ilegitimidade processual dos assistentes da acusação para recorrer; e incorporou aos autos do processo, com caráter de opinião, a nota técnica apresentada pela defesa. Posteriormente, concluídas as declarações das testemunhas e as manifestações das partes de acusação e de defesa, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri formulou os quesitos que o júri deveria responder e cuja resposta determinaria o veredicto. O primeiro quesito, formulado de forma equivalente à denúncia penal apresentada pelo Ministério Público, dizia que:

no dia 20 de outubro de 1996, no início da madrugada, na rua Projetada [sem número], o réu Otávio Ernesto Moreira, utilizando uma espingarda *Remington*, de fabricação norte-americana, modelo *Wingmaster* 870, calibre 12, [...] efetuou disparos contra a pessoa de [...] Gilson Nogueira de Carvalho, causando-lhe as lesões descritas no Laudo de Exame Cadavérico [correspondente]? A esse quesito o júri, por cinco votos a dois, respondeu que “não”, o que significou o veredicto que absolveu o acusado.⁴⁹

⁴⁷ Cf. recurso interposto por Jaurídice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho, em 3 de junho de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v.6, fls. 4869; e 4870).

⁴⁸ Cf. parecer do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, de 4 de junho de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls. 5120 a 5123).

⁴⁹ Cf. ata da primeira reunião do segundo Tribunal do Júri da Comarca de Natal, de 7 de junho de 2002

67.32. Em 28 de junho de 2002, o Ministério Público interpôs uma apelação contra a decisão do Tribunal do Júri, solicitando a realização de um novo julgamento com outro júri, alegando que a decisão de que se apelava contrariava as provas que constavam dos autos. Também apelaram da decisão os pais de Gilson Nogueira de Carvalho, na qualidade de assistentes do Ministério Público, em 16 de julho de 2002. Em 6 de março de 2004, a Segunda Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte rechaçou as preliminares interpostas pelos assistentes do Ministério Público e negou provimento ao recurso do Ministério Público, justificando que a decisão do júri não pode ser considerada contrária à prova constante dos autos do processo quando existem elementos probatórios que sustentam sua decisão, nesse caso, a tese da defesa. Em 9 de março de 2004, os pais de Gilson Nogueira de Carvalho, na qualidade de assistentes do Ministério Público, interpuseram um recurso de embargos de declaração contra a sentença de 6 de março de 2004, o qual foi recusado pelo referido Tribunal de Justiça em 16 de dezembro de 2004, porque “inexist[ia ...] ato que vici[asse] [a decisão recorrida].⁵⁰

67.33. Em 20 de janeiro de 2005, os pais de Gilson Nogueira de Carvalho, na qualidade de assistentes do Ministério Público, interpuseram um recurso especial e um recurso extraordinário em que solicitaram a anulação do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri. Em 16 de fevereiro de 2005, Otávio Ernesto Moreira apresentou suas contrarrazões solicitando que o Tribunal de Justiça não procedesse ao envio desses recursos aos tribunais superiores. Nessa última data, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte recebeu os autos conclusos para decidir sobre a admissibilidade dos recursos interpostos. Em 11 de maio de 2005, os recursos foram remetidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.⁵¹

(expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls. 5163 e 5167); ata de votação do conselho de sentença, de 7 de junho de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls. 5144); sentença de absolvição emitida pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, Célio de Figueiredo Maia, em 7 de junho de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls. 5146); e denúncia penal de 25 de janeiro de 1999, nota 22 *supra*.

⁵⁰ Cf. recurso de apelação interposto pelo Ministério Público em 28 de junho de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls. 5169 a 5176); recurso de apelação interposto por Jauridice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho em 16 de julho de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls. 5180 a 5202); acórdão da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, de 6 de fevereiro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls. 5348 a 5365); recurso de embargos de declaração interposto por Jauridice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho em 9 de março de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls. 5366 a 5369); e acórdão da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, de 16 de dezembro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls. 5380 a 5383).

⁵¹ Cf. recurso especial e recurso extraordinário interpostos por Jauridice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho em 20 de janeiro de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls. 5387 a 5467 e 5486 a 5539); contrarrazões apresentadas por Otávio Ernesto Moreira em 16 de fevereiro de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fls. 5544 a 5548 e 5549 a 5553); e auto da Secretaria Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, de 16 de fevereiro de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1, v. 6, fl. 5554).

VIII
ARTIGOS 8.1 E 25.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA
(GARANTIAS JUDICIAIS E PROTEÇÃO JUDICIAL) EM RELAÇÃO COM O ARTIGO
1.1 DO MESMO TRATADO (OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR OS DIREITOS)

Alegações da Comissão

68. A Comissão alegou, *inter alia*, que:

a) não se pronunciou com respeito à suposta violação do artigo 4º da Convenção.

b) com relação aos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, manifestou que:

- i. a atuação das autoridades na investigação da morte de Gilson Nogueira de Carvalho foi deficiente, levando em conta os indícios que existiam previamente com respeito à possível implicação de integrantes da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte no homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho, a posterior descoberta de uma das armas utilizadas no homicídio em poder de Otávio Ernesto Moreira, que no momento do crime era integrante da referida Polícia, e a declaração desse senhor afirmando que a sua arma era utilizada por ele e por outros policiais. Tudo isso deveria ter significado a adoção de certas medidas mínimas de investigação, tais como: investigar a quem Otávio Ernesto Moreira emprestava sua arma e interrogar essas pessoas; determinar se sua arma havia sido utilizada em outros delitos imputados aos “meninos de ouro”; investigar os motivos específicos que poderia ter Otávio Ernesto Moreira para assassinar Gilson Nogueira de Carvalho, bem como sua dependência laboral de outros integrantes da Polícia Civil que tivessem motivos para ordenar o homicídio, ou sua amizade com eles; juntar aos autos do processo sobre a morte de Gilson Nogueira de Carvalho uma cópia do inquérito da morte de Antônio Lopes e examinar a relação entre ambos os crimes; e interrogar novamente todas as testemunhas levando em conta as novas perspectivas que oferecia a investigação a partir da perícia balística emitida em 10 de dezembro de 1998;
- ii. o inquérito policial e o processo judicial realizado contra a única pessoa acusada pelos fatos exibiram falhas evidentes

que dificultam e continuarão dificultando, em todas as instâncias, o esclarecimento da morte. Como exemplo destas falhas, indicou que: o Tribunal do Júri e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte não se manifestaram sobre a solicitação de incorporar aos autos do processo cópia do expediente judicial que investigava a morte de Antônio Lopes; o presidente do Tribunal do Júri negou o pedido dos pais de Gilson Nogueira de Carvalho de que se ouvisse a testemunha Angélica da Silva Campelino; o Tribunal do Júri permitiu que a defesa do acusado juntasse ao expediente uma nota técnica de procedência indevida que controvertia os resultados do laudo pericial expedido pelo Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal; e não se esclareceram evidentes contradições entre depoimentos apresentados no processo. Depois que Otávio Ernesto Moreira foi absolvido, o Estado não iniciou uma nova investigação para determinar a autoria da morte de Gilson Nogueira de Carvalho;

iii. os pais de Gilson Nogueira de Carvalho utilizaram todos os recursos que estavam, em tese, disponíveis; estes, no entanto, fora indeferidos de forma sistemática; e

iv. a falta de devida diligência no processo de investigação e coleta de provas essenciais, sem o que os processos judiciais não poderiam ser levados adiante, caracterizou uma violação aos artigos 8º e 25 da Convenção. A execução mecânica de formalidades processuais condenadas de antemão a ser infrutíferas não constitui uma busca efetiva de justiça.

Alegações dos representantes

69. Os representantes salientaram, *inter alia*, que:

a) a Corte é competente para determinar violações ao artigo 4º da Convenção no presente caso pela falha do Estado em investigar os fatos relacionados com o homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho, embora sua morte tenha ocorrido antes data do reconhecimento da competência da Corte pelo Estado. A garantia do direito à vida inclui o dever de investigar, que é conceptualmente diferente do dever substantivo de proteger as pessoas de privações ilegais da vida. A falha do Estado em investigar efetivamente a morte de Gilson Nogueira de Carvalho constitui violação do artigo 4º da Convenção Americana, independentemente das violações que a Corte declare aos artigos 8º e 25 do mesmo tratado;

b) com relação aos direitos às garantias e à proteção judiciais:

i. as autoridades estatais falharam em conduzir uma investigação séria e efetiva no caso. Em que pese as provas obtidas no inquérito policial e as contradições existentes nas declarações prestadas perante a polícia, o Ministério Público apresentou uma denúncia unicamente contra o ex-policial Otávio Ernesto Moreira pela morte de Gilson Nogueira de Carvalho, desconhecendo que o homicídio foi cometido por três executores materiais. As autoridades competentes ignoraram provas e depoimentos que reforçavam a tese de que a morte fora um homicídio planejado pelo grupo de extermínio “meninos de ouro”. A denúncia foi apresentada somente 46 dias depois da emissão, em 10 de dezembro de 1998, da perícia balística, prova que poderia oferecer indícios da participação de outros policiais na morte. Posteriormente à detenção de Otávio Ernesto Moreira e da identificação da arma pela referida perícia balística, o Estado deixou de realizar as diligências necessárias para identificar os demais participantes do homicídio. Por exemplo, a Polícia Federal não interrogou os integrantes da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte a quem Otávio Ernesto Moreira emprestava sua arma, nem os policiais que supostamente participavam do grupo de extermínio, e essas diligências tampouco foram solicitadas pela promotoria ou pelo juiz competente. Quando o inquérito foi reaberto, em 24 de setembro de 1998, os erros da investigação poderiam ter sido corrigidos, o que não ocorreu. As centenas de diligências realizadas pela Polícia Federal e pelo Poder Judiciário foram resultado de um simples cumprimento mecânico de formalidades processuais. O modo como foram realizadas as investigações, bem como a produção de provas, dificultou a responsabilização das pessoas envolvidas na morte de Gilson Nogueira de Carvalho.

ii. o Ministério Público e as autoridades judiciais que atuaram no caso não foram diligentes, uma vez que, entre outros aspectos, não requisitaram a incorporação do expediente sobre a morte de Antônio Lopes aos autos do processo penal contra Otávio Ernesto Moreira, para que se fizesse a devida conexão entre as duas mortes; não conduziram de forma diligente as investigações sobre a morte de Antônio Lopes; não requereram que a testemunha Angélica da Silva Campelino prestasse depoimento perante o Tribunal do Júri; concordaram com o conteúdo do quesito aplicado ao júri no sentido de que Otávio Ernesto Moreira havia disparado e causado as lesões descritas no laudo cadavérico, mesmo sabendo que o acusado não havia sido o autor material do homicídio; e

iii. houve uma demora injustificada no processo penal, já que mais de nove anos depois do homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho o processo não foi concluído e ninguém foi responsabilizado. A alegação do Estado sobre a complexidade do caso não pode ser considerada pretexto para a falta de resultados concretos nas investigações. A impunidade que impera no presente caso é o resultado da ineficiência da atuação das autoridades competentes nos procedimentos investigativos.

Alegações do Estado

70. O Estado declarou, *inter alia*, que:

a) a Corte não tem competência temporal para se pronunciar a respeito da alegada violação do direito à vida, já que o homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho teve lugar dois anos antes que o Estado reconhecesse a competência contenciosa da Corte e os efeitos desse reconhecimento não são retroativos.

b) com relação aos direitos às garantias e à proteção judiciais:

i. o Estado realizou uma investigação séria e conforme com as regras do devido processo legal. Tanto a investigação policial quanto o processo penal transcorreram num prazo admissível. O inquérito policial foi supervisionado por vários órgãos públicos e dirigido pela Polícia Federal, e não pela Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte, já que havia a possibilidade de que membros da referida Polícia Civil estivessem relacionados com a morte de Gilson Nogueira de Carvalho;

ii. não houve omissão nem negligência na condução do inquérito policial ou do processo judicial: mais de cem testemunhas foram interrogadas, foram elaborados laudos diversos, retratos falados, apreensão de veículos, análises de chamadas telefônicas recebidas e realizadas por Gilson Nogueira de Carvalho e transcrição das fitas entregues por Antônio Lopes. O inquérito também abrangeu outros Estados da federação, tais como Tocantins, Goiás e Maranhão;

iii. o pedido para que a senhora Angélica da Silva Campelino fosse ouvida pelo Tribunal do Júri foi extemporâneo. O presidente do Tribunal do Júri permitiu a juntada da nota técnica a respeito da balística da arma, mas apenas na qualidade de opinião apresentada pela defesa do acusado, e não como parecer oficial. Investigar se a espingarda de Otávio Ernesto Moreira havia sido utilizada em outros delitos imputados aos “meninos de ouro” extrapolava os limites da investigação do

homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho. Não foi incorporada cópia do inquérito policial relativo à morte de Antônio Lopes aos autos da ação penal contra Otávio Ernesto Moreira, porque o referido inquérito não apresentava resultados conclusivos ou novos indícios referentes à morte de Gilson Nogueira de Carvalho. O quesito que o júri devia responder para determinar a culpabilidade do acusado não poderia ter sido formulado de maneira distinta, visto que o Ministério Público defendia a tese de que Otávio Ernesto Moreira era o autor do homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho. O quesito formulado estava conforme com o direito penal interno e não foi questionada pelo Ministério Público durante o julgamento. Não há elementos concretos para vincular a morte de Gilson Nogueira de Carvalho a sua condição de defensor de direitos humanos e o que buscam os representantes é um pronunciamento da Corte Interamericana sobre temas que escapam a sua competência; e

iii. o homicídio de Gilson Nogueira de Carvalho se caracteriza por uma grande complexidade, com grande número de suspeitos e muitas versões contraditórias sobre sua autoria. Essas foram as razões por que o processo judicial não resultou em uma condenação, e não a alegada lentidão ou omissão do Estado. Ademais, o fato de não haver uma condenação no caso não significa uma violação às regras do devido processo legal. Finalmente, ainda existe a possibilidade de que novos fatos surjam e de que o inquérito seja novamente aberto.

Considerações da Corte

71. 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.

72. 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.

[...]

73. O artigo 25.1 da Convenção dispõe que:

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.

[...]

74. Gilson Nogueira de Carvalho era um advogado defensor de direitos humanos que foi objeto de ameaças de morte e vítima de homicídio numa emboscada em 20 de outubro de 1996. Levando em conta que Gilson Nogueira de Carvalho atuava como defensor de direitos humanos, a Corte julga pertinente reiterar que compete aos Estados o dever de criar as condições necessárias para o efetivo gozo e desfrute dos direitos consagrados na Convenção.⁵² O Tribunal considera que, numa sociedade democrática, o cumprimento do dever dos Estados de criar as condições necessárias para o efetivo respeito e garantia dos direitos humanos de todas as pessoas sob sua jurisdição está intrinsecamente ligado à proteção e ao reconhecimento da importância do papel que cumprem os defensores de direitos humanos, como a Corte tem manifestado em sua jurisprudência constante.⁵³

⁵² Cf. *Caso Servellón García e outros*, nota 11 *supra*, par. 108; *Caso Ximenes Lopes*, nota 11 *supra*, par. 85; *Caso do Massacre de Pueblo Bello*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, nº 140, par. 113; *Caso do Massacre de Mapiripán*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C, nº 134, 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.

⁵³ Cf. *Caso das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária "Dr. Sebastião Martins Silveira" em Araraquara, São Paulo*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 30 de setembro de 2006, vigésimo quarto considerando; *Caso Gloria Giralte de García Prieto e outros*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 26 de setembro de 2006, oitavo considerando; *Caso Mery Naranjo e outros*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de setembro de 2006, oitavo considerando; *Caso Mery Naranjo e outros*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 5 de julho de 2006, oitavo considerando; *Caso dos Massacres de Ituango*. Sentença de 1º de julho de 2006.

75. A Organização dos Estados Americanos reconheceu, entre outros aspectos, a necessidade do “apoio à tarefa dos defensores dos direitos humanos, no plano nacional e regional, e reconhec[imento a] sua valiosa contribuição para a promoção, respeito e proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais[, bem como de c]ondenar os atos que, direta ou indiretamente, impedem ou dificultam [sua] tarefa nas Américas”.⁵⁴ O compromisso com a proteção dos defensores de direitos humanos foi ressaltado, ademais, em outros instrumentos internacionais.⁵⁵

76. O Tribunal considera que as ameaças e os atentados à integridade e à vida dos defensores de direitos humanos, e a impunidade dos responsáveis por esses fatos, são particularmente graves, porque têm um efeito não somente individual, mas também coletivo, na medida em que a sociedade se vê impedida de conhecer a verdade sobre a situação de respeito ou de violação dos direitos das pessoas sob a jurisdição de um determinado Estado.

77. Os Estados têm o dever de facilitar os meios necessários para que os defensores de direitos humanos executem livremente suas atividades;⁵⁶ protegê-los quando são objeto de ameaças, de forma a evitar os atentados a sua vida e integridade; abster-se de impor obstáculos que dificultem a realização de seu trabalho e investigar séria e eficazmente as violações cometidas contra eles, combatendo a impunidade.

78. Em consequência da morte de Gilson Nogueira de Carvalho, o Estado abriu inquérito policial em 20 de outubro de 1996, em que se consideraram diferentes hipóteses sobre a autoria do homicídio. Uma delas relacionava a morte às denúncias públicas apresentadas por Gilson Nogueira de Carvalho

Série C, nº 148, par. 400; *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 51 *supra*, par. 268; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 51 *supra*, par. 299.

⁵⁴ Organização dos Estados Americanos, *Defensores de direitos humanos: Apoio às tarefas realizadas pelas pessoas, grupos e organizações da sociedade civil para a promoção e proteção dos direitos humanos nas Américas*, Resoluções de 10 de junho de 2003, 4 de junho de 2002 e 5 de junho de 2000, nota 14 *supra*; e no mesmo sentido, ver Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, 7 de março de 2006, nota 14 *supra*, par. 330 e 331.

⁵⁵ Nesse sentido, ver *Declaration on the right and responsibility of individuals, groups and organs of society to promote and protect universally recognized human rights and fundamental freedoms*, Resolução da Assembleia Geral de 8 de março de 1999, nota 14 *supra*, artigo 12; *Defensores dos direitos humanos*, Resolução da Comissão de Direitos Humanos de 24 de abril de 2003, nota 14 *supra*; *Defensores dos direitos humanos*, Resolução da Comissão de Direitos Humanos, de 25 de abril de 2002, nota 14 *supra*; e Organização das Nações Unidas, *Princípios básicos sobre a função dos advogados*, aprovado em 7 de setembro de 1990, nota 14 *supra*, artigos 16 a 22. Ver, no mesmo sentido, Conselho da União Europeia, *Projeto de conclusões do Conselho sobre as diretrizes da UE sobre defensores de direitos humanos*, de 9 de junho de 2004, nota 14 *supra*.

⁵⁶ Cf. *Caso das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária “Dr. Sebastião Martins Silveira”*, em Araraquara. Medidas Provisórias, nota 52 *supra*, considerando vigésimo quarto; *Caso do Internato Judicial De Monagas (“La Pica”)*. Medidas provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 9 de fevereiro de 2006, considerando décimo quarto; *Caso Mery Naranjo e outros*. Medidas provisórias, nota 52 *supra*, considerando oitavo; e *Caso da Fundação de Antropologia Forense da Guatemala*. Medidas provisórias, Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 9 de fevereiro de 2006, considerando décimo segundo.

como defensor de direitos humanos, sobre a atuação de um suposto grupo de extermínio denominado “meninos de ouro”, que seria formado por funcionários e agentes de polícia do gabinete de Maurílio Pinto de Medeiros, que na época da morte de Gilson Nogueira de Carvalho era o Subsecretário de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Norte. Em virtude das denúncias do advogado, foram iniciadas investigações sobre diversos integrantes da Polícia do Estado do Rio Grande do Norte pela suposta prática de homicídios, sequestros e torturas (par. 67.2, 67.7, 67.8, 67.10 *supra*).

79. No presente caso, a Corte levou em conta o acervo probatório e as alegações apresentadas pelas partes e efetuou um cuidadoso exame do conjunto das medidas policiais e judiciais efetuadas a partir de 10 de dezembro de 1998, ou seja, desde a data de reconhecimento da competência contenciosa deste Tribunal pelo Estado.

80. A Corte lembra que compete aos tribunais do Estado o exame dos fatos e das provas apresentadas nas causas particulares. Não compete a este Tribunal substituir a jurisdição interna estabelecendo as modalidades específicas de investigação e julgamento num caso concreto para obter um resultado melhor ou mais eficaz, mas constatar se nos passos efetivamente dados no âmbito interno foram ou não violadas obrigações internacionais do Estado decorrentes dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana.

81. Do exposto, a Corte restringiu sua análise aos fatos verificados no período sobre o qual tem competência, análise realizada nos termos do parágrafo 79 da presente Sentença, e considera que não se demonstrou que o Estado tenha violado os direitos à proteção e às garantias judiciais consagrados nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, com relação a Jaurídice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho.

IX PONTOS RESOLUTIVOS

82. Portanto,

A CORTE

DECLARA,

Por unanimidade, que:

1. Desconsidera as duas exceções preliminares interpostas pelo Estado, em conformidade com os parágrafos 40 a 46 e 50 a 54 da presente Sentença.

2. Em virtude do limitado suporte fático de que dispõe a Corte, não ficou demonstrado que o Estado tenha violado no presente caso os direitos às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pelas razões expostas nos parágrafos 74 a 81 da presente Sentença.

E DECIDE,

Por unanimidade,

3. Arquivar o expediente.

Redigida em espanhol e português, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 28 de novembro de 2006.

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
Presidente

ALIRIO ABREU BURELLI

ANTÔNIO A. CANÇADO TRINDADE

CECILIA MEDINA QUIROGA

MANUEL E. VENTURA ROBLES

DIEGO GARCÍA-SAYÁN

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretário

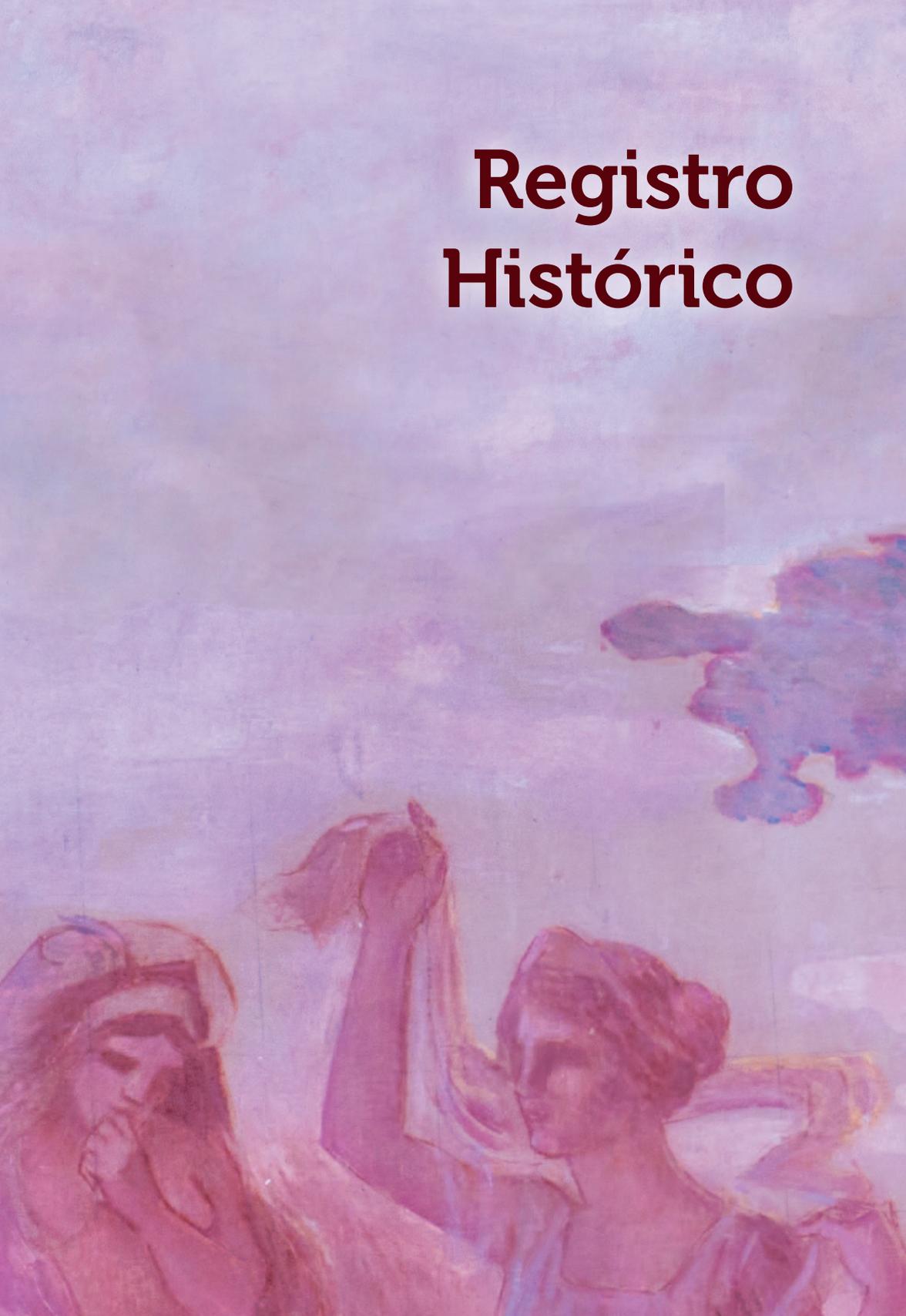
Comunique-se e execute-se,

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
Presidente

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretário



Registro Histórico



Ação ordinária de perdimento de bens e função pública. Delegado de Polícia. Evolução Patrimonial incompatível com a renda de agente público. Enriquecimento ilícito configurado.

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital

De tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.
(Ruy Barbosa)

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através do Procurador-Geral de Justiça e dos Promotores de Justiça infra-assinados, integrantes da Coordenadoria de Defesa da Cidadania (Resolução 529 da PGJ/RJ – doc. 01), com fundamento nos artigos 37 § 4º; 127 e 129, III da Constituição Federal; no art. 1º da Lei nº 350/1958 (Lei Bilac Pinto); art. 17 e seus § § da Lei nº 8429/1992 (Lei do Enriquecimento ilícito de agentes públicos); nos arts. 282 e seguintes do Código de Processo Civil e no Inquérito Civil Público E-15/3974/93, que já instrui a Ação Cautelar de Sequestro de Bens, objeto do Processo nº 4.441 distribuído a esse r. Juízo, vem, pelos fatos e fundamentos aduzidos, propor, por dependência,

AÇÃO ORDINÁRIA DE PERDIMENTO DE BENS E FUNÇÃO PÚBLICA

em face de:

01. ANTONIO NONATO DA COSTA, brasileiro, casado, Delegado de Polícia, portador da carteira Funcional nº 10.104.52.xxx¹, inscrito no C.P.F./M.F. sob o nº 205.506.857-15, residente à Rua Comandante Julio de Moura, nº 252, apartamento 201, na Barra da Tijuca, nesta cidade;

02. IRACI INEZ DA COSTA, brasileira, casada com o primeiro réu, que antes assinava IRACI INEZ MAROS, profissional de letras e/ou de artes, portadora da Carteira de Identidade nº 6.607.921-1 (I.P.F.), inscrita no C.P.F./M.F. sob o nº 265.036.420-20, residente na Rua Comandante Julio de Moura, nº 252, apartamento 201, na Barra da Tijuca, nesta cidade;

03. SOLANGE ALEGRE DA COSTA, brasileira, separada judicialmente do primeiro réu, pensionista, portadora da Carteira de Identidade nº 1.593.635 (I.P.F.), inscrita no C.P.F./M.F. sob o nº 011.793.357-08, residente na Rua Sá Ferreira nº 188, apartamento 201, em Copacabana, nesta cidade;

¹ N. do E.: Documento original demasiado danificado, tornando-se impossível aferir a numeração por completo.

04. MARCO ANTONIO ALEGRE DA COSTA, brasileiro, separado judicialmente, filho do primeiro réu com a terceira ré, funcionário público estadual, portador da Carteira de Identidade nº 05.784.655-2 (I.P.F.), inscrito no C.P.F./M.F. sob o nº 685.949. xxx-44², residente à Rua Professor Coutinho Froes nº 444, apartamento 202, na Barra da Tijuca, nesta cidade; e

05. LUCIANA MAROS DA COSTA, também conhecida como LUCIANA DA COSTA MAROS, brasileira, menor impúbere, nascida em 18.09.86, representada pelos seus pais ANTONIO NONATO DA COSTA (primeiro réu) e IRACI INEZ DA COSTA (segunda ré), residente na Rua Comandante Julio de Moura nº 252, apartamento 201, na Barra da Tijuca, nesta cidade.

I) PREÂMBULO

01. Desnecessário talvez fosse conferir maior destaque ao quanto, de si já tão eloquente, em que se debate a administração pública brasileira, no que toca a grande parte de seus agentes.

02. Entretanto, dadas algumas peculiaridades dos reflexos de tais condutas na questão da cidadania no Brasil é que estas circunstâncias merecem certamente reflexão mais apurada.

03. A semelhança do que se verificava no vetusto Direito Romano, o instituto da *capitis diminutio*, em sua clássica gradação, parece ter-se reproduzido nos dias que correm, se considerarmos a questão da cidadania nos diversos segmentos da população brasileira.

04. Não é difícil observar que existem todos os direitos para poucos, alguns direitos para muitos e nenhum direito para a grande maioria.

05. Fruto de uma ordem econômico-social subversora dos direitos e garantias individuais mínimos preconizados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, a situação em que se debate a maior parte do povo brasileiro é questão cujo enfrentamento para a solução é imperativo inadiável. Com isso, a absoluta pertinência e exigibilidade da conduta ética dos agentes públicos se revela particularmente indispensável.

06. Quando, num país, exatamente aqueles setores da administração pública responsáveis pela custódia e manutenção de princípios basilares da ordem constitucional, tais como o direito à liberdade, o direito à vida e a moralidade administrativa se demitem de tais tarefas, o próprio equilíbrio social se vê não somente ameaçado mas completamente vulnerado, com sérios e por vezes incontornáveis reflexos em todas as esferas da nacionalidade.

07. A circunstância de tais agentes se afastarem deliberadamente do reto caminho que a sociedade lhes impõe, se num país do primeiro mundo

² N. do E.: Documento original demasiado danificado, tornando-se impossível aferir a numeração por completo.

já representa fator de grave perturbação da ordem legal, num país de terceiro mundo como o Brasil, assume características de verdadeira afronta aos interesses nacionais, decisivamente impeditivo da consecução dos objetivos de igualdade e justiça social.

08. Desta forma, dado o quadro que se delinea, extremamente agravadas se tornam as responsabilidades tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário, como guardiões da ordem constitucional e legal e agentes da promoção do equilíbrio que deve presidir as relações sociais.

09. Com efeito, no que toca ao Ministério Público, a nova configuração e as graves atribuições que lhe outorgou a Constituição Federal de 1988 o fizeram veículo de encaminhamento dos pleitos da sociedade, quando os mecanismos assim destinados por qualquer razão falham.

10. Quanto ao Poder Judiciário, cujo papel de último baluarte dos direitos e garantias individuais se revela absolutamente decisivo, pois o julgador, dotado de um poder, por assim dizer, "inerte", já que não procede se não por provocação da parte, nem por isso deixa de estar fora do contexto social e de ter juízo crítico a respeito da realidade que o cerca, agente político do avanço e da renovação que representa e sem o que a função de julgar, dissociada do contexto, se revelaria um ato puramente mecânico num exercício intelectual frio e por isso mesmo desumanizado.

II) DA COMPETÊNCIA

11. Inicialmente, cabe ressaltar que, tendo sido proposta Ação Cautelar de Sequestro de Bens, objeto do Processo nº 4.441/93, em curso perante essa 2ª Vara de Fazenda Pública, esse juízo tornou-se prevento para a ação principal, cabendo assim, nos termos dos arts. 800, 806 e 253 do diploma processual civil, a distribuição por dependência da presente AÇÃO ORDINÁRIA DE PERDIMENTO DE BENS E FUNÇÃO PÚBLICA, que versa sobre a aplicação das sanções previstas nas Leis Federais nºs 3.502/1958 e 8.429/1992 em face do primeiro réu, servidor público, por praticar atos de improbidade administrativa, importando enriquecimento ilícito e violando dever de honestidade, legalidade e lealdade às Instituições, no exercício de cargo da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro.

12. A considerar-se a fixação da competência *em razão da pessoa*, nesta ação principal figura, como primeiro réu, agente público estadual e como beneficiário da tutela jurisdicional, o Estado do Rio de Janeiro, que deverá integrar a lide, como litisconsorte, nos precisos termos do artigo 17 § 3º da Lei Federal nº 8.429/1992.

13. Por outro, *em razão da matéria*, trata-se de causa que envolve lide de interesse do Estado do Rio de Janeiro, não só por versar sobre atos de improbidade administrativa ensejando enriquecimento ilícito de servidor estadual, mas também violando princípios da Administração Pública, especialmente quanto à moralidade administrativa.

14. Assim, constata-se ser da competência dessa Vara da Fazenda Pública conhecer e julgar a presente Ação Ordinária, nos termos do artigo 97, I, letra "a", do CODJERJ.

III) DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO

15. Como é notório, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 127, deferiu ao Ministério Público relevante missão institucional na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis da sociedade, como se depreende da leitura de seu art. 129:

são funções institucionais do Ministério Público:

I) ...

II) Zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

III) Promover o inquérito civil e a *ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social do meio-ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.*

(grifos nossos)

16. De igual teor é o texto da Constituição Estadual em seu artigo 170, II e III.

17. E a edição da Lei nº 8.429/1992 não deixa margem a qualquer dúvida quanto à legitimidade do *Parquet* para a propositura de ação de rito ordinário, visando a decretação da perda dos bens do agente público ímprobo, que enriqueceu ilícitamente no exercício do cargo público, com os consectários legais pertinentes, bem como da ação cautelar de sequestro de seus bens.

18. Com efeito, rezam os artigos 16 e 17 do referido Diploma Legal:

Art.16 – Havendo fundados indícios de responsabilidade a comissão representará ao Ministério Público ou à Procuradoria do órgão, para que requeira ao Juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano a patrimônio público.

§ 1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos artigos 822 e 825 do Código de Processo Civil.

Art.17 – A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

...

§ 3º – No caso da ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, devendo suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha.

§ 4º – O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

19. Assim, plenamente legitimado o *Parquet* fluminense para a propositura da presente ação.

IV) DOS FATOS:

20. O primeiro réu, ANTONIO NONATO DA COSTA, ingressou no serviço público estadual em 25 de maio de 1965, no cargo de Perito Criminal “A” – nível 21, sendo promovido, no mês de dezembro de 1969, ao cargo de Perito Criminal “B”, nível 5 e, no mês de agosto de 1979, foi transposto para o Quadro I, como Perito Criminal de 1ª categoria. Em 29 de setembro de 1982, foi acessado ao cargo de Delegado de Polícia de 3ª Categoria, sendo promovido, em 29 de setembro de 1985, ao cargo de Delegado de Polícia de 2ª Categoria e, em 05 de outubro de 1990, foi promovido ao cargo de Delegado de Polícia de 1ª Categoria, como atesta seu histórico funcional acostado às fls. 257/279 do procedimento administrativo apenso à Ação Cautelar de Sequestro de Bens.

21. No curso de sua carreira funcional até a presente data, o primeiro réu exerceu diversos cargos em comissão, em diferentes setores da Administração Pública, destacando-se os seguintes:

21.1- Assistente-Geral do Gabinete da Secretaria de Estado de Segurança Pública, no período de 15.04.71 a 20.03.75;

21.2- Assistente da Secretaria de Estado de Administração, no período de 07.05.79 a 13.11.80;

21.3- Diretor de Habilitação do Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro, no período de 14.11.80 a 11.04.83;

21.4- Chefe do Serviço Operacional de Roubos e Furtos, no período de 28.06.83 a 11.10.84;

21.5- Chefe do Serviço de investigações e Operações Policiais da Delegacia de Vigilância e Capturas Rio/Sul da DVC-Polinter, no período de 17.10.84 a 02.09.85;

21.6- Chefe do Serviço de investigações da Delegacia de Roubos e Furtos de Automóveis, no período de 04.09.85 a 08.03.86;

21.7- Diretor da Divisão de Segurança de Órgãos e Sistemas, no período de 06.06.89 a 21.11.90;

21.8- Diretor da Divisão de Roubos e Furtos, no período de 27.11.90 a 22.05.91;

21.9- Diretor da Divisão de Repressão a Entorpecentes, no período de 22.07.91 a 20.05.93.

22. Não consta, à luz da documentação coletada, que o primeiro réu fosse titular de domínio de bens móveis ou imóveis, quando do seu ingresso no serviço

público, relevando observar que, no âmbito da Secretaria de Estado de Polícia Civil, não foi encontrada qualquer declaração de bens do mencionado servidor (fls. 255), embora tenha exercido vários cargos em comissão durante sua carreira.

23. Porém, as diligências empreendidas junto aos Cartórios de Notas e do Registro Geral de Imóveis e em outros órgãos públicos evidenciam que o primeiro réu realizou várias operações imobiliárias de grande vulto, bem como a aquisição de bens móveis de elevado valor que, como se verifica de suas declarações de rendas e bens apresentadas à Receita Federal nos últimos cinco anos (fls. 102/135), não guardam correlação com os seus rendimentos, contendo informações inverídicas e montagem para camuflar a percepção de rendimentos fora de sua atividade principal, qual seja a de funcionário público estadual.

24. No que tange às operações imobiliárias, com base nos documentos coletados, verifica-se que, somente em 04 de maio de 1971, no cargo de Perito Criminal “B”, o primeiro réu (ANTONIO NONATO) e sua então mulher, SOLANGE ALEGRE DA COSTA (terceira ré), adquiriram o imóvel constituído pelo lote nº 38 do Parque Santo Antonio, localizado no atual município de Guapimirim, então distrito do município de Magé, de conformidade com a escritura lavrada no Cartório do 2º Ofício de Notas de Magé (Livro 285/7.P – fls.171/172).

25. Em negócios concomitantes, realizados em 28 de maio de 1973, o primeiro réu e sua então mulher (SOLANGE – terceira ré), adquiriram de Euclides Mendes e sua mulher, por promessa de cessão de direitos lavrada no Cartório do 14º Ofício de Notas da capital (Livro 2.178 – fls. 89), o prédio e terreno da Rua Franco Job nº 293, antiga Rua Projetada “C”, Jardim Ipitangas, na Ilha do Governador, nesta cidade, pelo valor de Cr\$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil cruzeiros) e prometeram ceder os direitos relativos ao imóvel descrito no item 26 ao mesmo Euclides Mendes e sua mulher, pelo preço de Cr\$ 220.000,00 (duzentos e vinte mil cruzeiros), conforme escritura lavrada no Cartório do 14º Ofício de Notas da Capital (Livro 2178 – fl. 87v), acostada aos autos do procedimento administrativo apenso à ação cautelar (fls. 223/225).

26. Em 06 de janeiro de 1975, o primeiro réu e sua então mulher (SOLANGE – terceira ré), prometeram ceder os direitos aquisitivos relativos ao imóvel sito na Rua Franco Job nº 293, antiga Rua Projetada “C”, no Jardim Ipitangas, Ilha do Governador, nesta cidade, a Manoel Rezende da Costa, pelo valor de Cr\$ 600.000,00 (seiscentos mil cruzeiros), pagos parceladamente, sendo Cr\$ 200.000,00 de sinal, Cr\$ 100.000,00 em 60 dias e o restante (Cr\$ 300.000,00) em 60 parcelas sucessivas, de conformidade com a escritura lavrada no Cartório do 13º Ofício de Notas da Capital (Livro 1.030 – fl. 78v), acostada às fls. 211/213 do mencionado procedimento administrativo.

27. Logo a seguir, em 15 de janeiro de 1975, o primeiro réu e sua então mulher (SOLANGE – terceira ré) adquiriram, por cessão de direitos, de Helena Bechuarti Sangirardi, o imóvel sito na Rua Sá Ferreira nº 188 – apartamento 301, em Copacabana, nesta cidade, pelo valor de Cr\$ 333.560,00 (trezentos e trinta e três mil, quinhentos e sessenta cruzeiros), conforme escritura lavrada no Cartório do 24º Ofício de Notas da Capital (Livro 140 – ato 95), que lhes foi adjudicado, por sentença do Juízo da 4ª

Vara Cível da Comarca da Capital, consoante anotações constantes no Cartório do 5º Ofício do Registro Geral de Imóveis (Livro 1.0 – fl. 175), cuja certidão está acostada à fl. 161 do citado procedimento administrativo.

28. No dia 01 de outubro de 1981, o primeiro réu, afastado de suas funções na Polícia Civil, exercendo o cargo em comissão de Diretor de Habilitação do Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro, e sua então mulher (SOLANGE – terceira ré), adquiriram, por promessa de compra e venda feita por Benet Niezencwajg, pelo valor de Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros), o imóvel constituído de prédio e terreno, sito na Rua Professor Nikan nº 73, no valorizado bairro de São Conrado, conforme escritura lavrada no cartório do 23º Ofício de Notas (Livro 3.169 – fl. 66). Acrescenta-se que o casal (primeiro e terceiro réus) doou o mencionado imóvel ao seu filho MARCO ANTONIO ALEGRE DA COSTA (quarto réu), em 29 de dezembro de 1987, conforme escritura lavrada no Cartório do 22º Ofício de Notas da Capital (Livro 2.468 – fl. 178).

29. Em 27 de dezembro de 1988, o primeiro réu adquiriu, em nome de sua então companheira IRACI INEZ MAROS, hoje sua mulher, assinando IRACI INEZ DA COSTA (segunda ré), o imóvel sito na Rua Comandante Julio de Moura nº 252 – apartamento 201, na Barra da Tijuca, nesta cidade, pelo valor de Cr\$ 4.100.000,00 (quatro milhões e cem mil cruzeiros) que, no mesmo ato, foi doado a LUCIANA MAROS DA COSTA (quinta ré), filha do casal, nascida em 18.09.86, conforme escritura lavrada no Cartório do 20º Ofício de Notas (Livro 2.509 – fl. 27) com anotações no Cartório do 9º Ofício do Registro Geral de Imóveis (matrícula 172.127), encontrando-se a respectiva certidão acostada às fls. 347/348 dos autos de procedimento já referido.

30. O ano de 1991, quando o primeiro réu assumiu o cargo de Diretor da Divisão de Repressão a Entorpecentes, foi decididamente dádivo, face às vultosas operações imobiliárias realizadas. Assim é que, em 03 de junho de 1991, o primeiro réu, em sociedade com MANOEL FRANCISCO DE CARVALHO e MARCO ANTONIO ALEGRE DA COSTA (quarto réu e filho do primeiro réu), adquiriu o prédio e terreno, sito na Estrada do Bananal nº301, antigo lote 1 do P.A. 34.127, no bairro de Jacarepaguá, nesta cidade, pelo preço de Cr\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil cruzeiros), de conformidade com a escritura lavrada no Cartório do 7º Ofício de Notas da Capital (Livro 3.013 – fl. 166), acostada às fls. 199/201 dos autos do procedimento administrativo já citado.

31. Em 03 de outubro de 1991, o primeiro réu, também em sociedade com MANOEL FRANCISCO BORGES DE CARVALHO e MARCO ANTONIO ALEGRE DA COSTA, adquiriu, por escritura de compra e venda e cessão de direitos, lavrada no Cartório do 4º Ofício de Notas (Livro 2.184 – fl. 66), o imóvel constituído pelo lote 5 da planta 9701, frente para a Estrada do Bananal, no bairro de Jacarepaguá, pelo preço de Cr\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil cruzeiros), valendo ressaltar que o fisco estadual arbitrou o valor do negócio em Cr\$ 8.100.000,00 (oito milhões e cem mil cruzeiros), fato que demonstra que a operação realizada foi evidentemente subfaturada).

32. Ainda no ano de 1991, o primeiro réu e sua mulher IRACI INEZ DA COSTA (segunda ré), mais precisamente no dia 31 de outubro daquele ano (1991), adquiriram, por escritura de cessão de meação e herança, lavrada no Cartório do 5º Ofício de Notas da Capital (Livro 3.316 – fl. 70), três áreas de terras situadas na Estrada do Pau Rachado, no município de São Pedro da Aldeia, na valorizada Região dos Lagos, totalizando 876.494,00 m² (oitocentos e setenta seis mil e quatrocentos e noventa e quatro metros quadrados), no valor de Cr\$ 46.428.571,42 (quarenta e seis milhões, quatrocentos e vinte e oito mil, quinhentos e setenta e um cruzeiros e quarenta e dois centavos), conforme documento acostado às fls. 350/353 dos autos de procedimento administrativo acima citado.

33. No que concerne aos bens móveis adquiridos pelo primeiro réu, a partir do ano de 1987, verifica-se, pelos documentos trazidos aos autos e pelas suas declarações de bens, que vários foram os negócios realizados, alguns não declarados à Receita Federal, merecendo menção os seguintes:

33. 1- Lancha Seagle, Carbrasmar, nº de identificação 381044010, com 11,95 metros, adquirida em 25.07.88, no valor declarado de NCR\$ 6.000,00 (seis mil cruzeiros novos), transferida para a Capitania dos Portos da Bahia (vide declaração de bens à fl. 111 e ofício da Capitania dos Portos à fl. 283, dos autos de procedimento administrativo apenso à ação cautelar preparatória);

33. 2- Lancha Seagle II, Carbrasmar, nº de identificação 381046781-2, com 11,58 metros, não declarada à Receita Federal (vide ofício da Capitania dos Portos à fl. 283 dos autos acima mencionados);

33. 3- Veículo Pick-up marca Chevrolet, ano 1989, placa WH-1818, adquirida em junho de 1989, pelo valor declarado de NCR\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros novos) (vide declaração de bens à fl. 117 dos autos já referidos);

33. 4- Caminhão marca Mercedes Benz – L-608 D, placa YF-6100, adquirido em 16.10.92 (vide ofício do DETRAN à fl. 235 dos já citados autos).

33. 5- Direito de uso e gozo das linhas telefônicas nº 3921099, 399.5134, 399.5021 e duas unidades móveis celulares (vide ofício da TELERJ às fls. 293 e 312 dos já referidos autos).

34. Vale observar que o primeiro réu é sócio da empresa Auto Posto Tirol Ltda., detendo 400.000 (quatrocentos mil) cotas, empresa estabelecida na Estrada do Bananal nº 301, no bairro de Jacarepaguá, nesta cidade.

V) DA EVOLUÇÃO PATRIMONIAL INCOMPATÍVEL COM A RENDA DE AGENTE PÚBLICO

35. Mister se faz promover a análise da evolução patrimonial do primeiro réu (ANTONIO NONATO DA COSTA) no período de 1987/1992, tomando-se por base as declarações de Imposto de Renda acostadas às fls. 102/135 e a perícia contábil requisitada pelo Ministério Público acostada às fls. 396/405 dos autos do

procedimento administrativo em apenso à Ação Cautelar de Sequestro de Bens.

36. Consoante estudos realizados pela Fundação IBGE para a Secretaria da Receita Federal (Pesquisa de orçamentos familiares), o contribuinte brasileiro médio de padrão superior (renda acima de 30 pisos salariais) possui um custo de manutenção familiar de 85,34% de sua renda bruta, dispondo, como receita líquida para investimentos, do percentual de 14,66%.

37. No caso em exame, não obstante o primeiro réu, de conformidade com sua declaração de rendas e bens relativa ao ano-base de 1991 (fl. 135 do já referido procedimento), indicar, apenas, uma dependente – sua filha LUCIANA DA COSTA MAROS (quinta ré) –, é relevante ressaltar que é casado com a segunda ré, IRACLI INÊS MAROS DA COSTA e, ainda, paga pensão alimentícia à sua ex-mulher, terceira ré, SOLANGE ALEGRE DA COSTA, que declara à Receita Federal ter a ocupação principal de pensionista (fls. 133, 302 e v. do já citado procedimento), o que justifica, sobejamente, a adoção do critério oficial acima referido para elaboração da perícia contábil.

38. Adotou-se, também, a conversão dos valores expressos nas diferentes moedas nacionais vigentes no período para o dólar norte-americano, como critério de fixação de moeda estável.

39. Compulsando as declarações de rendimentos e bens do primeiro réu, relativas aos últimos 5 (cinco) exercícios, acostadas às fls. 102/135, devidamente examinadas pelo Dr. Henrique José Lopes Netto, Contador, inscrito no C.R.C./R.J. sob o nº 10.916-8, perito compromissado nos autos de procedimento administrativo apenso à ação cautelar (fl. 396), verifica-se que as mesmas contêm vários vícios, incorreções e discrepâncias, não guardando correlação com os rendimentos declarados, constando informações inverídicas e montagens, tudo com o fim deliberado de camuflar a percepção de rendas estranhas à sua atividade principal indicada, qual seja a de servidor público.

40. Assim é que, de conformidade com o laudo técnico acostado às fls. 397/401 dos autos do procedimento administrativo apenso à ação cautelar, delineia-se o seguinte quadro verdadeiramente estarrecedor:

40. 1- No ano-base de 1987 – exercício de 1988, o primeiro réu apresentou um saldo negativo de CZ\$ 105.374,00, equivalente a U\$ 2.538,52 (dois mil, quinhentos e trinta e oito dólares americanos e cinquenta e dois cents);

40. 2- No ano-base de 1988 – exercício de 1989, apresentou um acréscimo patrimonial a descoberto de CZ\$ 17.515.503,00 equivalente a U\$ 62.143,88 (sessenta e dois mil, cento e quarenta e três dólares americanos e oitenta e oito cents);

40. 3- No ano-base de 1989 – exercício de 1990, apresentou um acréscimo patrimonial a descoberto de NCZ\$ 481.081,00, equivalente a U\$ 203.697,55 (duzentos e três mil, seiscentos e noventa e sete dólares americanos e cinquenta e sete cents);

40. 4- No ano-base de 1990 – exercício de 1991, apresentou um acréscimo patrimonial a descoberto o valor de Cr\$ 6.000.000,00 (seis milhões de cruzeiros),

equivalente a U\$ 286.484,54 (duzentos e oitenta e seis mil, quatrocentos e oitenta e quatro dólares americanos e cinquenta e quatro *cents*); e

40. 5- No ano-base de 1991 – exercício de 1992, apresentou um acréscimo patrimonial a descoberto no valor de Cr\$ 82.712.416,00, equivalente a U\$ 458.556,13 (quatrocentos e cinquenta e oito mil, quinhentos e cinquenta e seis dólares americanos e treze *cents*).

41. Tal situação, que evidencia um superlativo acréscimo patrimonial a descoberto por parte do primeiro réu, aliada aos exagerados e propositadamente distorcidos lançamentos a título de outros rendimentos e rendimentos isentos e não tributáveis, conforme bem esclarece o já mencionado laudo técnico, deixa patente de modo incontestável o acentuado e não explicado aumento patrimonial do réu, sem respaldo em seus rendimentos, exatamente nos períodos em que exerceu funções significativas na Polícia Civil.

42. Aliás, ainda que a título ilustrativo, mas não menos desprovido de significado, merecem reflexão as gravíssimas afirmações constantes dos termos de declarações de IVAN CUSTÓDIO DE LIMA, cujas cópias estão acostadas às fls. 382/392 e 393/395 dos autos do procedimento apenso à ação cautelar, que traçam amplo painel alusivo a atividades ilícitas de grande envergadura, envolvendo autoridades policiais e alguns de seus agentes no Estado do Rio de Janeiro.

43. É certo que, no caso vertente, o primeiro réu mantinha estreitíssima ligação com um daqueles delegados de polícia ali apontados, o qual seria, inclusive, verdadeiro sustentáculo da máquina arraigada na Administração da Cúpula da Secretaria de Estado da Polícia Civil, visando, através de mecanismos de extorsão, auferir vultosos ganhos ilícitos.

44. Não é de todo desprezível anotar-se que, conforme se observa nos termos de declarações referidos, a testemunha IVAN menciona que, nas diversas operações de extorsão, chamadas “mineiras”, havia percentuais específicos destinados “à Administração”, onde o primeiro réu exercia função de destaque, desde a época em que foi Diretor da Divisão de Segurança de Órgãos e Sistemas (06.06.89 a 21.11.90), a seguir como Diretor da Divisão de Roubos e Furtos (27.11.90 a 22.05.91) até, preponderantemente, atuar como Diretor da Divisão de Repressão a Entorpecentes (22.07.91 a 20.05.93), ocasião em que ocorreu acentuado incremento em seu patrimônio, coincidindo com a gestão do então Diretor do D.G.P.C., Delegado ELSON CAMPELLO, apontado como grão-vizir da corrupção organizada na cúpula da Secretaria de Estado de Polícia Civil.

45. Tais fatos conduzem à convicção da ilicitude do enriquecimento, com nítida afronta aos princípios da moralidade, da finalidade e do interesse público, consagrados constitucionalmente, posto que o primeiro réu, ANTONIO NONATO DA COSTA, à época da aquisição dos bens, não dispunha de justificados recursos financeiros para fazê-lo, não só à vista das discrepâncias de suas declarações de imposto de renda, como também em face da inegável subvalorização dos preços de aquisição dos bens.

46. Por derradeiro, mister observar que os evidentes e alarmantes indícios de conluio estável para o cometimento de crimes levaram o Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça a oferecer DENÚNCIA contra o primeiro réu (ANTONIO NONATO DA COSTA) E MAIS 70 (setenta pessoas), pela prática do delito definido no art. 288 parágrafo único do Código Penal (quadrilha ou bando armado), perante o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme peça anexa.

VI) DO DIREITO:

47. A atual Constituição Federal sanciona com severidade os atos de improbidade administrativa, ao dizer, no parágrafo quarto do artigo 37 que “importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

48. Tal preceito constitucional é tradição em nossa ordem jurídica, tendo em vista que já a Constituição de 1946 consagrava dispositivo semelhante, no artigo 141, par. 31, 2ª parte, bem como a Carta Magna de 1967, em seu artigo 153, parágrafo 11, 2ª parte.

49. De tais comandos constitucionais, vieram à luz as Leis nºs 3.164, de 1º de Junho de 1957 e 3.502, de 21 de Dezembro de 1958 (Lei Bilac Pinto), estabelecendo o preceito geral de que todo o enriquecimento ilícito que decorra de influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em autarquia, dará lugar ao seu sequestro ou perda.

50. Portanto, insista-se que qualquer vantagem econômica estranha e indevida obtida por influência ou abuso de cargo ou função pública será sempre um enriquecimento ilícito. Nesse sentido, é explícito o posicionamento de Francisco Bilac Pinto na monografia anteriormente referida sobre o tema.

51. Os fatos retratados ocorreram sob a regência da Lei nº 3.502/1958 que estabelece, em seu artigo 1º, que “o servidor público, ou o dirigente, ou o emprego de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito, ficará sujeito ao sequestro e perda dos respectivos bens ou valores”.

52. Hely Lopes Meirelles considera enriquecimento ilícito, no que tange a servidores públicos, aquele que decorre do aumento injustificado do patrimônio (Direito Administrativo Brasileiro, RT, 15ª ed., pág. 417).

53. Sem embargo de ter o emérito jurista lembrado o DL 359/1968, já derogado, sem dúvida a assertiva corresponde ao entendimento adequado à preceituação constitucional que, historicamente, vem censurando os atos de improbidade administrativa.

54. Ressalve-se, por oportuno, que as modalidades de enriquecimento ilícito enumeradas pelo legislador de 1958 são, como é curial, meramente exemplificativas. Com efeito, como adverte Bilac Pinto:

A circunstância de ter a Lei nº 3502, de 21.12.58, indicado, exemplificativamente, algumas hipóteses de enriquecimento ilícito, não significa qualquer restrição ao conceito amplo e abrangente desse enriquecimento. Os vários exemplos citados na lei constituem os casos mais correntes de enriquecimento ilícito e a sua caracterização visa a fornecer ao aplicador da norma critérios específicos para a conceituação das suas diversas modalidades. Como, porém, a vida é muito mais rica e variada que a capacidade de previsão do legislador, este deve a cautela de manter a norma com a mesma amplitude do texto constitucional. Toda e qualquer forma de enriquecimento ilícito que decorra de influência ou abuso de cargo público incide na sanção de seu sequestro e perda, não tendo o caráter restritivo a indicação de alguns exemplos no texto da Lei nº 3502/1958. (ob. cit., pág.139/140).

55. Reitera ainda o renomado autor, em outra passagem, que:

O legislador ao dar alguns exemplos de enriquecimento ilícito não pretendeu esgotar o elenco das variadíssimas formas que ele pode assumir. Tratando-se de instituto novo, que apresenta muitas dificuldades ao aplicador da norma, para sua caracterização, procurou o legislador mencionar alguns exemplos de formas típicas e atípicas de enriquecimento ilícito, a fim de que deles a jurisprudência pudesse extrair elementos que a habilitassem a conceituar as múltiplas hipóteses que podem surgir e não estão previstas na lei.

56. O quadro fático descrito acima sem dúvida ajusta-se à previsão do art. 1º da Lei nº 3502/1958, de modo a configurar hipótese de enriquecimento ilícito do réu, sujeito ao sequestro e perda dos respectivos bens e valores.

57. Esse entendimento encontra clara explicitação na superveniente Lei 8429, de 02 de junho de 1992, cujo artigo 9º, *caput*, assim dispõe:

[...] constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no artigo 1º, desta Lei.

58. E o art. 9º, VII, explicita uma modalidade de enriquecimento ilícito que merece destaque:

Adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

59. HELY LOPES MEIRELLES, ob.cit., 18ª ed., p. 422, comentando o aludido dispositivo assevera:

Entre os diversos atos de improbidade administrativa exemplificados nessa lei, o de adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do patrimônio público, merece destaque, dado o seu notável alcance, pois inverte o ônus da prova, sempre difícil para o autor da ação em casos como o descrito pela norma. *Nessa hipótese, quando desproporcional, o enriquecimento ilícito é presumido, cabendo o agente público a prova de que ele foi lícito, apontando a origem dos recursos necessários à aquisição* (grifos nossos).

60. O acréscimo patrimonial que importou em obtenção de indevida vantagem econômica, na forma descrita, como já dito, ocorreu sob o império da Lei nº 3502/1958, conhecida como “Lei Bilac Pinto”, cujas normas de conteúdo material são por isso aplicáveis ao caso.

61. Em se entendendo, porém, que a lei de regência é a nova (Lei nº 8429/1992), por igual inarredável concluir-se que o requerido praticou ato de improbidade administrativa, auferindo vantagem patrimonial indevida que lhe proporcionou enriquecimento ilícito, obtido em razão do exercício das funções de delegado de polícia, em cargos em comissão na Secretaria de Estado de Polícia Civil, mormente no período de 06.06.89 a 20.05.93.

62. De qualquer modo, importam os atos descritos em ambas as leis, no sequestro e perdimento dos bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio, na forma do art.1º, *caput*, da Lei nº 3502/1958, ou do art. 9º, da Lei nº 8429/1992, além do ressarcimento integral de perdas e danos causados à administração pública.

63. Aliás, na hipótese de aplicação do novo diploma legal, tem-se na forma do art. 12, inciso I, mais a consequência da perda da função pública, ora requerida, com suas consequências legais.

64. Registre-se, por fim, que os referidos diplomas legais estribam-se em preceitos consagrados na Lei Fundamental (arts. 5º, XLV e 37, § 4º) a que, de igual forma, sancionam os atos de improbidade administrativa.

65. Conclui-se, pois:

A) que, no período de 1987 a 1992, enquanto Delegado de Polícia, em exercício em cargos em comissão notadamente no ano de 1991, o primeiro réu (ANTONIO NONATO DA COSTA) acumulou patrimônio incompatível com seus rendimentos, circunstância indicativa de que, por influência ou abuso de cargo ou função, beneficiou-se de enriquecimento ilícito;

B) que os bens imóveis adquiridos em tal período, para efeito de escrituração e registro, foram declarados por valores inferiores

aos seus valores reais, circunstância que aprofunda a carência de recursos financeiros justificáveis para as aquisições;

C) que o primeiro réu (ANTONIO NONATO DA COSTA) adquiriu, com recursos amealhados ilicitamente, imóveis em nome de sua então mulher, a terceira ré (SOLANGE ALEGRE DA COSTA), e de sua atual mulher, segunda ré (IRACI INEZ DA COSTA), que não dispunham de recursos financeiros para tais aquisições;

D) que o primeiro réu (ANTONIO NONATO DA COSTA) e sua então mulher, terceira ré (SOLANGE ALEGRE DA COSTA), promoveram a doação de imóvel, adquirido com recursos amealhados ilicitamente, ao filho comum, quarto ré (MARCO ANTONIO ALEGRE DA COSTA);

E) que o primeiro réu (ANTONIO NONATO DA COSTA) e sua atual mulher, segunda ré (IRACI INEZ DA COSTA), promoveram a doação de imóvel, adquirido com recursos amealhados ilicitamente, à filha comum, quinta ré (LUCIANA MAROS DA COSTA ou LUCIANA DA COSTA MAROS);

F) que, decididamente, com os rendimentos que auferiu no exercício das aludidas funções públicas, o primeiro réu (ANTONIO NONATO DA COSTA) jamais reuniria condições de, probamente, amealhar o expressivo patrimônio que acumulou, representado por uma variação patrimonial a descoberto, até o ano-base de 1991, *no valor total de U\$ 458.556,13* (quatrocentos e cinquenta e oito mil, quinhentos e cinquenta e seis dólares americanos e treze cents), de conformidade com o laudo técnico acostado às fls. 397/401 do procedimento administrativo apenso à ação cautelar.

66. Fica patente assim, cabal e irrefutavelmente, a presunção da origem ilícita dos recursos havidos pelo primeiro réu para a aquisição de bens de que é proprietário e outros já doados, circunstância que, inclusive, estrepitosamente, foi destacada nos órgãos de imprensa e em depoimentos em sede judicial e policial, conforme antes acentuado.

VII) DO PEDIDO:

67. Destarte, observado o rito dos arts. 282 e seguintes do Código de Processo Civil e com fundamento nos artigos 12, I e 17, da Lei nº 8429, de 02.06.92, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO requer:

- a) Distribuição, por dependência, da presente AÇÃO ORDINÁRIA, eis que esse MM. Juízo tornou-se presente em face da ação cautelar preparatória em curso nessa 2ª Vara da Fazenda Pública;
- b) A citação de ANTONIO NONATO DA COSTA, IRACI DA COSTA, SOLANGE ALEGRE DA COSTA, MARCO ANTONIO ALEGRE DA

COSTA e LUCIANA MAROS DA COSTA ou LUCIANA DA COSTA MAROS, esta menor impúbere, na pessoa de seus representantes legais, seus pais, ANTONIO NONATO DA COSTA e IRACI INEZ DA COSTA, para responderem aos termos da presente ação, assim como para, querendo, contestá-la, no prazo legal, pena de revelia;

c) A citação do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através de seu Procurador-Geral, para que, como litisconsorte necessário, venha a integrar a lide, nos termos do art. 17, § 3º, da Lei nº 8429/1992;

d) A cientificação da Secretaria de Estado da Polícia Civil da propositura da presente Ação, para a adoção das providências administrativas pertinentes (artigo 20 § único da Lei 8429/1992);

e) A avaliação dos bens móveis e imóveis, diligência em curso na Corregedoria-Geral de Justiça, reiterando requerimento formulado na ação cautelar de sequestro de bens dos réus, em curso perante esse r. Juízo, por cuja juntada dos respectivos laudos desde já protesta;

f) A avaliação de outros quaisquer bens cuja titularidade em nome do primeiro réu, ou, fraudulenta, em nome de terceiros venha a ser apurada no curso da presente ação, ou ainda que tenha sido constatada em razão do sequestro, objeto da ação cautelar em curso perante esse r. Juízo.

g) A realização de perícia contábil nos livros e documentos da empresa AUTO POSTO TIROL LTDA., inclusive aqueles relativos a operações bancárias, da qual os primeiros e quarto réus são sócios cotistas, apurando-se a pertinência das receitas em função do objeto social, bem como de empréstimos contraídos com a ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO;

h) A realização de perícia em todos os documentos vindos aos autos da ação cautelar em resposta ao ofício expedido ao Banco Central, o qual reitera na presente ação, solicitando que seja determinado a todos os estabelecimentos bancários do Estado do Rio de Janeiro, que informem a existência, no período de 1986 a 1993, enviando, em caso positivo, cópia dos respectivos extratos, fichas cadastrais e relação das pessoas autorizadas a movimentá-las: 1) contas correntes; 2) cadernetas de poupança; 3) aplicações financeiras de qualquer espécie, em nome dos réus.

i) A expedição de Ofício à Secretaria da Receita Federal, solicitando seja remetido a esse Juízo cópia das declarações de imposto de renda dos réus, conforme discriminativo abaixo, bem como peças de procedimentos fiscais eventualmente instaurados em face dos réus:

i.1) ANTONIO NONATO DA COSTA, C.P.F. nº 205.506.859-15 – ano-base de 1992;

i.2) IRACIINEZ DA COSTA que antes assinava IRACIINEZ MAROS, C.P.F. Nº 265.036.460-20 – anos-base de 1987,1988,1989,1990 e 1991;

i.3) SOLANGE ALEGRE DA COSTA, C.P.F. nº 011.793.357-09 – anos-base de 1987,1988 e 1992;

i.4) MARCO ANTONIO ALEGRE DA COSTA, C.P.F.nº 665.949.107-44 – anos-base de 1987,1988,1989,1990 e 1992;

j) Expedição de ofício à Secretaria da Receita Federal requisitando seja remetida a esse Juízo cópia das declarações de imposto de renda da empresa AUTO POSTO TIRAL LTDA., desde a sua criação, e, também, do sócio cotista da referida empresa, MANOEL FRANCISCO BORGES DE CARVALHO, C.P.F. nº 550.092.047-20, concernentes aos anos-base de 1987,1988,1989,1990 e 1992;

l) A procedência do pedido, com a decretação do perdimento dos bens de propriedade dos réus, cujo valor total corresponda ao acréscimo patrimonial a descoberto, desproporcional à evolução do patrimônio e à renda lícita dos réus, a ser apurado no curso do processo ou em liquidação de sentença, em favor do Estado do Rio de Janeiro, bem como a decretação da perda da função pública do primeiro réu (ANTONIO NONATO DA COSTA) e ainda com a sua condenação ao pagamento de multa civil correspondente a três vezes o valor do ilícito acréscimo patrimonial verificado a partir da vigência da Lei nº 8.429/1992, qual seja da data de sua publicação em 03.06.92;

68. Protesta comprovar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial pelo depoimento pessoal dos réus, sob pena de confissão, oitiva de testemunhas, cujo rol será ofertado em momento oportuno, realização de perícias e inspeções judiciais e juntada de novos documentos.

69. Termos em que, na forma do art. 259 do C.P.C., dá à causa o valor estimado de CR\$ 132.5000.000,00 (cento e trinta dois milhões e quinhentos mil cruzeiros reais).

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 22 de dezembro de 1993.

ANTONIO CARLOS SILVA BISCAIA

Procurador-Geral de Justiça

ELSO VAZ

Promotor de Justiça
Coordenador da CODECID

CARLOS ROBERTO DE CASTRO JATAHY

Promotor de Justiça

LINCOLN ANTONIO DE CASTRO

Promotor de Justiça

LUIZ CARLOS CAFFARO

Promotor de Justiça

MARIA DA CONCEIÇÃO NOGUEIRA DA SILVA

Promotor de Justiça

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ABRALATAS

231, 254

AÇÃO

civil pública

11, 82-84, 90, 92, 97-98, 101, 105, 107,
137, 139, 141, 143, 145-147, 149-151, 153,
211, 214

popular

137, 139, 141, 143, 145-149, 151-153

APELAÇÃO CRIMINAL

12, 52, 255

ARBITRAGEM

61-80

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

12, 227-228, 296

BIODIVERSIDADE

231-232, 251

CÓDIGO PENAL

32-47, 50, 52-53, 55, 117, 134, 191, 198-
200, 203, 257-258, 360, 416

COMPETÊNCIA MUNICIPAL

263

CONCILIAÇÃO

263

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

109, 112, 114-115, 125, 133-134

CULTOS RELIGIOSOS

229

DECLARAÇÃO "DIGNITATIS HUMANAЕ"

229

DECRETO EXPROPRIATÓRIO

12, 263-266, 270

DEFESA DO MEIO AMBIENTE

235, 240, 251

DÉFICIT DE EFETIVIDADE

137, 141, 152

DELITO

46, 48, 139, 191, 195, 199-201, 203, 256-
258, 281, 296, 299, 304, 307, 314-315,
360, 363, 365, 367-369, 407-408, 415,
421, 424

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

12, 174, 231, 235, 241, 251

DIREITO(S)

à integridade física

11, 31-32, 35, 37-41, 43, 45-47, 49, 51, 53,
55, 57-59

humano

31, 34, 41, 53

fundamentais

11, 56, 84, 84, 88-89, 97-98, 101, 104,
113, 115-116, 122, 136-145, 147-149, 151-
153, 179, 192-195, 202, 204, 215-216

DOMÍNIO ÚTIL

263, 266-267

DOSIMETRIA DA PENA

12, 255, 257, 262

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

12, 255, 262, 338, 350-351, 417, 420

ENFITEUSE

263, 266

ESTÍMULOS FISCAIS

231, 240, 246-247

EXECUÇÃO FORÇADA

109, 114, 117, 122-123

ICMS

151, 232, 240, 247, 253

IMPACTO(S)

ambiental

235, 237, 246, 247, 251, 253

favoráveis

12, 231

INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO

137

INTEGRIDADE

corporal

32, 45, 51

física

11, 31-49, 51, 53, 55, 59, 145, 191-192

JUSTIÇA SOCIAL

235, 241, 251

LIBERDADE

- de crença e de culto
229
- de culto
229

MANDADO DE SEGURANÇA

- 12-13, 27, 116, 133, 205, 263-264, 266,
357, 359, 361-363, 368-369, 371

MATÉRIA PREQUESTIONADA

- 262

MEDIAÇÃO

- 61, 64-70, 72-74, 76, 79-80, 87, 92, 100,
106-107, 109, 123-126, 135, 195, 344

MEIO AMBIENTE

- 32, 64, 82, 120, 140-141, 143, 146, 148,
231-240, 247-248, 250-253

NEGOCIAÇÃO

- 61, 109, 123, 129, 132

NEGÓCIO PROCESSUAL

- 109, 128-131

ORDEM PÚBLICA

- 38, 73, 113, 199-200, 229, 258

PATRIMÔNIO GENÉTICO

- 232, 236

PENAS-BASE

- 257

PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

- 248-249, 252

**PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E
DA IMPESSOALIDADE**

- 12, 263

PRODUTOS E SERVIÇOS

- 235, 251

PROPRIEDADE

- 63-64, 119, 155, 157-164, 166, 174, 193,
208, 235, 237, 245-247, 251, 263-267,
377, 415

PROTEÇÃO PENAL

- 11, 31-33, 35, 37, 39, 41, 43, 45, 47, 49, 51,
53, 55, 57, 59

QUALIFICADORA

- 12, 255-262

RECUPERAÇÃO AMBIENTAL

- 12, 120, 231

RESERVA LEGAL AMAZÔNICA

- 233

SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

- 231, 244, 250

SOLO URBANO

- 228, 265

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 13, 27, 63, 149, 151, 159, 201, 262, 280,
288-289, 292, 300-301, 303-307, 325-
328, 330, 333-335, 349-350, 352, 354,
357-360, 362, 364, 366, 368, 370, 364,
366, 368, 370-371, 373-374, 376, 378,
380, 391, 420.

TEMPLO RELIGIOSO

- 12, 227-228, 230

TESE MINISTERIAL

- 256, 261

TRATAMENTO DIFERENCIADO

- 230, 235, 238, 247-248, 251

TUTELA

- dos direitos de terceira dimensão
137, 146

- específica das obrigações de fazer
109, 116, 119, 126, 136

VÍTIMA

- 11-12, 23, 33, 42-48, 52, 69, 191-193, 195-
205, 255-261, 357, 359-360, 362, 365,
368, 370, 388, 392, 402, 407, 413, 416-
417, 426

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

