

**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
Tifany 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
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, 60)

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

Kátia Aguiar Marques Selles Porto
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
Dirce Ribeiro de Abreu
José Roberto Paredes
Luiz Fabião Guasque
Luciana Sapha Silveira

• • •

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

Em época de crise das finanças públicas, as questões econômicas ocupam o centro dos debates, a insatisfação sócio-política aumenta e os discursos se polarizam. Nesse contexto, a análise científica tende a ceder lugar aos argumentos emotivos e às impressões do senso comum. Priorizar a serenidade na análise de questões contemporâneas, na academia, nos Tribunais e mesmo na imprensa deve ser um dos principais objetivos de qualquer periódico científico e, sobretudo, de publicações institucionais como a Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Nessa perspectiva, nossa segunda edição de 2016 apresenta aos leitores uma variedade de temas jurídicos que vão desde a construção de mecanismos de reconhecimento da cidadania, da liberdade e do ativismo jurídico até a dimensão mais ampla da essência das instituições políticas.

A seção *Doutrina* possibilita um profícuo estudo sobre a temática dos direitos fundamentais, trazendo para o cotidiano dos nossos leitores teses de indiscutível relevância como a atuação do Poder Judiciário em prol da saúde, os limites da liberdade sexual e o paradoxo jurídico-pragmático entre liberdade, religião e laicidade na educação pública. A expansão da criminalidade feminina e os aspectos mais penosos que permeiam o sistema prisional dessa população carcerária também compõem nosso acervo doutrinário. Não menos importante é o destaque dado à prática forense e à atuação do Ministério Público no contexto dos sistemas punitivos. Incidente de demandas repetitivas, ação rescisória, audiência de custódia, responsabilidade civil e direito comercial são outros temas abordados nesta edição, todos objeto de análise por renomados colaboradores.

O exercício das funções institucionais do Ministério Público é retratado na seção *Peças Processuais*. Manifestações e petições jurídicas em sede de mandado de segurança, no controle de constitucionalidade de leis e na esfera recursal trazem à baila as reflexões jurídicas daqueles que militam em prol da população. As peças selecionadas para essa edição exemplificam e enobrecem o cotidiano institucional, seja pela relevância dos temas, seja pela complexidade das demandas judiciais que, na atualidade, cada vez mais exigem uma intervenção ministerial combativa e eficiente.

A seção *Jurisprudência* apresenta importantes temas em debate nos dois principais tribunais do País. Do Supremo Tribunal Federal, trazemos o entendimento sobre o direito de pensão proveniente de união estável, da utilização do *habeas corpus* como substituto do recurso extraordinário e da nulidade dos atos praticados por defensor técnico não inscrito na OAB. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, as teses apresentadas versam sobre a indevida cobrança de direitos autorais em evento promovido para fins didáticos, sobre a prescrição de atos praticados pelo poder público, especialmente em se tratando do provimento de cargos públicos sem concurso público, e, ainda, uma interessante tese, objeto de *habeas corpus*, em que se pleiteava a anulação do julgamento em decorrência do impedimento do desembargador que participou da sessão.

Na seção Observatório Jurídico, são reproduzidos dois artigos sobre a crise política brasileira, um dos quais de um periódico francês, de autoria de membro do Ministério Público fluminense. E, em Jurisprudência Internacional, é apresentado mais um caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso das crianças e dos adolescentes privados de liberdade no “Complexo do Tatuapé”, da FEBEM.

Agradecemos uma vez mais aos autores a colaboração e desejamos a todos os assinantes uma excelente leitura!

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

O Direito à Saúde e a Possibilidade do Controle Judicial <i>Ana Luiza Lima Fazza</i>	17
Criminalidade Feminina: Alarmante Realidade <i>André Guilherme Tavares de Freitas</i>	41
Cirurgia de Transposição de Sexo. Aspectos Jurídicos Decorrentes de sua Realização <i>Áurea Pimentel Pereira</i>	53
A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana <i>Carlos Alexandre de Azevedo Campos</i>	59
Promoção e Proteção dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 <i>Emerson Garcia</i>	119
Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas <i>Fabício Rocha Bastos</i>	129
Ação Rescisória e a Ação de Invalidação de Atos Processuais Prevista no Art. 966, §4º, do CPC-2015 <i>Fredie Didier Jr.</i> <i>Leonardo Carneiro da Cunha</i>	157
Publicização do Direito Comercial <i>Jorge Lobo</i>	167
Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade <i>Jorge Miranda</i>	187
Questões que Envolvem a Denominada “Audiência de Custódia” <i>Marcellus Polastri Lima</i>	205
Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por Atos do Ministério Público em Inquérito: Lições do Direito Português <i>Marcus Vinícius Amorim de Oliveira</i>	223
A Consensualidade na Atuação do Ministério Público na Promoção da Responsabilização por Atos de Improbidade Administrativa frente à Independência dos Sistemas Punitivos <i>Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis</i>	247
 Observatório Jurídico	
<i>Crise politique au Brésil : la chute du PT marque le triomphe de la démocratie</i> <i>Adolfo Borges Filho</i>	267
Concussão e Tortura Mental <i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	271

Peças Processuais

Pareceres

- Parecer. Mandado de Segurança. Pretensão de que, com base no princípio da igualdade, seja estendido aos Impetrantes a sistemática do Decreto nº 42.599/2010, no qual o Estado, *sponte propria*, decidiu reparar os danos causados aos familiares de pessoa vitimada durante operação policial.
Emerson Garcia **277**
- Parecer. Representação por Inconstitucionalidade do § 9º do art. 22-A da Lei nº 4.191/2003, incluído pela Lei nº 6.805/2014, ambas do Estado do Rio de Janeiro. Competência concorrente do Estado para legislar sobre consumidor e meio ambiente.
Joana Fernandes Machado **281**
- Parecer. Arguição de inconstitucionalidade. Lei nº 1.441/2004, do Município de Paraty, que acresceu ao art. 94 do Estatuto dos Servidores local o inciso VIII, para incluir, no rol de vantagens que poderão ser atribuídas por portaria do Prefeito ou do Presidente da Câmara de Vereadores, o adicional de risco de vida em favor da Guarda Municipal.
Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho **285**
- Embargos de Declaração em Apelação Criminal. Crime de homicídio. Oposição com o objetivo de sanar vícios de obscuridade e omissão, relativos à fundamentação, a fim de se evitar arguição de nulidade à amplitude de defesa, especialmente quanto à quesitação formulada para as teses defensivas.
Nilo Augusto Francisco Suassuna **295**
- Parecer. Mandado de Segurança. O Estado do Rio de Janeiro se insurge contra acórdão proferido por órgão fracionário do Tribunal de Justiça, sob a alegação de que, ao conceder a ordem ali vindicada, o órgão impetrado afastou-se por completo de premissa estabelecida pelo Órgão Especial.
Sérgio Bumashny **301**

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Cível

- Direito civil e administrativo. Mandado de segurança. Registro de pensão por morte pelo TCU. Rateio entre companheira e viúva de servidor público. Exigência de reconhecimento judicial de união estável e separação de fato. Mandado de Segurança 33.008 – DF.
Primeira Turma, 03/05/2016 **311**

Jurisprudência Criminal

- Recurso ordinário em *habeas corpus*. Recorrente defendido por profissional não inscrito na OAB. Prejuízo à defesa técnica evidente. Nulidade da ação penal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 119.900 – CE.
Segunda Turma, 05/05/2015 **321**

Habeas corpus. Constitucional. Penal. Tráfico internacional de entorpecente. Alegação de imprescindibilidade de perícia complementar na substância entorpecente apreendida. Desnecessidade. Inexigência na Lei nº 11.343/2006 de determinação do grau de pureza da droga e do seu potencial lesivo. Impossibilidade de reexame de prova. Ordem denegada. *Habeas Corpus* 132.909 – SP. *Segunda Turma, 15/03/2016*. **327**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Cível

Processual civil e administrativo. Improbidade administrativa. Medida cautelar de indisponibilidade de bens. Previsão constitucional (art. 37, § 4º). *Periculum in mora* presumido. *Fumus boni iuris*: indispensabilidade. Recurso Especial nº 1.315.092 – RJ. (2011/0223435-9) *Primeira Turma, 05/06/2012* **337**

Administrativo. Processual civil. Ação Civil Pública. Ausência de concurso público. Provimento de pessoas em cargos de provimento efetivo após 1988. Assembleia Legislativa do Estado. Acórdão recorrido que reconhece a prescrição, com apoio no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932. Inaplicabilidade às hipóteses de flagrante inconstitucionalidade. Precedentes do STF. Retorno dos autos para a primeira instância. Recurso Especial nº 1.310.857 – RN. (2012/0039322-7) *Segunda Turma, 25/11/2014* **357**

Jurisprudência Criminal

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Concessão da ordem em *mandamus* impetrado na origem. Decisão unânime. Posterior anulação do julgamento em decorrência do impedimento de um dos Desembargadores. Manifestação que não altera a decisão proferida. Necessidade de manutenção do julgado. Constrangimento ilegal caracterizado. Novo julgamento do *mandamus* com base em documentos apresentados pelo Ministério Público e sobre os quais o impetrante não teve a oportunidade de se manifestar. Ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Concessão da ordem. *Habeas Corpus* nº 308.473 – ES. (2014/0287775-5) *Quinta Turma, 16/12/2014* **371**

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória **381**

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no “Complexo do Tatuapé” da FEBEM **383**

Noticiário

José Roberto Paredes assume interinamente a Corregedoria-Geral do MPRJ **397**

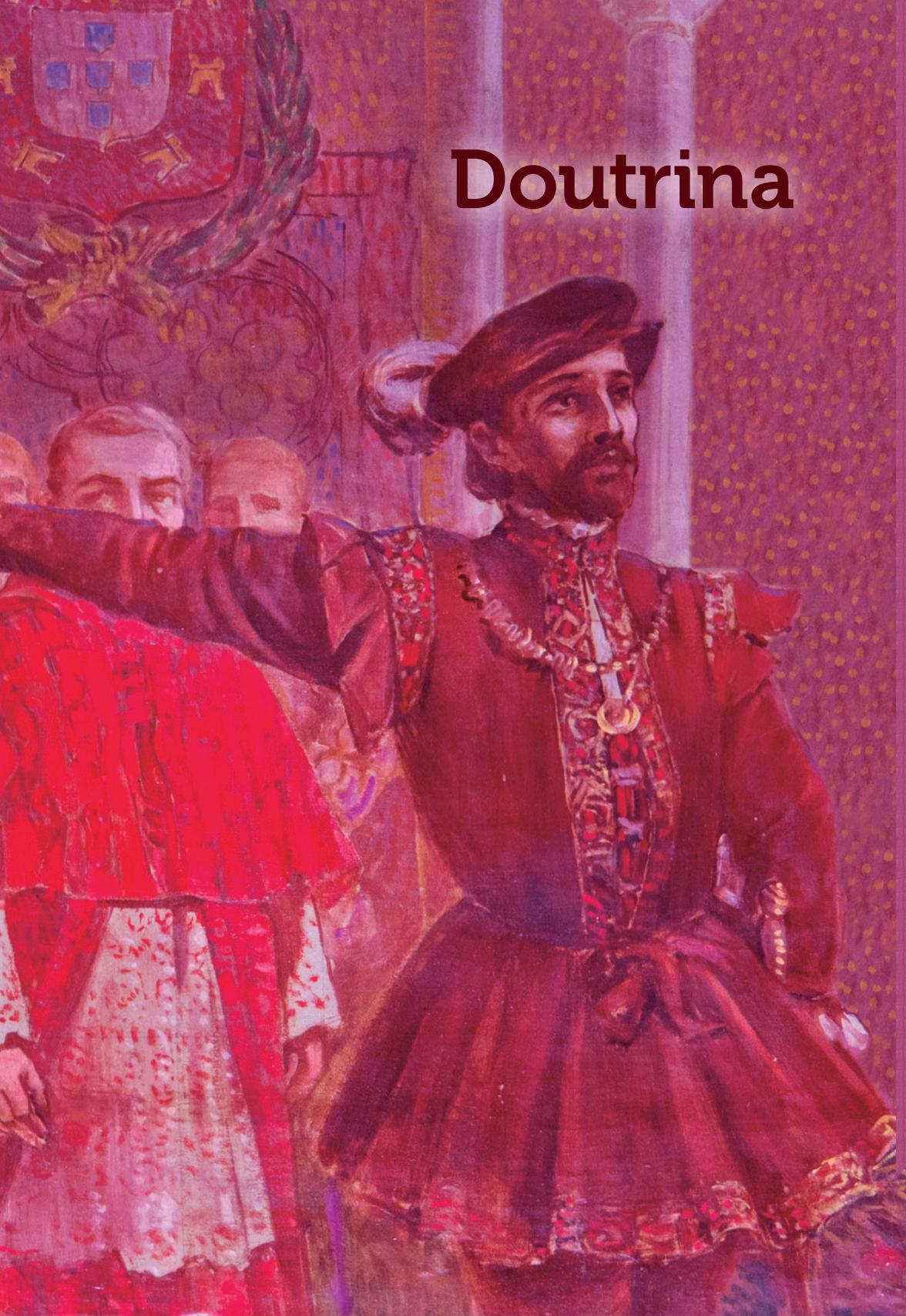
Eleição e Posse do Corregedor-Geral do MPRJ, Pedro Elias Erthal Sanglard **399**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **405**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



O Direito à Saúde e a Possibilidade do Controle Judicial

Judicial Control of Health Public Policies

Ana Luiza Lima Fazza*

Sumário

1. Introdução. 2. A Estrutura da Norma do Direito Fundamental à Saúde. 2.1. O Direito Fundamental Social à Saúde e sua Relação com o Direito à Vida. 2.2. A Dicotomia entre Regras e Princípios. 2.3. A Natureza Jurídica da Norma Positivadora do Direito à Saúde. 2.4. O Conteúdo Mínimo Essencial do Direito à Saúde. 3. O Direito à Saúde frente à Escassez de Recursos do Estado. 3.1. As Espécies de Escassez de Recursos. 3.2. Princípio da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial. 4. O Controle Judicial dos Atos Administrativos que Materializam Políticas Públicas de Saúde. 4.1. Atos Administrativos Vinculados e Atos Administrativos Discricionários. 4.2. A Justiciabilidade ou Exigibilidade do Direito Fundamental à Saúde. 4.2.2. Dificuldades à Justiciabilidade do Direito à Saúde. 4.2.2.1. Ofensa à Separação de Poderes. 4.2.2.2. Existência de Outros Direitos Fundamentais. 4.2.2.3. Escassez de Recursos. 4.2.3. Superação dos Entraves à Justiciabilidade do Direito à Saúde. 4.2.3.1. Inexistência de Ofensa à Separação de Poderes. 4.2.3.2. O Direito à Saúde e o Conflito com Outros Direitos Fundamentais. 4.2.3.2.1. O Direito à Saúde *versus* Outros Direitos Sociais. 4.2.3.2.2. O Direito à Saúde de Um *versus* o Direito à Saúde de Outros. 4.2.3.3. Teoria do Mínimo Existencial. 4.2.3.4. Teoria da Necessidade. 5. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O presente trabalho tem por escopo analisar o papel do Poder Judiciário e a possibilidade de sua interferência junto aos demais Poderes na concretização do direito fundamental à saúde. A partir da leitura dos ensinamentos de DWORKIN (2010) e utilizando como marco teórico a teoria dos direitos fundamentais de ALEXY (2011), chega-se à ilação de que o direito à saúde está positivado em uma norma-princípio, devendo ser concretizado por estar diretamente ligado à manutenção da vida humana, surgindo daí a exigência de sua universalidade. Posto isso, incumbe ao Legislativo – na elaboração das leis orçamentárias – e à Administração Pública – quando da execução das políticas públicas traçadas, diante de uma escassez natural severa, proceder a escolhas alocativas que tornem suficientes os recursos destinados à eficácia deste direito a todos. Diante da normatividade constitucional e da fundamentalidade do direito em questão, constata-se que o controle judicial dos atos administrativos que

* Advogada, Mestre e Doutora em Direito Público pela UFMG.

materializam as políticas públicas de saúde, inclusive com a prolação de sentenças mandamentais, é imprescindível quando a Administração deixar de efetivar tal direito em conformidade com o planejamento efetuado.

Abstract

This current paper intends to analyse the judicial review of administrative acts that materialise health public policies. Taking into account the Dworkian theory and using Alexy's theory of constitutional rights as a point of departure, it is known that health is a standard cast-principle, intimately connected to protection of human life and also to right to health, what sustains its universality. Therefore, the Legislative, when elaborating budget and financial management laws, and the Public Administration, when executing the established public policies, should, whilst facing a natural resources severe shortage, allocate resources in a way that those resources fulfill the effectiveness of those rights to the whole community, since they are vital to human life preservation. As a result, in a context of constitutional effectiveness and fundamental rights, judicial review of the referred administrative acts is proved to be highly necessary, specially when Public Administration neglect the effectiveness of health rights.

Palavras-chave

Saúde. Núcleo Essencial. Políticas Públicas. Recursos Financeiros. Controle Judicial.

Keywords

Health. Essential Core. Public Policies. Financial Resources. Judicial Review.

1. Introdução

O presente trabalho aborda o papel do Poder Judiciário na materialização do direito constitucional à saúde quando da omissão da Administração Pública em concretizá-lo, uma vez que é dever do Estado garanti-lo como reflexo do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, bem como uma exigência da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais.

Nesta perspectiva, algumas questões nortearam o estudo: a partir da dicotomia estabelecida por Alexy (2010), o direito fundamental à saúde é uma norma-regra ou uma norma-princípio? Ainda, analisando a exigibilidade do direito à saúde, é possível o controle do Poder Judiciário sob a Administração Pública, sobretudo diante da carência de políticas públicas efetivas para sua concretização? E, em caso afirmativo, como compatibilizar o controle jurisdicional com o princípio da separação de poderes e o princípio da reserva do possível?

Tratando-se de um direito assegurado constitucionalmente, erigido ao *status* de direito fundamental e, portanto, cláusula pétrea, a saúde deve ser uma das principais preocupações dos governantes. Contudo, por vezes tal direito é marginalizado, sobretudo pela ausência de políticas públicas efetivas por parte da Administração Pública, utilizando-se como principal escusa a alegação da escassez de recursos (princípio da reserva do possível). Daí surge a importância da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2010) para o presente trabalho, funcionando como diretriz para a solução das questões suscitadas. Estabelecendo-se a natureza jurídica da norma veiculadora do direito à saúde – se regra ou princípio, pode-se determinar o grau de sua vinculatividade. A partir daí, permite-se traçar as diretrizes da atuação jurisdicional na concretização deste direito fundamental.

Frente à coexistência de direitos fundamentais pertencentes a titulares diversos, surgirão conflitos aparentes entre os mesmos. Sendo o direito à saúde um princípio, quando da colisão com outro direito fundamental, admitirá ponderações, de forma que, em determinada situação, poderá haver a necessidade de concretização de um outro direito fundamental em detrimento do direito à saúde. Admitida a possibilidade do controle judicial, caberá a este a verificação da legitimidade desta restrição à luz do princípio da proporcionalidade, analisando-se também a pertinência das escolhas alocativas dos recursos públicos procedida pelo administrador.

Por outro lado, sendo o direito à saúde uma regra, será norma absoluta, exigível na medida do tudo ou nada. Quando em conflito com outro direito fundamental, o direito à saúde prevalecerá, devendo ser concretizado em sua integralidade, isto é, na medida do tudo. Neste caso, o controle judicial cuidará para a efetiva aplicação do direito, podendo, inclusive, determinar à Administração Pública obrigações de fazer, mostrando-se igualmente pertinente.

Neste contexto, o objetivo primordial deste estudo é, pois, investigar se e como o Judiciário deve agir frente à omissão do Poder Público na consecução de políticas de saúde. Para tanto, invocou-se a teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2011), com a delimitação da natureza jurídica do direito à saúde e o grau de sua vinculatividade. Ainda, pretende-se fixar o conteúdo mínimo do referido direito, analisar sua exigibilidade frente às possibilidades fáticas (princípio da reserva do possível) e jurídicas (máxima da proporcionalidade) existentes e, por fim, apresentar os fundamentos que permitem o controle judicial.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se o método dedutivo de estudo e o tipo de investigação jurídico-teórica, enfatizando posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o objeto de estudo, além da adoção de alguns conceitos.

O texto final foi fundamentado nas ideias e concepções de vários doutrinadores renomados como Alexy (2011), Dworkin (2010), Canotilho (2002), Duarte (2011), Barroso (2008), Lopes Júnior (2005), Barros (2008), entre outros.

2. A Estrutura da Norma do Direito Fundamental à Saúde

2.1. O Direito Fundamental Social à Saúde e sua Relação com o Direito à Vida

O Estado Liberal trouxe a primeira dimensão dos direitos fundamentais, demarcada pela autonomia individual e pela ausência da intervenção estatal. Porém, tais direitos foram insuficientes para a promoção de uma verdadeira igualdade, vez que a garantia de liberdades individuais (direitos civis e políticos) serviu como uma forma de opressão da burguesia sobre os trabalhadores.

Na tentativa de se buscar uma igualdade material entre os indivíduos, o Estado Liberal cedeu espaço ao Estado Social, surgindo com ele a segunda dimensão dos direitos fundamentais: os direitos sociais. No rol destes direitos, encontra-se o direito à saúde, que, por sua vez, está intimamente ligado ao direito à vida.

Conforme salienta Duarte (2011):

(...) Deve-se ver que o direito à saúde consiste numa segunda dimensão ou num desdobramento do direito fundamental à vida, que o contempla e o amplia. Desta forma, o direito fundamental à saúde possui uma área de coincidência com o direito individual à vida; portanto, o direito à vida encontra-se inserido no direito à saúde, sendo este último, porém, mais amplo que o primeiro.¹

O direito à saúde é amplo, estando nele inserido o direito à vida. Assim, em determinadas situações, a tutela da saúde coincidirá com a própria tutela da vida humana; em outras, a tutela da saúde garantirá uma sadia qualidade de vida, mas sem comprometer a existência humana.

Tal constatação permite diferenciar as demandas de saúde de primeira necessidade e as demandas de saúde de segunda necessidade. Estas dizem respeito a todas as demandas que não apresentam conexão direta com a preservação da vida humana. Aquelas representam todas as demandas de saúde que estão diretamente ligadas ao direito à vida, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos de uso contínuo, a garantia de condições sanitárias adequadas, dentre outras.

O Estado tem o dever de assegurar o acesso universal e igualitário ao serviço público de saúde, atendendo tanto as demandas de primeira necessidade quanto as de segunda necessidade. Tal dever está positivado no artigo 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e demanda uma dupla atuação estatal, qual seja, a exigência da elaboração de leis veiculadoras de políticas públicas e a concretização destas políticas mediante a alocação de recursos públicos.

¹ DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde. 1ª ed. 2011.p. 36.

A celeuma surge justamente quando o Estado deixa de cumprir com seu dever constitucional, alegando muitas vezes a insuficiência de recursos financeiros para atender a todas as demandas de saúde. Nestas hipóteses, há ou não para o particular a possibilidade de exigir do Estado, pela via judicial, a efetivação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde? A resposta a este primeiro questionamento depende inicialmente da análise da natureza jurídica da norma veiculadora do direito à saúde, que será tratada a seguir.

2.2. A Dicotomia entre Regras e Princípios

Para a delimitação da estrutura da norma do direito fundamental à saúde, é necessário realçar a importante dicotomia existente entre regras e princípios trazida por Alexy (2011) em sua teoria dos direitos fundamentais, já que, como salienta o próprio autor, tal diferenciação “corresponde a um ponto de partida e de resposta para as dúvidas acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”.²

Para Alexy (2011), tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas, vez que ambos ditam o dever-ser, trazendo permissões e proibições. Apesar de o autor apresentar vários critérios já existentes para distingui-los, refuta-os, acreditando que entre regras e princípios não existe apenas uma diferença gradual, mas sim uma diferença qualitativa – toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Segundo o autor (2011):

Os princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas; estes contêm mandamentos *prima facie*, apresentando razões que podem ser perfeitamente afastadas. Por conseguinte, regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível³.

Nesta esteira, Dworkin (2010) também traz uma importante distinção entre regras e princípios. Para ele, a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica – distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. Segundo o autor:

² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed., 2011. p. 90. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros.

³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed., 2011. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros.

As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. Já os princípios são padrões que devem ser observados por representarem uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Um princípio não pretende estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. (...) Em um mesmo caso, poderá haver outros princípios que argumentem em direção oposta, e o princípio em tela pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico.⁴

Na linha do que foi exposto, a dicotomia entre princípios e regras é realçada na aplicação concreta da norma jurídica. A norma-princípio admite o cumprimento gradual, ou seja, a depender do caso concreto, pode ser satisfeita em maior ou menor intensidade. Por outro lado, uma norma-regra somente admite o cumprimento pleno, de forma que, se uma regra é válida, ela deve ser aplicada e concretizada integralmente.

A diferenciação também pode ser notada quando incidem simultaneamente no mesmo caso concreto vários princípios ou várias regras, falando-se em colisões entre princípios e em conflitos entre regras. Segundo Alexy (2011), o conflito entre regras é solucionado mediante uma dimensão de validade: deve-se introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção, que permite afastar a hipótese normativa diante de algum fato. Se ainda assim a solução do conflito não for possível, pelo menos uma das regras contraditórias deve ser declarada inválida. A outra, válida, será aplicada na sua integralidade. Já a colisão entre princípios é solucionada segundo uma dimensão de peso – há um sopesamento entre interesses conflitantes, resolvido pela máxima da proporcionalidade. Se dois princípios colidem no caso concreto, apenas um deles irá prevalecer. Porém, isso não significa que um princípio deva ser declarado inválido ou que deva ser introduzida uma cláusula de exceção; na verdade, como os princípios têm pesos diferentes, o princípio de maior peso ganhará precedência em face do outro em determinado caso concreto.

Na mesma linha de Alexy (2011), Dworkin acentua que:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior; já os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam, (...) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.⁵

⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2010. Tradução: Nelson Boeira. Editora WMF Martins Fontes.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2010. p. 42. Tradução: Nelson Boeira. Editora WMF Martins Fontes.

Estabelecida a diferenciação entre regras e princípios e os métodos utilizados para a solução das colisões entre princípios e dos conflitos entre regras, torna-se importante analisar o direito fundamental à saúde e o seu enquadramento como norma-regra ou norma-princípio, bem como a importância desta classificação para a exigibilidade de políticas públicas de saúde perante o Poder Judiciário quando da omissão do Estado na sua formulação.

2.3. A Natureza Jurídica da Norma Positivadora do Direito à Saúde

A doutrina positivista analisava as normas considerando-as ou como um imperativo categórico, com alto grau de vinculatividade, impondo ao Poder público o dever de prestar todo e qualquer serviço concretizador de um direito social (o que seria inviável visto a escassez de recursos e o custo dos direitos); ou como normas programáticas, funcionando apenas como mera diretriz de atuação do Poder Público, sem estabelecer comandos de atuação.

Superando o Positivismo, o Pós-Positivismo passa a reconhecer a força normativa da Constituição, conferindo caráter imperativo tanto aos princípios quanto as regras positivados constitucionalmente, abandonando-se o caráter programático das normas. Assim, surge para o Estado o dever de agir conforme os preceitos constitucionais, de forma que os direitos fundamentais, sejam eles consagrados por normas ou princípios, passaram a demandar uma observância imperativa.

Contudo, apesar da obrigatoriedade criada para o Estado, surgem diferenças práticas na concretização dos direitos fundamentais conforme estes estejam esculpido em normas-regras ou em normas-princípios. Conforme já salientado, o direito à saúde encontra-se positivado no artigo 196 da Constituição Federal, sendo importante neste ponto do estudo definir qual a natureza desta norma e quais as consequências práticas daí advindas, à luz da teoria dos direitos fundamentais.

Assim preceitua o dispositivo:

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação⁶.

Enquanto norma-princípio, ao Poder Público seria imposto o dever de concretizar o direito à saúde na maior medida do possível, mas, ao encontrar-se em conflito com outros direitos sociais, sobretudo por inexistir recursos financeiros para atender a todos os direitos fundamentais, seria admitido o seu sopesamento segundo a máxima da proporcionalidade, não sendo, portanto, um direito absoluto.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 196.

Enquanto norma-regra, o direito à saúde seria absoluto, devendo ser concretizado à maneira do tudo ou nada. Sendo a norma constitucional uma regra válida, deve o Estado fazer exatamente aquilo que ela exige. Assim, a saúde deveria ser tratada com prioridade em relação aos outros direitos fundamentais sociais assegurados, garantindo-se a preferência na formulação de políticas públicas e na destinação de recursos para atendê-las.

A Constituição da República Federativa Brasileira pode ser classificada como analítica ou prolixa, na medida em que aborda todos os assuntos fundamentais assim considerados pela Assembleia Constituinte. Nesta exata medida, a Carta Magna se preocupa exaustivamente com os direitos fundamentais, positivando uma gama de direitos e, além disto, reconhece a existência de direitos fundamentais implícitos. A mesma consagra o direito à saúde, mas igualmente delega proteção a outros direitos fundamentais, tais como a moradia, a alimentação, o transporte, o trabalho, entre outros.

Com a expansão dos direitos fundamentais, não raras serão as colisões entre direitos pertencentes a titulares diversos. Tais colisões podem ser classificadas em colisões de direitos em sentido estrito, quando o exercício de um determinado direito prejudica o exercício de outro direito pertencente a terceiro, e colisões de direitos em sentido amplo, quando o exercício de um direito conflita ou interfere no cumprimento de um dever de proteção de um direito qualquer por parte do Estado.

Tomando como enfoque as colisões de direitos em sentido amplo e a dicotomia estabelecida entre regras e princípios, chega-se à ilação de que o direito fundamental à saúde está esculpido em uma norma-princípio. Tendo natureza de norma-regra, o direito à saúde deveria ser concretizado na medida do tudo ou nada. Contudo, impor ao Poder Público a efetivação integral do direito à saúde (tudo) comprometeria a concretização dos demais direitos fundamentais, principalmente frente à escassez de recursos, esvaziando-se o conteúdo da Constituição. Por outro lado, estando o direito à saúde intimamente ligado ao direito à vida, afastar a sua proteção (nada), dando-se destaque a outros direitos, seria macular a própria *ratio* constitucional.

A partir do momento em que se reconhece uma pluralidade de direitos fundamentais, é imperioso concluir que todos ostentam caráter jusfundamental. Nesta linha, a compreensão do direito à saúde como uma norma-princípio é a que melhor compatibiliza a necessidade de consagração pela Administração Pública, na medida do possível, do maior número de direitos fundamentais. Assim, frente à técnica de solução de conflito entre princípios abordada no presente trabalho, havendo um conflito entre o direito à saúde e outro direito fundamental, é possível que aquele sucumba frente a este em determinado caso concreto. Lado outro, situações haverá em que será imperiosa a prevalência do direito à saúde. Em ambos os casos, exigir-se-á sólida argumentação sobre os motivos da prevalência de um direito em detrimento do outro, evitando-se arbitrariedades por parte do administrador.

O direito à saúde, enquanto direito fundamental, deve ser concretizado, na maior medida do possível, pela Administração Pública mediante a elaboração de

políticas públicas eficazes. Contudo, admitida a possibilidade de restrição do mesmo em determinados casos, torna-se importante delimitar os parâmetros para que tal restrição seja válida e legítima. Em primeiro lugar, a restrição ao direito deve ser proporcional. Segundo, a restrição não poderá esvaziar totalmente o conteúdo essencial do direito em análise. Nesta linha, o núcleo essencial representa um “limite do limite”, impedindo que a restrição do direito comprometa o seu conteúdo.

O Pós-Positivismo tornou os princípios vinculantes e obrigatórios, não sendo mais meros vetores do ordenamento jurídico e/ou supressores de lacunas. O direito à saúde, enquanto princípio, admitirá ponderações, contudo, não poderá ser esvaziado completamente, demandando-se a proteção ao seu núcleo essencial. Aqui, não haverá margem de discricionariedade para o Administrador, que deve formular políticas públicas e destinar verbas para garantir o núcleo essencial do direito à saúde, não podendo invocar a escassez de recursos para se escusar do cumprimento destas obrigações prioritárias. Somente depois de atendido o núcleo essencial do direito é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outras políticas públicas se deve investir.

O controle jurisdicional sobre a Administração Pública ganha relevância frente ao conflito entre direitos fundamentais. Neste caso, a restrição ao direito fundamental à saúde seria avaliada pelo Poder Judiciário, mediante um juízo de proporcionalidade, verificando-se a pertinência das escolhas alocativas dos recursos públicos procedida pelo administrador. O princípio da proporcionalidade, proibindo a proteção deficiente, permitiria ao Judiciário fiscalizar os atos estatais excessivamente insuficientes para promover o direito. Ao Judiciário caberia também zelar pela efetiva consagração do núcleo essencial do direito à saúde, podendo, inclusive, determinar à Administração Pública obrigações de fazer – a elaboração de políticas públicas, atendendo um determinado segmento social, ou até mesmo a realização de medidas atendendo a indivíduos determinados.

Neste ponto, torna-se importante delimitar o conteúdo do núcleo essencial do direito à saúde e a sua consequente exigibilidade à luz dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, uma vez que não se revela razoável permitir seu incremento em toda e qualquer situação às custas do endividamento público. Entretanto, a mera alegação da escassez de recursos também não pode servir de escusa para a não consecução do direito fundamental.

2.4. O Conteúdo Mínimo Essencial do Direito à Saúde

Conforme já salientado, o direito social à saúde é apresentado pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) com a natureza normativa de princípio, mas também é indubitável o reconhecimento da força normativa do seu núcleo essencial, que não poderá ser esvaziado. Neste diapasão, novamente está demarcada a importância da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2011) como referencial teórico deste trabalho.

O conteúdo mínimo essencial de um direito fundamental representa um núcleo permanente e intangível, que não pode ser afetado, sendo por isso considerado um “limite dos limites”. Quando há um conflito entre direitos fundamentais, em primeiro lugar, deve-se verificar se a restrição a determinado direito é aceitável de acordo com o princípio da proporcionalidade. Em seguida, deve-se analisar se a restrição não esvaziou o núcleo essencial do direito, sob pena de não se admitir tal limitação.

À luz deste conceito, devido à relevância do bem jurídico tutelado, pode-se afirmar que o núcleo essencial do direito à saúde consiste na proteção e na preservação da vida humana. Conforme já exposto, o direito à vida está contido no direito à saúde. Assim, todas as ações e direitos que estiverem diretamente ligados à manutenção da vida humana, as chamadas demandas de saúde de primeira necessidade, estarão contidos no núcleo essencial do direito à saúde, passando a vincular os poderes públicos.

Deve a Administração Pública cuidar para que estas demandas sejam atendidas com prioridade. Contudo, em caso de inércia do Poder Público na formulação de políticas públicas ou má alocação de recursos públicos para a consagração do direito à saúde, ao Poder Judiciário será dada a missão de coibir a omissão administrativa.

Muito se destacou a importância do conteúdo mínimo do direito, que não poderá ser restringido em hipótese alguma, cabendo ao Poder Judiciário evitar que as limitações aos direitos fundamentais comprometam esse núcleo intangível. Estando as demandas de saúde de primeira necessidade contidas no núcleo essencial do direito à saúde, merecerão plena guarida em juízo, não ocorrendo a alegação da escassez de verbas pela Administração Pública, funcionando o controle judicial como garantia da eficácia do direito à saúde, podendo ser determinada a alocação de recursos, a elaboração de políticas públicas, atendendo um determinado segmento social, ou até mesmo a realização de medidas atendendo a indivíduos determinados.

Ultrapassado o núcleo essencial do direito à saúde, surgirão as demandas de saúde de segunda necessidade. Mesmo nestas hipóteses, o Estado tem o dever de realizar políticas públicas e destinar recursos para atendê-las. Ocorre que, frente à natureza de norma-princípio do direito à saúde e reconhecida a escassez de verbas, não estando em jogo a vida humana, a Administração gozará de certa liberdade na formulação de ações governamentais e alocação de recursos, podendo atender outros direitos igualmente fundamentais. Nestas hipóteses, o Poder Judiciário poderá interferir sob o viés da proporcionalidade, aferindo a legalidade e/ou razoabilidade da escolha, pois não lhe é dado se imiscuir no mérito administrativo – margem de conveniência e oportunidade de que goza o administrador no desempenho de sua atividade.

Frente à existência de uma variedade de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, por vezes a concretização dos mesmos resta prejudicada pela insuficiência de recursos financeiros do Estado. Assim, relevante faz-se o enfrentamento da questão da obrigatoriedade das ações de saúde à luz do princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, delimitando-se em que medida tal alegação é

viável ou passa a ser arbitrária e em que hipóteses o Poder Judiciário poderá realizar o controle das escolhas administrativas, já que a Administração Pública é livre para formular as políticas públicas de saúde, desde que tenha como foco principal a universalidade, prevenção e igualdade.

3. O Direito à Saúde Frente à Escassez de Recursos do Estado

Conforme exposto no capítulo anterior, é dever do Estado garantir o direito à saúde de todos. No cumprimento de seu mister deve elaborar políticas públicas e alocar recursos públicos para atendê-las. Contudo, o principal argumento levantado pela Administração Pública para a não consecução de ações de saúde é a limitação financeira, representando a reserva do possível um entrave para a consagração do direito à saúde e dos demais direitos fundamentais sociais.

Neste capítulo, analisar-se-á o princípio da reserva do possível, sua repercussão na consagração do direito à saúde e no controle judicial das políticas públicas, sua ponderação à luz do princípio do mínimo existencial, bem como em que momento a reserva do possível figurará como uma escusa legítima ou como uma alegação arbitrária.

3.1. As Espécies de Escassez de Recursos

Elster (1992) explica que:

(...) A escassez pode ser em maior ou menor grau, natural, quase-natural ou artificial. Quando nada puder ser feito para eliminá-la ou para aumentar a oferta do bem muito escasso, será considerada uma escassez natural severa (...). Será, entretanto, uma escassez natural suave quando nada puder ser feito para que o bem escasso seja disponível para todos, mas já o for para a maioria dos que precisam deles (...). Já quando a oferta do bem puder ser incrementada, mesmo que ainda sem atingir a satisfação integral de todos, por condutas não coativas dos cidadãos, estar-se-á diante de uma escassez quase natural. Por fim, a escassez será artificial quando medidas puderem ser tomadas pelo Estado para deixar o bem disponível a todos⁷.

A escassez de recursos financeiros representa uma escassez natural suave quando o Estado, diante do aumento da arrecadação de tributos ou da reformulação do orçamento, consegue angariar recursos para satisfazer totalmente as demandas.

⁷ ELSTER, Jon. *Local Justice: How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*. New York: Russell Sage Foundation, 1992, p. 21. Também Berlinguer (BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana*. Traduzido por Lavínia Bozzo Agilar Porciúncula. Brasília: UnB, 2004, p. 252).

Por outro lado, há uma escassez natural severa quando, mesmo se adotando as medidas expostas, o Estado permanece incapaz de satisfazer as demandas em sua integralidade. No Brasil, pode-se afirmar que há uma escassez natural severa, uma vez que os recursos orçamentários não são suficientes para satisfazer inteiramente todos os direitos fundamentais.

Certo é que, diante desta escassez, cabe à Administração Pública a importante missão de decidir sobre a alocação dos recursos, de forma a distribuí-los de maneira justa e atender o maior número de demandas possíveis. Apesar de os direitos sociais serem instrumentos de promoção de equidade social e da dignidade humana, não se revela razoável permitir seu incremento às custas do endividamento público.

Na insuficiência de recursos para atender a todas as demandas de saúde, deverão ser priorizadas as demandas de saúde primeira necessidade, vez que imperativa a proteção do núcleo essencial do direito à saúde. Já na efetivação das demandas de saúde de segunda necessidade, a Administração gozará de certa discricionariedade na alocação de recursos para atendê-las. Novamente, caberá ao Poder Judiciário cuidar para que as escolhas alocativas da Administração, em ambos os casos, sejam feitas dentro de determinados parâmetros, o que será objeto de análise ainda neste capítulo.

3.2. Princípio da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

O direito à saúde é um direito fundamental positivo, que impõe à Administração Pública uma obrigação de fazer, qual seja, a adoção de medidas para a concretização do direito. Ocorre que, para a concretização de direitos positivos, é necessário o dispêndio de recursos financeiros. À luz do princípio da reserva do possível, a Administração Pública somente estaria obrigada à realização de políticas públicas, assegurando direitos fundamentais positivos, quando existirem recursos públicos para tanto. A escassez de verbas representaria, então, uma escusa legítima para a omissão estatal, vez que o Estado não pode ser obrigado a agir para além de sua capacidade econômica e financeira.

Segundo Sustain e Holmes:

Todos os direitos, desde os que dependem de atuação positiva até aqueles negativos ou de defesa, implicam custos para o Estado. E, diante disso, nenhum direito será absoluto, mas dependerá dos recursos econômicos do Estado para serem realizados. Somente existirão direitos onde o fluxo orçamentário os previr⁸.

Contudo, conforme será exposto neste tópico, a alegação da reserva do possível nem sempre será legítima, principalmente quando analisada à luz do mínimo existencial. Este, por sua vez, visa garantir condições mínimas de existência humana

⁸ HOLMES, Stephen; SUSTAIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty depends on Taxes*. New York: W.W. Norton Company, 1999. p. 94.

digna, demandando o atendimento das necessidades básicas dos indivíduos. O núcleo essencial de um direito não é preestabelecido, sendo fixado no caso concreto após a realização de um juízo de proporcionalidade, que permitirá ampliar ou restringir o seu conteúdo essencial. Frente aos direitos positivos (direitos sociais), impõe-se ao Estado que ofereça condições para a eficácia plena do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais.

A reserva do possível é invocada muitas vezes pelo Estado para eximir-se de sua responsabilidade prestacional. Em algumas hipóteses, a insuficiência de recursos legitimará a omissão estatal; em outras, funcionará como uma escusa arbitrária, não merecendo prosperar. Nesta esteira, Canotilho já adverte:

Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos⁹.

Dada a pluralidade de direitos fundamentais e reconhecida a insuficiência de recursos para supri-los, cabe à Administração Pública proceder uma alocação de recursos que garanta de forma mais eficiente os direitos fundamentais. Frente à impossibilidade de concretização integral de todos os direitos, faz-se necessária a adoção de um critério para delimitar até qual momento a falta de verbas poderia impedir a concretização de um direito fundamental. É neste contexto que o mínimo existencial se liga ao princípio da reserva do possível: apesar de existirem limites financeiros para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, o mínimo existencial deve sempre ser atendido, não vingando a alegação da escassez de recursos. Por outro lado, concretizado o mínimo existencial, o princípio da reserva do possível poderá servir como limite válido para a insuficiência de políticas públicas de saúde.

Novamente, surge a importância de se definir a norma positivadora do direito à saúde como uma norma-princípio, sempre atentando para a consagração plena de seu conteúdo essencial. Frente a um conflito entre o princípio do direito à saúde e o princípio da reserva do possível, a Administração poderá realizar um sopesamento frente às possibilidades fáticas e jurídicas existentes, contrapondo os recursos disponíveis e a necessidade de atendimento às demandas de saúde.

Apesar de o Estado ter o dever de garantir a saúde de todos, goza de certa margem de discricionariedade, podendo empregar os recursos na consecução de

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

outros direitos fundamentais igualmente essenciais, sendo legítima a alegação da reserva do possível para afastar qualquer responsabilidade dos governantes. Contudo, nestes casos, para que haja a derrogação da tutela do referido direito, é imperiosa a comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Impede-se, com isso, que a insuficiência de verbas reduza os direitos sociais a uma garantia constitucional utópica.

Por outro lado, é inegável que qualquer restrição a um direito fundamental se dê com base em um juízo de proporcionalidade, preservando-se seu núcleo essencial, conteúdo intangível do direito. Neste caso, o direito à saúde precederá o princípio da reserva do possível. As demandas de saúde de primeira necessidade, como reflexo do direito à vida, devem ser implementadas integralmente, não havendo margem de discricionariedade para a Administração Pública, vez que o núcleo essencial do direito à saúde é intangível, devendo ser preservado em qualquer hipótese. Será ilegítima a invocação da escassez de recursos como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias.

O princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. A distinção é importante para que o respeito ao direito à saúde não se dê às custas do endividamento público.

Levado ao Poder Judiciário determinada demanda envolvendo o direito à saúde, a solução da celeuma deverá permear-se pela dicotomia explanada: sendo uma demanda de saúde de primeira necessidade, a prestação jurisdicional é imperativa; a escassez de recursos, ainda que comprovada, não legitimará a inércia do Estado, podendo o Judiciário determinar a realização de uma política pública, a alocação de recursos ou o atendimento a determinado pleito individual. O mínimo existencial prevalecerá sobre o princípio da reserva do possível. Por outro lado, sendo uma demanda de saúde de segunda necessidade, se a escolha do Poder Público foi proporcional, atendendo a outros direitos fundamentais relevantes, será legítima a alegação da reserva possível. Assim, ultrapassado o mínimo existencial, o controle judicial na realização de políticas públicas somente será admitido se as opções da Administração Pública se mostrarem desde logo ilegais e/ou desarrazoadas ou quando não comprovada cabalmente a insuficiência de recursos.

4. O Controle Judicial dos Atos Administrativos que Materializam Políticas Públicas de Saúde

4.1. Atos Administrativos Vinculados e Atos Administrativos Discricionários

Os atos administrativos vinculados impõem ao administrador uma atuação em conformidade com a lei. Assim, à luz do princípio da legalidade, a Administração Pública somente poderá fazer ou deixar de fazer algo quando autorizada por lei.

Quando o administrador extrapola os limites legais, o ato administrativo estará eivado de ilegalidade, sendo passível de anulação, pela própria Administração Pública, de ofício, com base no princípio da autotutela, ou pelo Poder Judiciário, quando provocado.

Por sua vez, os atos administrativos discricionários conferem uma margem de atuação ao administrador, que poderá realizar as escolhas que considerar conveniente e/ou oportuna (mérito administrativo). Quando o ato deixa de ser conveniente e oportuno, a Administração Pública poderá proceder a sua revogação. Contudo, a discricionariedade como poder da Administração deve ser exercida consoante determinados limites, não se constituindo em opção arbitrária para o gestor público. Assim, preservado o mérito administrativo, permite-se também o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários caso as escolhas do administrador se revelem desde logo desproporcionais, ofendendo a lei e a Constituição Federal.

Enquanto ato administrativo discricionário, à Administração Pública incumbe a importante missão de elaboração e efetivação de políticas públicas, assim consideradas como um conjunto de ações e omissões que visam à proteção e promoção dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, sendo o resultado da ponderação entre interesses conflitantes e recursos públicos limitados. Porém, nem sempre esta atividade é desempenhada corretamente, seja pela ausência de um planejamento para a materialização destas políticas, seja pela insuficiência de verbas para atender a todas as demandas.

É neste contexto que o controle judicial dos atos discricionários ganha extrema importância, aferindo a constitucionalidade e/ou legalidade das escolhas feitas pela Administração, cuidando para que haja um adequado planejamento do gasto das verbas e correta execução das políticas públicas em prol do atendimento dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

4.2. A Justiciabilidade ou Exigibilidade do Direito Fundamental à Saúde

Os direitos fundamentais podem ser classificados em direitos positivos e direitos negativos. Os direitos que detém uma eficácia negativa criam para o Estado um dever de abstenção, de não intervenção; este apenas se apresentará como garantidor ou protetor dos mesmos quando ocorre sua violação. Por outro lado, os direitos que apresentam uma eficácia positiva, tal como os direitos sociais, impõem ao poder público uma obrigação de fazer, exigindo uma efetiva atuação deste para garantir seu exercício.

Frente aos direitos sociais, a Administração Pública assume uma obrigação de garantia, de proteção, de fomento e de realização. Sendo o direito à saúde um direito social e, portanto, um direito fundamental positivo, o Estado tem o dever de garantir ao indivíduo a plena realização do mesmo, seja protegendo-o contra violações, seja através da prestação de serviços públicos à coletividade, fornecendo adequado serviço de saúde pública, medicamentos, atendimento por profissionais capacitados, adequado serviço de saneamento básico, entre outros.

Reconhecida a impotência do poder público na concretização do direito à saúde, surge grande discussão a respeito da possibilidade do Poder Judiciário exigir uma atuação positiva do Estado, com vistas à realização de políticas públicas de saúde. No tópico a seguir serão analisados os posicionamentos favoráveis e contrários a essa justiciabilidade.

4.2.2. Dificuldades à Justiciabilidade do Direito à Saúde

4.2.2.1. Ofensa à Separação de Poderes

A discussão sobre a possibilidade da ingerência do Poder Judiciário nas decisões governamentais vem à tona sobretudo porque o mesmo não detém a competência para elaboração de políticas públicas, que ficam a cargo do Poder Legislativo e do Poder Executivo. A doutrina tradicional sustenta que ao realizar um controle sobre as opções legislativas e administrativas, o Judiciário estaria interferindo na alçada destes poderes ao realizar um controle da distribuição de recursos – quando a decisão implica o contingenciamento do orçamento – e da execução das políticas públicas – quando a decisão implica a prática de atos materiais pelo Estado.

Quando o Judiciário impõe a realização de uma política pública de saúde, invade a esfera discricionária de atuação do administrador ou do legislador, substituindo-se aos mesmos. Além da separação de poderes, o controle judicial viola o próprio processo democrático, pois somente os poderes eleitos pelo povo gozam de legitimidade para operar escolhas políticas.

Analisando as ações judiciais em que são pleiteados direitos sociais aos entes públicos, Barroso (2008) sustenta que o excesso de ingerência judicial prejudica a promoção de políticas públicas, já que obsta a discricionariedade da administração na alocação de recursos escassos. Na contramão do controle judicial, salienta que o princípio da separação de poderes impediria este controle. Para ele, “é o próprio povo – que paga os impostos – que deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos”.¹⁰

4.2.2.2. Existência de Outros Direitos Fundamentais

A Constituição Federal positivou uma gama de direitos fundamentais e, frente a uma escassez severa de recursos, torna-se dificultosa ao Estado a tarefa de concretização de todos esses direitos. Assim, incumbe à Administração Pública, dentro de sua discricionariedade, proceder a uma alocação de recursos de forma a compatibilizar direitos fundamentais pertencentes a titulares diversos, tendo como foco a universalidade, isto é, a realização de políticas públicas que atendam o maior número de indivíduos possíveis.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2008, p. 30.

Admitir a intervenção do Poder Judiciário na esfera administrativa acarreta grande prejuízo para toda a coletividade, frente ao efeito multiplicador das decisões judiciais. É cada vez maior o número de ações judiciais visando a tutela individual de determinado direito fundamental e, frente ao grande volume de condenações do Estado, parte significativa do orçamento ficará comprometida ao pagamento das decisões judiciais, aniquilando a possibilidade de a Administração Pública aplicar o dinheiro a políticas públicas de saúde destinadas a toda coletividade, comprometendo a universalidade do direito fundamental à saúde.

4.2.2.3. Escassez de Recursos

O direito à saúde é um direito fundamental positivo, que impõe ao Estado uma obrigação de fazer, qual seja, a adoção de medidas para a concretização do direito. Ocorre que, para a concretização de direitos positivos, é necessário o dispêndio de recursos financeiros. À luz do princípio da reserva do possível, a Administração Pública somente estaria obrigada à realização de políticas públicas, assegurando direitos positivos, quando existirem recursos públicos para tanto.

Por sua vez, as escolhas alocativas de recursos para a realização de políticas públicas incumbem única e exclusivamente à Administração Pública. Frente à insuficiência de recursos financeiros para atender a todas as demandas, cabe à mesma decidir quais serão as prioridades governamentais. Enquanto atividade discricionária, o Estado não pode ser obrigado pelo Poder Judiciário a agir para além de sua capacidade econômica e financeira, só devendo atuar dentro de suas possibilidades. A escassez de verbas representaria, então, uma escusa legítima para a omissão estatal.

4.2.3. Superação dos Entraves à Justiciabilidade do Direito à Saúde

4.2.3.1. Inexistência de Ofensa à Separação de Poderes

Para aqueles que defendem uma maior atuação do Poder Judiciário nas questões políticas do Estado, esta atuação faz-se imperativa para o resguardo de princípios fundamentais e proteção do Estado Democrático de Direito, visando sempre sedimentar uma verdadeira igualdade social. Refutando o argumento de que a ingerência judicial violaria o processo democrático, Lopes Júnior, citado por Freire Júnior (2005), salienta:

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático a Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade

democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.¹¹

Não merece prosperar a alegação de que a interferência judicial macularia a separação de poderes, sobretudo frente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição: diante de uma lesão ou ameaça de lesão a um direito não pode ser negada uma prestação jurisdicional apta a coibir a ofensa. Ademais, a própria doutrina separatista reconhece que os Poderes exercem funções atípicas, não existindo uma separação estanque entre eles. Desta forma, é o próprio postulado da separação dos poderes que legitima a atuação do Judiciário na fiscalização das ações estatais.

Ainda, a força deôntica das normas-princípio consagradoras de direitos fundamentais sociais, trazida pelo pós-positivismo, conferindo vinculação jurídica ao seu conteúdo, reforça a necessidade de um controle mútuo entre os poderes, atuando em benefício do povo. A necessidade de efetivação dos direitos sociais suplanta qualquer óbice normativo trazido pelo princípio da separação dos poderes, principalmente frente ao direito à saúde, cuja efetivação garante a sobrevivência humana. Fornecer condições de saúde adequadas é cuidar para que o direito à vida também seja tutelado.

4.2.3.2. O Direito à Saúde e o Conflito com Outros Direitos Fundamentais

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê uma série de direitos e garantias fundamentais, sendo o direito à saúde apenas mais um dos direitos tipificados. Ocorre que os recursos financeiros são escassos e as demandas públicas são infinitas. Por isso, é corrente o conflito envolvendo o direito à saúde e os demais direitos sociais. Frente a essa situação, são propostas soluções para dirimi-lo.

4.2.3.2.1. O Direito à Saúde *versus* Outros Direitos Sociais

Na resolução do conflito entre o direito à saúde e outro direito social, é importante distinguir as hipóteses em que estarão em jogo demandas de saúde de primeira necessidade e demandas de saúde de segunda necessidade, podendo surgir quatro situações distintas.

Quando, pela escassez de recursos, houver um conflito entre uma demanda de saúde de primeira necessidade e outro direito social (não ligado ao seu núcleo essencial), prevalecerá o direito à saúde, vez que diretamente ligado ao direito à vida.

Situação diversa ocorrerá quando houver um embate entre o núcleo essencial do direito à saúde e o núcleo essencial de outro direito social. Neste caso, ambos os direitos deveriam ser tutelados frente à intangibilidade de seu conteúdo. Contudo, frente a uma escassez severa de recursos, haverá a precedência do direito à saúde, permeando-se a solução do conflito pela tutela da vida, vez que esta constitui pré-requisito para a fruição

¹¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê *apud* LOPES JÚNIOR. O Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 73.

de outros direitos. Uma vez alegada pelo Estado a insuficiência financeira, deve sempre o Judiciário intervir buscando a tutela do direito, seja determinando uma atitude comissiva do Poder Público, seja utilizando os critérios alocativos para a solução dos conflitos.

Uma terceira hipótese surge quando do conflito entre uma demanda de saúde de segunda necessidade e outro direito social (não ligado ao seu núcleo essencial). Neste caso, sendo ambos os direitos veiculados por normas-princípios, o embate deverá ser solucionado pela máxima da proporcionalidade. A privação do direito à saúde em detrimento do outro direito social será tolerada, desde que se dê com base em critérios éticos aceitáveis. Contudo, se alegada pelo Estado a insuficiência financeira, mas não comprovada, o Judiciário poderá garantir ao titular do direito à saúde a medida desejada.

A quarta e última hipótese ocorre quando há o embate entre uma demanda de saúde de segunda necessidade e o núcleo essencial de outro direito social. Constatada e comprovada a insuficiência de recursos, o direito à saúde sucumbirá – enquanto norma-princípio, sendo tutelado o outro direito social, frente à intangibilidade de seu conteúdo mínimo.

4.2.3.2.2. O Direito à Saúde de Um *versus* o Direito à Saúde de Outros

Na materialização do direito à saúde de vários indivíduos, podem surgir conflitos envolvendo tanto demandas de saúde de primeira necessidade quanto demandas de saúde de segunda necessidade.

Havendo o conflito entre duas demandas de saúde de segunda necessidade, vazadas em normas-princípios, este deverá ser solucionado pela máxima da proporcionalidade. Deverá ser feita a ponderação dos interesses em jogo, determinando-se qual prevalecerá no caso concreto. Tanto a Administração Pública, na execução das políticas públicas de saúde, quanto o Judiciário, no julgamento de demandas de saúde, devem nortear-se por estes critérios.

Ainda, poderá surgir um conflito entre uma demanda de saúde de primeira necessidade e uma demanda de saúde de segunda necessidade. Conforme exaustivamente já tratado, frente à escassez de recursos, devem ser priorizadas as demandas de saúde de primeira necessidade, de aplicação imperativa, reflexo da obrigatoriedade de proteção do direito à vida e do mínimo existencial.

Por fim, o caso será de maior complexidade quando envolver um conflito entre duas demandas de saúde de primeira necessidade, sendo ambas normas guardiãs da vida humana. Primeiramente, deve o Estado tentar angariar recursos para atender a ambas as demandas. Porém, demonstrada a falta de recursos e a impossibilidade de concretizar todos os direitos em jogo, é mister que se determine, com base em critérios ético-jurídicos e no princípio da igualdade, quem será atendido.

Nestas hipóteses, deverá ser adotado pela Administração Pública ou pelo Judiciário o critério do número de beneficiários: não se pode priorizar a vida de um em detrimento da vida de muitos. Se o objetivo é cuidar da sobrevivência humana, nada mais certo do que, frente à insuficiência de recursos (devidamente comprovada),

dar preferência a medidas que atenderão o maior número de pessoas possíveis. Tal critério é o mais benéfico porque contempla tratamento isonômico da vida de todos – ninguém seria beneficiado ou preterido por razões pessoais.

Neste diapasão, elucida-se não só a possibilidade, como a necessidade do controle judicial, pois, como está em tela o direito à vida, a decisão deve ser a mais justa possível, já que a escolha implicará na abstenção do direito à vida de outrem.

4.2.3.3. Teoria do Mínimo Existencial

Pelo princípio do mínimo existencial, já enfrentado exaustivamente no presente trabalho, o Estado tem o dever de garantir o conteúdo mínimo do direito fundamental, atendendo as necessidades básicas dos indivíduos. Contudo, a escassez de recursos é invocada muitas vezes pelo poder público para eximir-se de sua responsabilidade prestacional. Entretanto, o princípio da reserva do possível sucumbe frente ao princípio do mínimo existencial, cabendo ao Poder Judiciário a missão de zelar pela correta ponderação entre a insuficiência de verbas e a necessidade de concretização dos direitos fundamentais.

Na tutela do conteúdo mínimo do direito a saúde não será válida a escusa pelo Estado da insuficiência de recursos. A prestação jurisdicional é imperativa, podendo ser determinada a realização de uma política pública coletiva de saúde ou o atendimento a determinado pleito individual. Estando em jogo o direito à vida, não se pode negar a tutela da pretensão individual ao argumento do prejuízo à coletividade.

Por outro lado, mesmo no tocante ao conteúdo que extrapola o mínimo existencial do direito à saúde, é possível o controle judicial na realização de políticas públicas quando as opções da Administração Pública se mostram desde logo ilegais e/ou desarrazoadas. Não comprovada objetivamente a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, não será possível a derrogação da tutela do referido direito.

4.2.3.4. Teoria da Necessidade

À luz da teoria da necessidade, a atuação do Estado na consecução de pretensões individuais de saúde deve ser subsidiária, somente tendo o dever de fornecer o bem da vida àqueles que não têm condições de, por seus próprios meios, obtê-lo. Firmada essa premissa, permite-se afastar o efeito multiplicador das decisões judiciais, impedindo-se que haja o comprometimento de parte significativa do orçamento pelo pagamento de condenações judiciais.

Os jurisdicionados que não dispõem de recursos suficientes para atender as suas necessidades sem prejuízo de seu sustento e de sua família, poderão recorrer ao Poder Judiciário com vistas a satisfazer a sua pretensão, *v.g.*, para a obtenção de um medicamento de alto valor, sendo legítima a condenação do Estado nesta hipótese. Por outro lado, aqueles que ostentam condição financeira confortável, não poderão exigir do Estado uma prestação individual, já que poderão prover por seus próprios meios suas necessidades.

5. Conclusão

Ao longo do presente trabalho, o direito fundamental à saúde foi analisado à luz da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2011), chegando-se à ilação de que o mesmo está positivado na Constituição Federal Brasileira em uma norma-princípio. Verificou-se também que, diante da evolução da interpretação constitucional, trazida pelo pós-positivismo, os princípios passaram a ter alto valor deontológico, de observância imperativa pelo Estado, não sendo mais meras normas programáticas.

Diante desta constatação, viu-se que a Administração Pública encontra-se obrigada a concretizar o direito fundamental à saúde mediante a realização de políticas públicas efetivas. Ocorre que, a escassez severa de recursos acaba por gerar um grande entrave à consecução do aludido direito, principalmente frente à existência de outros direitos igualmente fundamentais. É neste ponto que surge a discussão a respeito da possibilidade de interferência do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas por parte do Estado.

Frente ao problema exposto, foram apresentados os argumentos daqueles que se posicionam contrariamente ao controle judicial, principalmente pela ofensa ao princípio da separação de poderes, pela escassez severa de recursos e pelo comprometimento do orçamento público frente ao efeito multiplicador das decisões judiciais, sendo a elaboração de políticas públicas atividade discricionária da Administração Pública, não podendo o Judiciário se imiscuir no mérito administrativo.

Ainda, foram expostos os argumentos dos defensores do controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, que admitem a exigibilidade do direito à saúde sobretudo à luz da teoria do mínimo existencial e teoria da necessidade, refutando a ofensa à separação de poderes, uma vez que a ingerência do Judiciário é necessária para a efetivação do direito à saúde e, conseqüentemente, para a tutela de uma vida digna.

Diante do exposto, concluiu-se que o controle jurisdicional das políticas públicas de saúde não só é possível, como também necessário, de forma a se garantir a força normativa da Constituição Federal. Frente à inércia do Poder Público, o Poder Judiciário pode e deve atuar impondo obrigações de fazer ao Estado visando a concretização do direito à saúde.

Porém, como foi advertido ao longo da exposição, não se revela razoável permitir o incremento do direito social à saúde em toda e qualquer situação às custas do endividamento público. Por isso, aconselhou-se a divisão entre as demandas de saúde de primeira necessidade e demandas de saúde de segunda necessidade.

Conforme demonstrado, o direito à vida integra o núcleo essencial do direito à saúde. Neste ponto, impõe-se a obrigatoriedade da consecução das demandas de saúde de primeira necessidade por parte do Estado. Em caso de inércia, o Judiciário assumirá o importante papel de garantia da vida humana, não podendo a insuficiência de recursos ser um entrave à tutela judicial.

Por outro lado, ultrapassado o núcleo essencial do direito, gozará o Estado de certa discricionariedade no atendimento das políticas públicas de segunda necessidade,

podendo ser concretizadas na medida do possível, de acordo com a disponibilidade financeira, visto a existência de outros direitos igualmente fundamentais. Nestes casos, a omissão do Estado legitimará a atuação do Poder Judiciário quando não comprovada cabalmente a insuficiência de recursos para atender as demandas de saúde ou quando a escolha do administrador revela-se desde logo ilegal e/ou desarrazoada.

Diante da omissão estatal e da realidade orçamentária (escassez severa de recursos), a vontade constitucional é sucumbida. Há um dissenso entre previsão e efetivação das normas – o Estado deixa de cumprir um mandamento constitucional. Não se pode tolerar que um direito ligado à vida humana deixe de ser assegurado. Além de positivados constitucionalmente, é a garantia feita pelo Estado (e, em caso de inércia, pelo Poder Judiciário) que dará a esses direitos uma aplicação material, atribuindo eficácia e existência concreta a essas garantias.

Por isso, a solução apresentada no presente trabalho revela-se a mais razoável: a Administração Pública goza de certa discricionariedade na elaboração de políticas públicas de saúde. Contudo, a partir do momento em que há uma violação a este direito fundamental pela inércia da Administração, poderá o Poder Judiciário realizar o controle sobre as escolhas administrativas desarrazoadas, impondo, inclusive, obrigações de fazer. Mas, como não se pode ignorar a escassez severa de recursos e a existência de outros direitos fundamentais, a atuação do Judiciário também será limitada.

Por tudo o que foi exposto, reconhecida a força normativa da Constituição, é mister que haja um controle das políticas públicas pelo Judiciário, anulando atos inválidos, aplicando condenações ou impondo à Administração obrigações de fazer, mesmo na ausência de regulamentação infraconstitucional. Este papel é de extrema relevância para a máxima consagração do direito à saúde, sobretudo pelo fato desta intervenção significar verdadeira tutela à vida humana.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 22ª ed. 2011. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle Jurisdicional de políticas públicas: parâmetros, objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*, 1999, Ed. Forense.

DOWRKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2010. Tradução: Nelson Boeira. Editora WMF Martins Fontes.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. *Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde*. 1ª ed. 2011.

FARENA, Duciran Van Marsen. A Saúde na Constituição Federal, p. 14. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública*, nº 4, 1997.

FERREIRA MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Editora Saraiva, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê: *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

GASPAR MELQUIÁDES DUARTE, Luciana. *Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde*. 2011. Ed. Fórum.

HESPANHOL, Ivanildo. *Água e Saneamento Básico. Capital ecológico, uso e conservação*. 3ª ed. São Paulo: Escrituras, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty depends on Taxes*. New York: W.W. Norton Company, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rev, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KREEL, Andréas J. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, nº 18, jul./set. 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2ª ed. Reimp. Coimbra: Coimbra, 1998. t. IV. p.105.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Proteção do Meio Ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do Judiciário no controle da Administração Pública. *Revista de Direito Ambiental*. Ano 8, p. 38, São Paulo: RT, abr./jun. 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral*. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental à moradia*. 2008.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

Criminalidade Feminina: Alarmante Realidade

André Guilherme Tavares de Freitas*

Sumário

1. Introito. 2. Crescimento da Participação da Mulher na Criminalidade. 3. A Realidade Prisional da Mulher. 4. Diretrizes Internacionais e Nacionais Relacionadas às Mulheres Presas. 5. Necessidade de Efetivação das Boas Práticas no Cárcere Feminino. 6. A Construção de Novos Projetos de Vida Fora da Criminalidade. 7. Conclusão.

1. Introito

A expansão da criminalidade feminina e, em consequência, a escala ascendente da quantidade de mulheres presas no Brasil não veio acompanhada de suficientes estudos e análises para melhor entender esse alarmante fenômeno, o que acaba por dificultar ou inviabilizar um eficaz enfrentamento da questão. Infelizmente são ainda poucos os que se debruçam sobre a questão da inserção da mulher no universo criminoso, além do que, muitos recebem forte influência da criminologia clássica em seus estudos, o que deságua em diversas conclusões impregnadas de preconceitos e equivocadas direções.

Por outro lado, os motivos que levam a mulher a praticar um crime e, em consequência, lhe conduzem ao cárcere são, em regra, consideravelmente diversos dos relacionados ao homem, sendo, pois, um grave erro adotarem-se as mesmas fórmulas e medidas aplicáveis à criminalidade e ao cárcere masculino à realidade feminina; a mulher tem um espectro próprio, na vida como também na criminalidade, que deve ser conhecido e entendido, para, só então, poder ser trabalhado.

Dentro desta ótica, para que sejam empreendidas medidas efetivas de controle e redução da criminalidade feminina, como também, para que a vida da mulher no cárcere seja mais proveitosa e socializadora possível, fundamental que entendamos os motivos que levam a mulher ao crime e à prisão, e os sentimentos que vivenciam já dentro do cárcere.

Este breve estudo intenciona analisar dados acerca do avanço alarmante da inserção da mulher na criminalidade, agregados de constatações empíricas deste subscritor em relação ao sistema prisional feminino, oferecendo-se, com isso, eventual subsídio para aqueles que tenham interesse em estudar e desenvolver políticas públicas nesta sensível temática.

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

2. Crescimento da Participação da Mulher na Criminalidade

A ascendente inserção da mulher no universo criminoso pode, em grande parte, ser entendida a partir da combinação de alguns fatores, despontando como principais os seguintes: o aumento expressivo das mulheres no posto de “chefe de família”, o desemprego e a crise econômica. É direta e lógica a associação entre tais fatores e agregam-se aos mesmos a ganância, o desejo de mudança rápida de vida e a busca pelo “dinheiro fácil”, impulsos bem corriqueiros entre os seres humanos em geral.

Mulheres que buscam independência financeira rápida, porém com qualificação profissional insuficiente para ocupar um posto de trabalho razoável e, até mesmo, para conseguir um, acabam trilhando o caminho do crime com o intuito de auferir retorno financeiro célere e, desta forma, garantir seu sustento e de sua prole; muitas no momento de sua prisão já eram mães e, ainda, estavam desempregadas ou em subempregos.

Com efeito, entre os crimes que viabilizam à mulher um retorno financeiro rápido colocam-se como principais os relacionados ao tráfico de drogas. Os tipos penais previstos na Lei 11.343/06 são os que mais pesam sobre as mulheres; algo em torno de 68% das mulheres que estão presas o foram em decorrência da prática dos crimes previstos na lei de drogas.¹

Diversos estudos sobre a criminalidade feminina ainda trazem grande carga de preconceito herdada dos clássicos e parecem cegar à evolução do papel da mulher na sociedade atual, colocando-a como um ser fraco e exclusivamente motivado por estados fisiológicos ou fatores passionais, além de afirmar que seus crimes normalmente estão relacionados ao gênero, como infanticídio, aborto, homicídios passionais, exposição ou abandono de recém-nascido para ocultar desonra, ou, ainda, crimes estritamente em liame com os delitos dos companheiros; acentuam que a mulher em regra delinque em espaços privados; é um grande equívoco pensar, atualmente, desta forma.

Há anos que esta realidade foi alterada; o crime feminino praticamente abandonou esses estereótipos, sendo que a presença da mulher é cada vez maior em outros atos delituosos, como o tráfico, o roubo, o furto e o sequestro.

No país há um novo cenário desenhado pelo alastramento do tráfico de drogas, que seduz as mulheres para uma atividade anteriormente limitada ao gênero masculino. A prostituição, que muitas vezes era a saída para garantir seu sustento, hoje dá lugar à inserção feminina no submundo do tráfico.

Contudo, a mulher, dentro desta estrutura, ainda ocupa um espaço secundário, subalterno, o que falcita sua prisão, além do que, sua entrada nesta atividade decorre, muitas vezes, da influência de terceiros, quase sempre homens com quem têm ou tiveram vínculos afetivos fortes, como maridos, companheiros, namorados e filhos, além, é claro, da dificuldade financeira conjugada com a falta de perspectiva de emprego.

¹ Cf. <<http://agenciabrasil.ebc.com.br>>, acesso em: 17/12/15.

Na criminalidade, a mulher colabora com o tráfico, como se fosse um “emprego fixo”, mas também furta e rouba por necessidade, sem ligação com o crime organizado. Percebe-se então que fatores como o desemprego, o baixo nível de escolaridade e a precariedade nas condições financeiras estão cada vez mais preponderando nos crimes cometidos por mulheres.

O ingresso da mulher na criminalidade e, em consequência, a prisão que lhe é imposta, desperta, vale sublinhar, pouco interesse no meio acadêmico e político, pelo que, ainda dispomos de poucos estudos, trabalhos e políticas públicas sobre o tema, mesmo com o aumento significativo da mulher neste universo; apenas para termos uma ideia, segundo dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional, através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), no período entre os anos de 2000 a 2014 a quantidade de mulheres no cárcere cresceu 567,4%, enquanto que a masculina cresceu 220,20%. O número de mulheres presas no Brasil atualmente gira em torno de 38.000 e figura como a quinta maior população carcerária feminina do mundo.²

Neste quantitativo, aproximadamente 50% tem idade entre 18 e 29 anos, isto é, encontram-se presas na faixa etária da sua plena capacidade produtiva, pelo que sua prisão atinge severamente a possibilidade de estudo e trabalho, arremessando-a, como regra, à ociosidade do cárcere. O percentual também de 50% é observado em relação àquelas que sequer concluíram o ensino fundamental, além do que em torno de 4% são analfabetas.

Em que pese a louvável iniciativa do lançamento do Infopen/Mulheres, ligado à primeira meta da Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (Pnampe), instituída pela Portaria Interministerial nº 210/2014, do Ministério da Justiça e da Secretaria de Políticas para as Mulheres, ainda vivenciamos a realidade, repita-se, da escassa atenção e estudo da criminalidade feminina e, muito menos, de medidas governamentais concretas nesta seara.

Insta salientar que o referido crescimento significativo das mulheres no cárcere não foi acompanhado da implementação de estrutura adequada para recebê-las, pois muitas das unidades prisionais femininas existentes hoje no Brasil, como também ao redor do mundo, são, em verdade, unidades masculinas adaptadas precariamente para receber as mulheres, pelo que, predicados exclusivos da mulher, como a gestação e a maternidade, ficam extremamente prejudicados neste cotexto.

3. A Realidade Prisional da Mulher

O aprisionamento para a mulher, como regra, é vivenciado de forma extremamente sofrida, muito mais do que para os homens, e isso se deve a inúmeros fatores. São frequentes as queixas de solidão, tristeza, abandono e revolta.

² Estamos atrás apenas dos Estados Unidos (205 mil), China (103 mil), Rússia (50mil) e Tailândia (44 mil).

As mulheres relatam ser muito doloroso o cumprimento da pena sem a interação com os filhos e familiares, que, em não raras vezes, deixam de visitá-las por pedido delas, em razão da demasiada vergonha que sentem da situação ou por não querer expor seus entes queridos à tristeza e ao ambiente do cárcere. Além disso, é muito comum a ausência dos maridos, companheiros, noivos e namorados que, normalmente, após a prisão de suas mulheres, as abandonam no cárcere por diversas razões, entre as quais o medo de ser reconhecido como coautor da prática criminosa que conduziu sua mulher ao cárcere.

Fica quase que evidente ser a extrema dor que acomete a mulher ao longo da pena de prisão talvez o principal fator que explique a maior eficácia do caráter preventivo especial da sanção em relação a elas, pois o índice de reincidência é bem menor entre as mulheres do que entre os homens.

Esse sofrimento acentuado que acomete a mulher encarcerada salta aos olhos quando constatamos que em condições de isolamento as mulheres aprisionadas tendem a machucar o próprio corpo como forma de punição, fator este que raramente é observado no caso dos homens. Por vezes também fazem isso para despertar a atenção e cuidado sobre si. É muito comum visualizar-se no cárcere mulheres com cicatrizes (por vezes bem recentes) nos punhos, antebraços e pescoço.

Por outro lado, interessante mencionar que as unidades de prisões femininas tendem a ser transformadas pelas detentas em um “lar”, com um toque de feminilidade dado pelas prisioneiras, que também demonstram relações de cuidado e proteção umas com as outras, normalmente das mais velhas para com as mais novas.

Digno de registro, outrossim, é o fato de nos presídios femininos não haver divisão por facções criminosas, como há nas unidades prisionais masculinas, mas sim se constata uma completa ausência de comandos e grupos organizados, pois só excepcionalmente a mulher forma quadrilha ou bando.

Ao contrário dos homens, que quando presos normalmente são distribuídos pelas unidades penitenciárias de acordo com seu vínculo a determinada facção criminosa, as mulheres geralmente não pertencem a nenhuma bando e têm muita dificuldade de se unir e organizar criminalmente falando; acrescenta-se que é raríssimo observar rebeliões e fugas em presídios femininos, pois estas, quando querem se manifestar ou reclamar, fazem barulho, gritam, ou fazem paralisações. Curioso também mencionar que não se tem registro na atualidade de nenhuma mulher acautelada em uma das unidades componentes do sistema prisional federal de nosso país.

Devemos também mencionar que o aumento do encarceramento feminino traz inúmeras consequências sociais nocivas, muito mais do que no caso masculino, entre as quais: a fragilização dos laços familiares e dos lares nos quais as detentas eram as responsáveis, assim como alterações em seu funcionamento, onde filhos mais velhos passam a ser responsáveis pelo sustento e cuidado dos irmãos mais novos, além da possível entrada desses jovens no mundo da delinquência, assim como a quebra dos vínculos devido a vergonha ou constrangimento por conta da prisão, o

que acaba por acarretar uma dilaceração da relação mãe e filho e o abandono por parte dos maridos ou companheiros (a visita à interna no presídio desses últimos é bem escassa, isso quando há).

Assim, devemos sublinhar que o sofrimento e abandono experimentado pela mulher no cárcere, em regra, é muito mais latente do que no caso masculino e acaba por gerar sua despersonalização e baixa autoestima. A mulher custodiada sofre muito com o abandono da família, o que resulta em revolta seguida do conformismo, encarando o desamparo como mais uma punição merecida. Muitos namorados, noivos e maridos têm vergonha de participar da visita íntima, o que gera enorme carência afetiva nas mulheres presas e, por via de consequência, acaba por favorecer as relações homossexuais, que muitas vezes são utilizadas como estratégia de enfrentamento do cárcere no sentido da preservação dos afetos ou para suprir o imperativo psicológico ou real de proteção diante do isolamento e encaixe à força em meio de convivência aparentemente hostil.

No entanto, contraditoriamente, curioso mencionar que em diversos casos o ambiente carcerário, apesar das mazelas, representa para a mulher um local de proteção, pelo que, algumas têm tanto medo de serem soltas, quanto de serem presas, por saberem as dificuldades que enfrentarão do outro lado dos muros e das grades devido ao estigma que lhes fora imposto na qualidade de presidiária, por isso, para muitas mulheres a sanção penal recebida soa como uma espécie de pena perpétua, diante da sensação que a mesma lhes acompanhará para o resto da vida.

4. Diretrizes Internacionais e Nacionais Relacionadas às Mulheres Presas

A questão relacionada ao aprisionamento feminino vem sendo alvo de preocupação internacional há alguns anos, tendo sido apresentado pela ONU em 2004 um estudo indicando que grande parte das presas é mãe e se encarrega de cuidar dos filhos e que não existem políticas públicas adequadas ao tratamento das mulheres na prisão. Muito embora o percentual de mulheres presas, quando comparado com o de homens, ainda seja diminuto, constatou-se um aumento considerável do aprisionamento feminino, cuja causa normalmente não se circunscreve a delitos violentos, mas sim, como já dito, ao tráfico de entorpecentes, no qual as mulheres normalmente são usadas para o transporte das drogas na qualidade de “mulas” e a maioria porta pouca quantidade; ou seja, é muito mais uma questão socioeconômica do que de violência.

Muito embora a disciplina mínima da ONU relacionada ao tratamento dos presos em geral já exista há mais de 50 anos, nestas não se vislumbram medidas suficientes para as necessidades específicas das mulheres no cárcere, além de não contemplarem situações concretas da privação de liberdade vivenciadas por elas.

É inconteste que as mulheres presas são um dos grupos vulneráveis com necessidades e exigências específicas e que muitas instalações penitenciárias existentes no mundo foram concebidas principalmente para presos do sexo masculino, muito

embora o número de presas tenha aumentado significativamente ao longo dos anos. Além disso, uma parcela das mulheres infratoras não representa risco à sociedade e, tal como ocorre em geral para os infratores, seu encarceramento pode dificultar sua reinserção social.

No entanto, deve-se ter atenção para o fato de que, em decorrência da grande variedade de condições jurídicas, sociais, econômicas e geográficas no mundo, nem todas as regras podem ser aplicadas igualmente em todos os lugares e a todo o momento, porém, há de se ter um regramento que sirva de estímulo para a superação das dificuldades práticas encontradas e que represente, de modo geral, as aspirações globais em sintonia com o objetivo comum de melhorar a situação de mulheres prisioneiras, seus filhos e suas comunidades.

Em consequência desta preocupação internacional, na 65ª Assembleia Geral da ONU, realizada em dezembro de 2010, foram aprovadas as *Regras Mínimas para Mulheres Presas*, denominadas *Regras de Bangkok*. Através desta norma internacional, os Estados reconhecem que as mulheres presas necessitam, com urgência, de atenção diferenciada, como também, que há um déficit no atendimento às especificidades do coletivo feminino nas prisões. Esse regramento foi elaborado por representantes da ONU, de governos e da sociedade civil de diversos países e deve ser visto como uma diretriz para as políticas públicas a serem implantadas e desenvolvidas pelas nações, incluindo-se aí, evidentemente, o Brasil.

Entre as inúmeras diretrizes estabelecidas nas Regras de Bangkok, constatam-se orientações no sentido de que as mulheres presas, na medida do possível, deverão ser enviadas a prisões próximas às suas casas; que as condições de higiene dos locais de reclusão deverão ser adequadas para o cuidado de bebês, para cozinhar e para amamentar; que nos exames médicos, homens não podem estar presentes, só funcionárias; que as mulheres deverão ter acesso a exames preventivos, como “papanicolau” e de detecção de câncer de mama; que não serão aplicadas sanções de isolamento disciplinar às mulheres grávidas, em período de amamentação ou com filhos na prisão; que não se utilizarão meios de coerção, como algemas, durante o parto ou no pós-parto.³

Prevê, ainda, este regramento internacional a necessidade de serem oferecidos programas de tratamento especializado para as consumidoras de drogas e a elaboração de uma política ampla de atenção à saúde mental, a fim de prevenir o suicídio e as lesões autoinfligidas entre as presas, além de estimular que as visitas dos filhos as suas mães detentas devam ser prolongadas e em um ambiente apropriado para as crianças.⁴

No âmbito brasileiro, constatou-se uma mobilização louvável da sociedade civil e dos movimentos feministas, que redundaram na criação do grupo de estudos

³ Alguns Estados do Brasil já editaram normas proibindo o uso de algemas nas apenadas parturientes, como é o caso do Rio de Janeiro (Lei nº 7.193, de 7 de janeiro de 2016) e de São Paulo (Decreto nº 5.783, de 10 de fevereiro de 2012).

⁴ No Estado do Rio de Janeiro, através da Lei nº 7.205, de 13 de janeiro de 2016, foi criado o programa estadual de estímulo à convivência de crianças e adolescentes filhos de mãe ou pai privado da liberdade.

e trabalho “Mulheres Encarceradas”, voltado para a realidade da mulher presa, suas condições de encarceramento, seu acentuado perfil de exclusão social, a emergência de atendimento a seus direitos, a violência de gênero, através do qual começaram a ser apresentadas propostas para que essa situação pudesse ser alterada. Esta movimentação representa um avanço social considerável, porém ainda insuficiente para debelar ou, ao menos, atenuar a gravidade do problema enfrentado pelas mulheres aprisionadas, tendo em vista a baixa ressonância em medidas governamentais.

Note-se que, mesmo merecendo aplausos por ter feito, somente em janeiro de 2014, através da mencionada portaria interministerial nº 210, o Brasil instituiu a política nacional de atenção às mulheres em situação de privação de liberdade e egressas do sistema prisional (PNAMPE) e, até o presente momento, só se tem notícia da assinatura do termo de compromisso relacionada à mesma por parte dos estados de Alagoas e do Espírito Santo, subscrição esta que aconteceu durante a 4ª Reunião entre o Departamento Penitenciário Nacional e o Conselho Nacional de Secretários de Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária, realizada na cidade de Florianópolis/SC. Vale frisar que esta portaria define diretrizes, objetivos e metas de corresponsabilidade de gestão entre diversos órgãos, em consonância com as recomendações das Regras de Bangkok.

Com a referida adesão, tais governos estaduais se comprometem a colaborar na elaboração e desenvolvimento de ações que visem ao oferecimento de condições de encarceramento adequado a mulheres detentas, bem como à garantia de direitos fundamentais a detentas, seus filhos e egressas. É premente que todos os estados brasileiros adiram e adotem medidas concretas e efetivas nesta matéria.

5. Necessidade de Efetivação das Boas Práticas no Cárcere Feminino

Além da preponderante ausência de estrutura física específica para a mulher no cárcere, a inexistência ou deficiência das denominadas *boas práticas* nas unidades prisionais femininas é um fator que deve despertar maior atenção dos estudiosos e autoridades públicas envolvidas com este sensível tema.

Falar em boas práticas no cárcere é ter em mente o conjunto de atividades que tenham por objetivo preservar e incrementar a humanização da execução da pena, a fim de viabilizar ao máximo a socialização ou ressocialização das apenadas (falo também em socialização, pois, de fato, muitas sequer foram socializadas a ponto de podermos falar “ressocialização”, que pressupõe a prévia socialização).

A humanização da execução da pena envolve, entre outras práticas, principalmente as seguintes:

- a) Regularização civil (emissão de carteira de identidade da apenada e de seus dependentes; regularização de registro de nascimento, paternidade, maternidade etc.);
- b) Assistência à saúde da interna (incluindo acompanhamentos específicos, como é o caso de médico-ginecologista);

- c) Orientação para a família e para a interna (assistência social e psicologia e, sendo o caso, psiquiátrica);
- d) Apoio do Conselho tutelar (em relação aos filhos da interna);
- e) Promoção do estudo (2/3 das mulheres presas tem apenas o ensino fundamental);
- f) Formação profissional (que inclua atividades formais, informais e cooperativadas);
- g) Propiciar o seguimento do projeto de vida iniciado em outra unidade (geralmente quando a interna é transferida de unidade, normalmente em virtude de mudança no regime da execução da pena, o projeto que estava desenvolvendo na anterior unidade se interrompe);
- h) Resgate e promoção da autoestima feminina.

Assim, podemos resumir as *boas práticas no cárcere feminino* através das seguintes providências: humanização da pena; inclusão ou reintegração social; reabilitação; melhoria da autoestima.

Envolver-se com o crime normalmente se traduz em abafar a capacidade laborativa e o aprendizado escolar, o que deságua na falta de estudo e formação profissional e, por fim, na exclusão social, retornando, assim, ao envolvimento com o crime. É um ciclo pernicioso que deve ser quebrado a fim de ser a realidade alterada para melhor; só então será possível reduzir os índices de criminalidade feminina e, em consequência lógica, preservar a família que é gravemente atingida com o encarceramento da mulher.

Não afirmo aqui que a exclusão social é o fator determinante para o envolvimento com o crime, porém, certamente, é um incentivo para aquelas de personalidade fraca, ou que querem o caminho mais fácil e rápido para o ganho financeiro, diante das adversidades ou dificuldades da vida ou, até mesmo, por comodismo, pois, bem sabemos que o sucesso através do estudo e trabalho lícito é árduo e com retorno apenas em longo prazo, isso quando há.

Porém, tendo como foco as boas práticas no cárcere feminino, não podemos deixar de lado políticas e programas sociais de tratamento, escolarização, profissionalização, geração de emprego e renda, pois tais fatores têm ligação íntima com a prevenção criminal, a promoção da segurança e a humanização da pena.

A ressocialização (ou socialização) deve ser a pauta prioritária de uma política penitenciária que vise à segurança com cidadania, para que se alcancem resultados concretos na redução da reincidência no sistema penitenciário; é imperiosa, vale sublinhar, a necessidade de potencialização das condições de inserção social por meio da geração de renda, além da formação de valores como cidadania, respeito, solidariedade e melhoria da autoestima. Para que possamos ressocializar é fundamental desenvolvermos atividades produtivas intra e extramuros, reduzindo-se ao máximo o tempo de ociosidade. Ocupar a cabeça com boas práticas, para que a mesma não se ocupe de perversidade.

Desta forma, soa como premente e imprescindível o desenvolvimento das habilidades nas encarceradas que sejam capazes de gerar renda e ampliar as condições de inserção social. Pequenos empreendedores e mesmo grandes empresários poderiam investir mais na mão de obra do custodiado e com grande probabilidade não o fazem por falta de informação ou incentivo oficial; por exemplo, será que todos têm ciência de que o trabalho dos detentos não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, sendo regulamentado pela Lei de Execuções Penais (art. 28, §2º); esta disciplina jurídica estabelece que a empresa fica isenta de qualquer recolhimento de contribuição trabalhista e que o presidiário trabalhador pode inclusive ser remunerado em quantia inferior ao salário mínimo (três quartos do salário mínimo – art. 29, da LEP); por outro lado, é um fator de salutar propaganda para a empresa o seu marketing de responsabilidade social, demonstrando seu compromisso de fomentar um investimento voltado para o bem estar social em geral e de grande reconhecimento pela sociedade.

Devemos frisar que o trabalho da pessoa em privação de liberdade assume um caráter pedagógico, estruturante e socializador, pois visa valorizar e dar dignidade no exercício das atividades produtivas, acrescentar capital humano, funcionando também como elemento de inclusão social e cidadania, além do que, é comum observar que o trabalhador preso tem a necessidade de demonstrar sua eficiência e dedicação ao labor que lhe é oferecido, como forma de evidenciar sua capacidade e gerar confiança em seu superior.

No entanto, ainda assim a realidade brasileira nos demonstra que em torno de 10% dos apenados trabalham em um efetivo carcerário de aproximadamente 715.000 (o 3º do mundo; perde apenas para os EUA e China);⁵ são exemplos raros o Estado de Santa Catarina, onde aproximadamente 40% dos apenados trabalham (51% mulheres e 38% homens, segundo dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional em 2013). Este fator produz efeitos diretos na Segurança Pública, pois constatamos que Santa Catarina tem um dos menores índices de criminalidade do Brasil (junto com Roraima e Piauí). Outro exemplo positivo é o do Espírito Santo, onde foi criado o chamado “selo social”, destinado a empresas que empregam um número mínimo de presos; já, no lado oposto, podemos citar o Rio de Janeiro, onde apenas 2% da população carcerária trabalha, sendo que 9% mulheres e 1% homens.⁶

6. A Construção de Novos Projetos de Vida Fora da Criminalidade

A prisão é muito mais insuportável para a mulher do que para o homem; esta é uma realidade observada no cárcere, não decorre de nenhum “preconceito” e sim

⁵ Neste número estão incluídas as prisões domiciliares.

⁶ A Fundação Santa Cabrini, instituição governamental no Estado do Rio de Janeiro que atua na área de apoio ao trabalho dos presos e egressos, informa que este percentual seria de 7%, posto que devam também ser considerados os chamados presos “faxinas”, isto é, aqueles que exercem trabalhos internos nas unidades prisionais do tipo limpeza, distribuição dos alimentos e outras atividades de apoio à administração e organização interna do presídio. Ainda assim, esse percentual é extremamente baixo, posto que além do Rio de Janeiro, apenas cinco outros Estados possuem este índice inferior aos 10%: Pará (8%), Paraíba (8%), Acre (6%), Rio Grande do Norte (5%) e Ceará (3%).

de um dado realístico; além do mais, dentro do presídio o isolamento revela-se como extremamente torturante para a mulher.

As mulheres no cárcere precisam ser ouvidas; todos os profissionais que atuam em unidades femininas relatam um ponto em comum: inúmeros problemas são solucionados de forma rápida com o simples ato de ouvir a detenta. Há necessidade de se promover encontros entre falante e ouvinte num ambiente acolhedor, cuidadoso, sigiloso e confiável; muitas mulheres após estes encontros cessaram com práticas autoagressivas ou se mostraram mais colaborativas e interessadas.

Além disso, é premente a necessidade de serem implantados no cárcere feminino mecanismos que viabilizem ou facilitem o retorno à sociedade das mulheres encarceradas de forma produtiva, pois esse é o grande reclamo delas, pois passam a compreender que sua inaptidão ou deficiência laboral fora justamente o que as conduziu à prisão. O desejo de inclusão social é a maior pretensão das mulheres encarceradas; repita-se: o fator socioeconômico é o que mais conduz mulheres ao cárcere.

Algumas iniciativas positivas e bem sucedidas devem aqui ser citadas para ilustrar o que asseveramos. Um dos projetos mais promissores que tivemos conhecimento em levantamento realizado a nível nacional chama-se “MARIA MARIAS”, desenvolvido inicialmente no Estado do Espírito Santo através de parceria com o Senac e com o Departamento Penitenciário Nacional – Depen.

Este projeto começou em 2008 e tem por objetivo qualificar profissionalmente detentas e reintegrá-las à sociedade ao saírem do sistema penitenciário; no mesmo são realizados cursos de capacitação com foco no mercado formal e informal. A proposta central deste é uma articulação com o chamado “Sistema S” (Senai, Sesi, Senac, Sesc, Sebrae etc.), a fim de viabilizar uma ampliação do conceito de ressocialização focado no trabalho, no empreendedorismo e no fortalecimento do vínculo familiar, minimizando os efeitos do encarceramento e resgatando o potencial da mulher na sua condição de mãe, trabalhadora, empreendedora, educadora, administradora do lar, companheira e cidadã de direitos.

Algumas iniciativas deste projeto merecem ser destacadas, como, por exemplo:

1) Curso de Costureira, através do qual as detentas confeccionam os modelos (desenhados pela instrutora) que serão apresentados ao público posteriormente em determinado evento no qual há, inclusive, desfile das próprias detentas trajando as roupas confeccionadas; além de mostrarem seus trabalhos, as detentas/alunas recebem o certificado de conclusão do curso; a oportunidade possibilita o ingresso no mercado de trabalho, seja como autônoma, abrindo seu próprio negócio, seja como funcionária de ateliês e indústrias de confecções, por exemplo;

2) Palestras às mulheres presas sobre os seguintes temas: “Família de Maria”, na qual busca-se preparar a interna para o retorno ao lar; temas como ética, valores, afetividade e atitudes são desenvolvidos; “Maria vai à Luta”, que intenta auxiliar a reflexão, o reconhecimento e o enfrentamento das dificuldades pessoais e sociais da detenta; “Prevenindo as Marias”, em que são fornecidas informações sobre as doenças

sexualmente transmissíveis e como as prevenir; “Maria Planejando sua Família”, na qual são trazidas informações sobre puericultura e cuidados maternos gerais.

Devemos acrescentar que é muito importante e tem se mostrado extremamente produtivo no processo de socialização estimular nas detentas a qualidade da solidariedade e da fraternidade, como premissa de cidadania e convivência social e para também despertar a autoestima. Nesta linha de raciocínio, podemos citar boas práticas desenvolvidas em algumas unidades prisionais femininas do Estado do Rio de Janeiro, como por exemplo: doação de cabelos para a confecção de perucas a serem doadas a crianças com câncer; feitura de *book* com as fases da gravidez da interna; ambiente acolhedor para as presas mães de recém-nascidos; concurso “cela brilhante”, no qual as internas decoram cada galeria da unidade prisional com motivos natalinos e a que for escolhida como de melhor decoração recebe determinadas premiações; curso de teatro com posterior encenação de uma peça.

7. Conclusão

Este breve estudo teve como objetivo central somar esforços com aqueles preocupados em expor a realidade prisional da mulher no cárcere brasileiro, enaltecendo a necessidade de serem desenvolvidas boas práticas na prisão, a fim de viabilizar a mudança da infeliz constatação com a qual nos defrontamos atualmente nesta seara. Ademais, teve também o intuito de esclarecer as causas que conduzem a mulher ao cárcere, a fim de destacar a necessidade de medidas governamentais preventivas a tais fatores.

O caminho é bem óbvio e não há necessidade de ser um grande entendedor de segurança pública, exímio criminalista ou grande administrador governamental para se saber que quanto mais efetivo for o desenvolvimento das boas práticas no cárcere, menor será o número de mulheres encarceradas; quanto maior o índice de presas que trabalham menor será a reincidência; quanto maior for a inserção da mulher, em condições dignas, no mercado de trabalho formal ou informal, menores serão os estímulos às práticas criminosas.

Porém, infelizmente, no Brasil o dinheiro público é jogado no ralo, com desperdícios, corrupção e medidas eleitoreiras. O caos social que hoje vivenciamos, com índices alarmantes de criminalidade, máxime a feminina, descrédito da população com seus governantes, ausência de punição proporcional aos crimes praticados, ínfima penalização dos desvios de dinheiro público, é fruto do que vem sendo plantado em nossa sociedade há décadas por lideranças quase sempre ocupadas por agentes públicos que deixam o “público” em seus últimos pensamentos.

Por outro lado, muitos dos fatores negativos aqui expostos podem ser revertidos mais com vontade do que com verbas públicas, porém investir nas prisões e nas boas práticas prisionais não rende muitos votos. Além disso, devemos abrir os olhos para o caminho nefasto que está conduzindo as mulheres brasileiras ao cárcere e adotar medidas prementes para atenuar esta alarmante realidade, porque a família é a direta

e principal prejudicada com a prisão da mulher e a destruição da família leva à ruína social que hoje vivenciamos.

É inquestionável que o fator socioeconômico é o principal causador da prisão da mulher, que, em regra, ocorre através do envolvimento com o tráfico de drogas e, ainda assim, em posição secundária dentro da estrutura criminosa, sendo, pois, em verdade, a mulher instrumento para o lucro de criminosos de acentuada periculosidade, cuja liberdade sequer foi ameaçada com a prisão daquela que por ele fora utilizada em sua prática nefasta.

Derradeiramente devemos frisar que não nos vinculamos a ideologias libertárias ou de lassidão penal e não vemos as mulheres criminosas como “vítimas do sistema”. A prática criminal é um ato voluntário, decorrente do livre arbítrio que todos os seres humanos possuem. Portanto, a opção por delinquir envolve a assunção com o sancionamento que lhe é correspondente e decorrente. Sem embargo, quisemos sim expor nossa constatação sobre a realidade da mulher no cárcere, o que pode ser feito para melhoramos esta situação e, entre outros fatores, preservamos a família que tinha como pilar a prisioneira; nada mais é do que o sancionamento em condições de dignidade. O sofrimento está naturalmente associado à prisão, porém anuir com o mesmo além do necessário e proporcional é criar novos problemas a partir do cárcere e que se refletiram no meio social. Ademais, e tão importante quanto, é entender os motivos que preponderantemente conduzem a mulher à criminalidade e à prisão, a fim de preveni-los, contendo, assim, o alarmante avanço das estatísticas neste setor, que, mesmo sendo gritante, parece ainda não percebido por muitos, principalmente aqueles que deveriam.

Cirurgia de Transposição de Sexo. Aspectos Jurídicos Decorrentes de sua Realização

Áurea Pimentel Pereira*

Desde os primeiros tempos da história da humanidade, o homem buscou, na mulher, a figura de sua companheira e parceira, com o objetivo inicial de procriação e mais tarde o de constituição de uma família.

Foi, portanto, um impulso biológico que, originariamente, uniu o homem à mulher, por muito tempo tendo-se mantido imutável essa escolha e opção.

No decorrer do tempo, dita opção passou a sofrer deformações, com o surgimento do homossexualismo, lesbianismo e transexualismo, atualmente já presentes na sociedade brasileira. Tais deformações de conduta foram vistas, inicialmente, como patologias, com raízes no plano psíquico, tendo estado, seus portadores, até o ano de 1994, incluídos na lista internacional de doenças, como portadores de distúrbio mental.

Como lembrou Emerson Garcia, eminente membro do Ministério Público do Estado, em bem lançado estudo jurídico: "A mudança de sexo e suas implicações jurídicas", publicado na Revista da EMERJ, nº 13/2010, páginas 181/201: "O sexo biológico, não o psíquico, sempre foi o critério utilizado na individualização da identidade jurídica das pessoas. A uniformidade alcançada por esse critério, ainda que não seja o melhor, certamente contribuiu para a harmonia e a paz no ambiente social." Assim, o sexo de uma pessoa há de ser definido, de acordo com os padrões biológicos que ostente: masculino ou feminino, sendo inconcebível conceber-se a existência de um *tertius genus*.

Aos marcados por opção, firmemente feita, por sexo diverso do de sua constituição biológica, a ciência médica conceitua como transexuais. O transexualismo como anotou com percuciência Emerson Garcia, em seu artigo jurídico acima citado: "tem sido visto como patologia, originária de falhas cromossômicas ou desequilíbrios hormonais, que impõe uma ruptura aparentemente definitiva entre a identidade psíquica e a realidade física." (*ibidem*, pg.182).

Pela sociedade moderna, todavia, essas opções por uma conduta sexual deformada vêm sendo admitidas, vistas como frutos da livre escolha de seus optantes, reflexo do inconformismo destes com o sexo biológico de sua constituição. Para solução de tão grave conflito de comportamento, passou-se a admitir, então, aos inconformados, a possibilidade de submeterem-se eles a uma cirurgia para a transposição de seu sexo original para o de sua opção.

* Desembargadora do T.J.R.J. Vice-Presidente do Fórum de Estudos Interdisciplinares da EMERJ.

Tal cirurgia, denominada de transgenitalização, esteve, no Brasil, durante muito tempo proibida, só a partir de 1997, tendo passado a ser autorizada pelo Conselho Federal de Medicina que, mais tarde, através da Resolução nº 1652/2002, editou regras a serem observadas quando de sua realização, nos casos comprovados de transexualismo.

À época em que tal cirurgia não havia tido, ainda, sua realização autorizada, mas vinha sendo perseguida, em juízo, permissão para sua realização, como lembrou Emerson Garcia, em seu trabalho jurídico, já anteriormente citado, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando do julgamento da Apelação Cível nº 1992.001.06087, de que foi Relator o Des. Marden Gomes, ao desacolher o pedido que fora em tal sentido formulado, fê-lo sob a consideração de que: “a mudança aparente, ou seja, exteriormente, de órgãos genitais, em virtude de operação cirúrgica, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não implica em transformar um homem em mulher, metamorfose que a natureza não admite e a engenharia genética ainda não logrou atingir.”

Atualmente, tal tipo de cirurgia já é, normalmente, realizada, autorizada que veio a ser sua efetivação por decisão proferida pela 3ª Turma do T.R.F. da 4ª Região, quando do julgamento da Apelação Cível nº 2001.7100.026279 RS, de que foi Relator o Des. Roger Raupp, que permitiu sua efetivação pelo Sistema Nacional de Saúde (SUS).

Em nossa opinião, contudo, dita cirurgia estaria sendo efetivada em absoluta distonia com princípios constitucionais vigentes e disposições contidas nos Códigos Civil e Penal, senão vejamos:

Com efeito, como é sabido, a cirurgia para mudança de sexo, quando procedida em um homem, envolve a remoção dos testículos, guardando frontal distonia com a norma do parágrafo único do artigo 13 do Código Civil, expressa a estabelecer que: “Salvo por exigência médica é defeso ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes.”

Tendo presente os exatos termos da Lei, forçoso é reconhecer, então, que uma cirurgia de remoção de testículos, de natureza indiscutivelmente mutiladora, quando for realizada não por exigência médica, mas por mera opção do paciente, estará sendo, afinal, efetivada com frontal desconsideração a preceito legal, *in casu*, à norma do parágrafo único do artigo 13 do Código Civil pátrio. De outro lado, consumada a mutilação, caracterizada estará a figura penal prevista no inciso III do parágrafo 2º do artigo 129 do Código Penal, que conceitua como lesão corporal grave, a de que tenha resultado a inutilização de membro, sentido ou função.

As mesmas críticas podem ser formuladas, com relação à cirurgia de transposição de sexo, quando realizada em uma mulher, na medida em que dela irá resultar igualmente mutilação, ocorrida quando da retirada das mamas, ao lado de, em certos casos, a aberrante implantação da prótese de um pênis.

Em um e outro caso, pensamos, estar-se-ia, ademais, diante de cirurgia em franco confronto com as regras da moral e bons costumes que o artigo 13 do Código Civil, *in fine*, prevê devam ser sempre preservadas.

Para o profissional médico, ademais, a decisão sobre a realização, ou não, de uma cirurgia para transposição de sexo, além dos aspectos legais referidos, pode se revelar questão tormentosa, exurgida se e quando grave conflito haja se instalado, em um transexual, entre o seu sexo biológico e o de sua opção, de ordem tal, capaz de conduzi-lo a atitudes extremas, inclusive a eliminação da própria vida (suicídio).

Ao lado de tais questões, parece-nos que se deve por em realce, para discussão quando se tiver de decidir sobre a realização, ou não, de uma cirurgia para transposição de sexo, a necessidade da preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, em sua sadia concepção, como prevista no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 e sua permeabilidade axiológica com as regras de moral e bons costumes, referidas no parágrafo único do artigo 13 do Código Civil.

Sobre a dignidade da pessoa humana como direito subjetivo público, na Carta Magna brasileira erigida em direito fundamental, escreveu Emerson Garcia em precioso artigo publicado na Revista do Ministério Público 2015, pg. 49/69, Edição Comemorativa, já anteriormente citado, advertindo que: “não basta dizer que determinada ação ou abstenção é essencial à dignidade humana. Essa conclusão, por si, é um invólucro destituído de conteúdo. A solidez do discurso pressupõe a possibilidade de sua reconstrução lógico-racional, o que se dará, por exemplo, com a demonstração de que o comportamento está em harmonia com certos padrões institucionais da sociedade (família, religião, etc.).”

Seguindo a esteira desse ensinamento, parece-nos difícil reconhecer que a opção que haja sido feita pela submissão a uma cirurgia para transposição de sexo possa ser aceita e reconhecida como em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, quando tal opção se revela, na verdade, em franco descompasso com as regras de moral e bons costumes e os “padrões institucionais da sociedade (família, religião, etc.).”

De outro lado, discutível se mostra o reconhecimento de que a opção que haja sido por alguém manifestada pela submissão a uma cirurgia de transposição de sexo possa ser vista como apoiada no direito à disposição do próprio corpo, em princípio a todos garantido.

Sobre o exercício do direito à disposição do próprio corpo, algumas considerações merecem ser deduzidas, com a invocação do magistério de Luiz Roldão de Freitas Gomes, em erudito artigo jurídico, publicado na Revista do Ministério Público, Edição Comemorativa, Rio de Janeiro, 2015, que ao discorrer sobre “Direito à vida e sobre o próprio corpo”, considerou como atos lícitos de disposição do próprio corpo, entre outros: “não só os da vida cotidiana, como cortar o cabelo e as unhas, sujeitar-se a operações cirúrgicas, ceder sangue para uma transfusão”.

“Estes atos e outros”, acrescentou o douto jurista, “constituem direitos sobre o próprio corpo e sua prática não lesa direitos alheios, nem ofende os supremos princípios da conservação e utilidade social da moral pública ou os interesses do Estado.”

Todavia, advertiu o jurista emérito, inseridos que se encontram, aqueles atos, nos “chamados direitos de personalidade”, sendo conceituados como atos lícitos, estão eles: “na esfera de atividade extrajurídica do homem, limitados por imperativos de ordem pública e moral, não contravindo as regras dos *bonos more*.” (*ibidem*, p.1025).

Seguindo a linha de tal advertência, possível é, então, a indagação que fazemos sobre se uma cirurgia que se proponha a realização de uma transposição de sexo não estaria em testilhas com as regras de moral e bons costumes, a que todos se encontram submetidos. Em nossa opinião, o confronto com tais regras seria evidente.

Autorizada, todavia, que se encontra, em nosso país, a realização de cirurgia para transposição de sexo a exemplo, aliás, do que vem acontecendo em países outros do mundo, resta examinar, nos limites do tema sobre o qual discorreremos, as providências legais que podem ser pela autoridade judiciária deferidas, quando pelos interessados requeridas, sempre em harmonia com dispositivos de lei vigentes.

Com relação às providências legais que podem ser, em princípio, requeridas por parte de quem tenha sido a tal tipo de cirurgia submetido, lembre-se que são, via de regra, as seguintes: Realizada que haja sido uma cirurgia para transposição de sexo, é certo que quem a ela tenha se submetido venha a buscar autorização judicial para ver alterados, em seu registro de nascimento, o prenome original, para o de sua opção, e a indicação do sexo, de modo a adequá-los à sua nova forma física, o que se tem admitido, com a preservação, sempre, da verdade registral original, cujo conhecimento deve-se garantir a terceiros que venham a se relacionar, posteriormente, com quem a tal tipo de cirurgia haja se submetido.

A autorização para a mudança de nome e alteração da designação do sexo em registro de nascimento de quem se submeteu a uma cirurgia de transgenitalização constitui exceção à regra ou princípio da imutabilidade da verdade registral, consagrada no artigo 58 da Lei nº 6015/1973 (redação da Lei nº 9708/1998), por inaugurar contradição com o que originariamente constava do registro, em evidente confronto com a norma do artigo 5º, XIV da Constituição Federal, garantidora do exercício do direito à informação.

Essa questão foi, com percuência, examinada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando do julgamento da Apelação Cível nº 2817/2004 de que foi Relator o Des. Otávio Rodrigues que só em parte acolheu o pedido formulado por transexual que havia se submetido à cirurgia de transgenitalização para alteração de seu prenome, no Registro Civil, inadmitindo, todavia, a alteração, no registro, da indicação do sexo de masculino para o de feminino que foi considerado inatendível, pena de ofensa às normas dos artigos 226 § 3º da Constituição Federal e 1515 do Código Civil. (Vide ementa do acórdão transcrito no final deste capítulo).

De anotar-se, contudo, que a jurisprudência dos Tribunais de Justiça do País, posteriormente, firmou entendimento, no sentido do acolhimento dos pedidos de alteração de prenome e de designação de sexo, quando formulados por transexual, que haja se submetido à cirurgia de transgenitalização.

Divergência existe, porém, ainda na jurisprudência, com relação a cabimento, ou não, de se fazer constar, no registro de nascimento, averbação noticiando a efetivação das alterações procedidas.

De acordo com o nosso entendimento, acolhidos que venham a ser os pedidos de alteração de prenome e de designação de sexo, em registro de nascimento de um transexual que haja se submetido à cirurgia para transposição de sexo, imperioso será fazer constar, naquele registro, averbação esclarecedora de que as alterações foram procedidas em cumprimento à decisão judicial.

A inserção, em casos tais, nos registros, de uma averbação, será necessária para resguardar terceiros, de boa-fé, do risco de engano, a respeito do conhecimento da verdade registral no documento contida, conhecimento este ínsito no direito à informação, na Carta Magna brasileira, a todos garantido.

No sentido da exigência de uma averbação, se e quando efetivadas tais alterações, em cumprimento à ordem judicial, vem decidindo, com maior frequência, a jurisprudência dos Tribunais de Justiça brasileiros.

Entendimento diferente perfilhou, contudo, o acórdão da 3ª Turma do S.T.J, proferido quando do julgamento, feito em 15/10/2009, do Recurso Especial nº 1008.398/SP, de que foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi, que invocando os princípios constitucionais da dignidade e privacidade, da pessoa humana, decidiu pela não efetivação da averbação de alteração de prenome e designação de sexo, feita em registro de nascimento de transexual.

Pode-se dizer, portanto, que sobre essa instigante questão, não existe, ainda nos Tribunais do País, entendimento uniforme, à guisa de ilustração, merecendo ser trazido à colação, o acórdão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferido quando do julgamento, em 26/08/2014, do Agravo de Instrumento nº 70060459930, de que foi Relator o Des. Rui Portanova, que acolheu os pedidos de alteração de prenome e indicação de sexo formulados por transexual, mesmo em caso em que não havia ele se submetido à cirurgia de transgenitalização (vide ementa de acórdão transcrita no final deste capítulo).

Com respeito a essa última decisão, deixamos, contudo, registrada nossa opinião de que as alterações de prenome e de sexo, feitas em registro de nascimento de transexual, mesmo quando não haja ele se submetido à cirurgia para transposição de sexo, não se justificariam, representando, inclusive, para terceiros, quadro de verdadeira insegurança jurídica, ocorível se é quando, por absoluta desinformação, sobre a verdade registral, sempre possível de ocorrer se e quando viesse, aquele, com o detentor do registro eventualmente se envolver.

Jurisprudência

Ementa: “Mudança de sexo. Averbação no registro civil. 1 – O recorrente quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre para alterar no seu registro a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe

provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminhar ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2 – Recurso Especial conhecido e provido. (S.T.J., 3ª T.R. Especial nº 678933. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Publ.D.J. 21/05/2007.

Apelação Cível nº 2817/2004 RJ, T.J. R.J

Relator: Des. Otávio Rodrigues

Ação de Retificação de Registro Civil. Pedido para mudança de sexo de masculino para feminino e também de nome. Requerente que se submeteu à cirurgia para troca de sexo. Sentença julgando extinto o feito. Recurso de Apelação Cível. Reforma Parcial decretada. Código Civil de 2002 em seu artigo 1604, que repetiu o artigo 348, dispõe que: “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. Embora tenha trazido laudo médico emanado de um cirurgião que realizou a operação para mudança de sexo, bem como um parecer psicológico, o fato é que a prova definitiva teria de ser feita pelo laudo de análise citogenética. Todavia, em nosso entender, apesar do próprio aspecto humanitário, ele não pode ultrapassar os limites legais e constitucionais, diante da vedação em nosso direito de casamento envolvendo pessoas do mesmo sexo (artigo 226 §3º C.F/1988 e mais artigo 1515 do Código Civil de 2002). Assim, dada a situação atual da legislação e mais a necessidade de plena segurança das pessoas em seu negócio jurídico na vida social, a postulação revela-se incompatível. Aceita-se, tão somente, a mudança do nome visando minorar os constrangimentos diante da situação de fato existente. Provimento parcial do recurso.

Agravo de Instrumento nº 70060459930 TJ/RS – 8ª Câmara Cível.

Relator: Des. Rui Portanova Publicação 26/08/2014.

Ementa: Agravo de Instrumento. Retificação de Registro. Mudança de sexo. Ausência de cirurgia de transgenitalização. Constatada e comprovada a condição de transgênero, inclusive já com alteração do nome deferida e efetivada, mostra-se viável deferir a alteração do sexo, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização. Enunciados nºs 42 e 43 da Jornada de Direito da Saúde promovida pelo CNJ. Precedentes. Deram provimento.

A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana

Carlos Alexandre de Azevedo Campos*

Sumário

1. Introdução: A Importância do Debate Norte-Americano sobre o Ativismo Judicial. 2. A Origem Terminológica em Arthur Schlesinger Jr.: Ativismo Judicial v. Autorrestrrição Judicial. 3. A Pré-História do Ativismo Judicial. 3.1 *Marbury v. Madison*. 3.2. *Dread Scott v. Sandford*. 3.3. *Lochner v. New York*. 4. O Ativismo Judicial entre Conservadores e Liberais. 4.1. Ascensão e Queda da Corte *Lochner*: os Mesmos Fatores Políticos. 4.2. *A New Deal Court* e o Ativismo Liberal da Corte Warren. 4.3. A Contrarrevolução Republicana: Nixon, Reagan, Burger, Rehnquist, Scalia e o Ativismo Judicial Conservador. 5. O Momento Atual do Debate: de Volta a *Lochner Era*? 6. Conclusão. Referências Bibliográficas

1. Introdução: A Importância do Debate Norte-Americano sobre o Ativismo Judicial

A ascensão do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é uma realidade incontestável, sob o ponto de vista descritivo, do contemporâneo arranjo político-institucional brasileiro. Nos últimos anos do século XX e, mais destacadamente, neste século XXI, houve uma profunda alteração *quantitativa* e *qualitativa* do espaço que o Supremo ocupa no cenário sociopolítico brasileiro. A Corte vem, cada vez mais, expandindo seus poderes normativos em face dos demais atores, e isso em função das grandes transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais que gradualmente se seguiram ao marco constitucional de 1988. Na realidade, a Corte foi reinventada em diferentes aspectos: na abrangência dos temas julgados – temas de alta voltagem política e moralmente hipercontroversos ao lado de muitas questões não tão importantes assim; no tipo de argumentos de decisão – abandono progressivo do positivismo formalista para a adoção de uma metodologia mais criativa e orientada a valores; no alcance de suas decisões – julgamentos que repercutem sobre todo o sistema político e por toda a sociedade.¹

Com esse novo arranjo em movimento, mais do que em judicialização da política e das grandes questões sociais de nosso tempo,² pode-se falar hoje em sua

* Mestre e Doutorando em Direito Público – UERJ. Professor UCAM/FDC. Assessor de Ministro do STF.

¹ ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 250, Rio de Janeiro, FGV, 2009, p. 5.

² Sobre o conceito de judicialização da política, cf. VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. In: TATE, C. Neal; _____ (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 2005, p. 13; SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford

tribunalização.³ Tem restado ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre *questões cruciais* e ele não tem recusado o encargo. Ao contrário, o Tribunal tem afirmado sua função de definir a vontade da Constituição nas mais diversas áreas e sobre os temas mais relevantes da vida política e social do Brasil contemporâneo: desde a titularidade de cargos eletivos até as condições de funcionamento parlamentar dos partidos políticos; desde a criação de municípios até a demarcação de terras indígenas; desde a Reforma da Previdência até a guerra fiscal entre os estados; desde a união estável homoafetiva até a licitude de aborto de fetos anencéfalos. Mas também tem decidido sobre a promoção de professores e a aplicação de multas por sociedades de economia mista. A interpretação do Supremo Tribunal Federal tem sido onipresente.

Em resolver muitos desses casos, o Supremo tem utilizado um conjunto variado de práticas interpretativas e decisórias que são todas expansivas de seu novo espaço institucional: além de suprir lacunas legislativas, ele expande os significados e o alcance de enunciados normativos constitucionais muito indeterminados; afirma direitos e interesses substantivos apenas vagamente definidos na Constituição de 1988; altera o sentido de leis e de outros atos normativos infraconstitucionais para conformá-los à Constituição; falta com deferência à capacidade jurídica e epistêmica dos outros poderes; amplifica os próprios poderes processuais e os efeitos de suas decisões; interfere na formulação e na aplicação de políticas públicas. Isso tudo é *ativismo judicial*⁴ e, em diferentes oportunidades, essa prática não tem sido apenas legítima, mas tem se apresentado como uma verdadeira *necessidade sistêmica*.

Sem embargo, o ativismo judicial do Supremo tem consistido em elemento não apenas constante, mas também relevante para a dinâmica política do Brasil de hoje. A Corte tem se sido capaz de exercer tanto um papel contramajoritário, promovendo algum equilíbrio entre as forças políticas em disputa, como a função de avançar políticas favorecidas pelas coalizões majoritárias, mas que, em razão do caráter muito controvertido dos temas e de seus altos custos políticos, esbarram em impasses (*deadlocks*) intransponíveis na arena legislativa. Dessa forma, a ascensão do ativismo judicial do Supremo tornou-se, sem dúvida, uma parte importante da vida política e social do Brasil contemporâneo.

Com isso, o ativismo judicial passou a ocupar, inevitavelmente, um espaço enorme em nossos debates doutrinários. Pode-se dizer, sem receio, que é um *tema da*

University Press, 2000, p. 194; VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

³ KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protection? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. (Ed.) *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 154, nº 1.

⁴ Na perspectiva deste trabalho, defino o *ativismo judicial* como o *exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juizes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas Constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias*. Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

moda. Não obstante, é de se assumir que estamos apenas engatinhando na temática do ativismo judicial. A discussão sobre o exercício expansivo de poder decisório por juízes e por cortes sobre os outros poderes possui um alcance espacial e temporal muito maior que o incipiente debate brasileiro possa sugerir. Daí que, para a compreensão desse momento particular de atuação ativista do Supremo, é valioso um diálogo com as outras realidades ativistas, mais antigas e experimentadas. Entre essas fontes, sem dúvida, a prática decisória da Suprema Corte norte-americana é a que mais tem a ensinar ao caso brasileiro, como a qualquer outra experiência no mundo. Com essa premissa em mente, o propósito deste trabalho é justamente apresentar o debate histórico em torno do ativismo judicial da Suprema Corte estadunidense e extrair as lições que esse debate pode oferecer para a melhor identificação e avaliação do hodierno ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.

Os Estados Unidos são o berço do *tema*⁵ e do *termo* “ativismo judicial”.⁶ Se fosse escrito um livro sobre a *história geral do ativismo judicial*, o debate norte-americano deveria consumir talvez mais da metade do espaço da obra. E, sem dúvida, seriam os momentos mais importantes, interessantes e ricos em elementos teóricos e empíricos. Os Estados Unidos são o principal palco da discussão em torno da atuação de juízes e cortes no sistema político em que estão inseridos e do qual fazem parte; em especial, sobre o papel que uma corte suprema pode cumprir nesse sistema. Na realidade, a discussão sobre os limites e possibilidades de atuação da Suprema Corte norte-americana antecede em muito à própria criação do termo “ativismo judicial” para confundir-se com a história do constitucionalismo estadunidense.⁷

Acontece que, desde sua primeira aparição, a expressão “ativismo judicial” tornou-se a principal estrela do debate sobre a atuação da Suprema Corte na interpretação da Constituição e em suas relações com os demais poderes. Pode-se falar mesmo em sua *onipresença*.⁸ Seu debate transcende as fronteiras das academias de Direito e de Ciências Políticas para ser tema recorrente também na mídia.⁹ Na esfera político-eleitoral, há uma incomparável politização do termo, que se transformou em elemento retórico e estratégico de políticos e governantes de diferentes inclinações

⁵ Sem embargo, a discussão sobre o (excesso de) poder das cortes em declarar a inconstitucionalidade das leis é historicamente a “obsessão central da teoria constitucional” norte-americana; cf. FRIEDMAN, Barry. *The Birth of an American Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty. Part V. Yale Law Journal*, vol. 112 (2), 2002, p. 155, *et seq.*

⁶ A doutrina aponta para o texto do historiador Arthur Schlesinger Jr, *The Supreme Court: 1947. Fortune*, vol. 35 (1), 1947, como a fonte primária do termo. Sou muito grato ao Professor Angel Oquendo pela obtenção da reprodução integral do texto original nos Estados Unidos.

⁷ TRIBE, Laurence. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 45, diz que a discussão sobre o papel da Suprema Corte norte-americana na interpretação da Constituição e na interferência sobre as ações dos outros poderes “é tão velha quanto a própria nação”. KRAMER, Larry. *We The Court. Harvard Law Review*, vol. 115 (1), 2001, p. 61/64, diz que a discussão foi esparsa, ao invés de compreensiva, durante a Convenção Constitucional de 1787, mas que ela efetivamente ocorreu. O tema também ocupou importantes páginas dos *Federalist Papers* (1787-1788), sobretudo, o *Paper* nº 78, escrito por Alexander Hamilton.

⁸ YUNG, Corey Rayburn. *Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts. Northwestern University Law Review*, vol. 105 (1), 2011, p. 7.

⁹ Sobre a frequência do termo em artigos de *law reviews* e em jornais, cf. KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*. *California Law Review*, vol. 92 (5), 2004, p. 1442/1443.

ideológicas e para os propósitos mais diversos. O combate ao ativismo judicial é objeto de campanhas presidenciais e compõe o núcleo dos questionamentos dos senadores nas audiências de confirmação dos juízes indicados para a Suprema Corte.¹⁰

O debate norte-americano é também completo. O ativismo judicial na Suprema Corte foi desenvolvido em contextos ideológico, político, social e cultural tão ricos e conflituosos, de aspectos tão amplos e, ao mesmo tempo, tão polarizados que seus diferentes elementos e variáveis o tornam de uma utilidade didática única. Sem embargo, a compreensão do debate norte-americano é imprescindível para a investigação do tema em qualquer outra realidade política, e seus mais destacados elementos e variáveis serão de extraordinária relevância para a compreensão do ativismo judicial contemporâneo no Brasil.

Este texto buscará o conhecimento desses elementos com o propósito de identificar tanto as formas de manifestação como os fatores que alimentam e moldam o desenvolvimento do ativismo judicial. Importantes decisões da Suprema Corte norte-americana, mais do que de qualquer outra, revelam, com impressionante clareza, dois aspectos fundamentais para a compreensão do ativismo judicial: *primeiro*, que as decisões ativistas são multifacetadas, isto é, se revelam por *diferentes dimensões* – a interpretação criativa e expansiva da Constituição, a aplicação direta de direitos fundamentais implícitos ou apenas vagamente definidos, a falta de deferência à capacidade legal e epistêmica dos outros poderes, a superação de precedentes, etc.; *segundo*, que o ativismo judicial não é o resultado puro e simples de uma atitude deliberada dos juízes, mas sim, que ele responde a uma *pluralidade de fatores* que influenciam e podem explicar o comportamento mais ou menos ativista desses juízes e de suas cortes – principalmente, que o *ativismo judicial pode ser politicamente construído e direcionado*.

A investigação deve começar pelo começo: primeiro será examinada a abordagem do historiador Arthur Schlesinger Jr., que inaugurou a discussão em torno do termo “ativismo judicial”,¹¹ com o objetivo precípuo de compreender as raízes da expressão; depois, examinarei casos relevantíssimos de “ativismo judicial pré-histórico” da Suprema Corte, ou seja, decisões de grande importância histórica para o país e para o constitucionalismo mundial, que podem ser consideradas “decisões ativistas” tomadas antes da própria criação do termo; na sequência, explorarei a trajetória do ativismo judicial norte-americano sob a perspectiva do infindável embate político-ideológico entre conservadores e liberais, desde a chamada Era Lochner, culminando com a Corte Rehnquist. Ao fim, faço uma breve exposição da *Suprema Corte dos dias de hoje*, a *Roberts Court*, e o momento atual do ativismo judicial da Corte até seu inesperado recuo no julgamento do *Obamacare*.

¹⁰ Sobre o histórico de discussão nessas audiências em torno do ativismo judicial e das orientações ideológicas dos juízes, cf. TOOBIN, Jeffrey. *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. New York: Anchor Books, 2007; PETTYS, Todd E. Judicial Discretion in Constitutional Cases. *Journal of Law & Politics*, vol. 26 (1), 2011, p. 128/143.

¹¹ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947.

2. A Origem Terminológica em Arthur Schlesinger Jr.: Ativismo Judicial v. Autorrestrrição Judicial

A doutrina norte-americana reconhece que o primeiro uso público do termo “ativismo judicial” coube ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr.¹² em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de Janeiro de 1947. Nesse artigo, além de apresentar o termo, Schlesinger entregou outra importante lição: quanto mais uma corte se apresenta como uma instituição vital ao seu país e à sua sociedade, mais ela e seus membros deverão sujeitar-se a um julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator de suas decisões. Schlesinger defendeu a importância em saber as questões que dividem os juízes da Suprema Corte norte-americana e isso porque “suas decisões ajudam a moldar a nação por anos”.¹³ Essa é uma lição fundamental para o contemporâneo momento de relevância política e social do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Schlesinger avaliou a Suprema Corte de 1947, formada quase inteiramente por juízes nomeados pelo então ex-presidente Roosevelt. O autor classificou os juízes da Corte em: (i) *juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres* – Justices Black e Douglas; (ii) *juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade* – Justices Murphy e Rutledge; (iii) *juízes campeões da autorrestrrição* – Justices Frankfurter, Jackson e Burton; e (iv) juízes que representariam o *equilíbrio de forças (balance of powers)* – Chief Justice Fred Vinson e o Justice Reed.

Para o autor, a Corte decidia dividida, tanto intelectual quanto pessoalmente, em dois grupos bem definidos: os ativistas, liderados por Hugo Black; e os autorrestritivos, liderados por Felix Frankfurter;¹⁴ restando a dois juízes, Fred Vinson e Stanley Reed, alinharem-se a um ou a outro grupo conforme o caso. Com essa divisão, a Corte Vinson foi marcada por certo equilíbrio entre o ativismo judicial e a autorrestrrição judicial. Como será visto mais adiante (item 4.2., *infra*), esse equilíbrio teve fim com as mortes de Murphy e Rutledge.

Schlesinger apresentou o termo “ativismo judicial” exatamente como o oposto à “autorrestrrição judicial”. Para o autor, os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, “mesmo que se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador”. Ao contrário, os juízes “campeões da autorrestrrição judicial” têm uma visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial:

¹² Existem anotações no sentido de que Schlesinger na verdade não teria criado o termo, mas o tomou de empréstimo de Thomas Reed Powell, seu colega de Harvard: GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, vol. 58 (5), 2009, p. 1203, nº 19.

¹³ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 73.

¹⁴ Realizando a mesma divisão: McWHINNEY, Edward. *Judicial Review in the English-Speaking World*. Toronto: University of Toronto Press, 1956, p. 170/185; HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. New York: Hill and Wang, 1998, p. 114; BURNS, James MacGregor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. New York: Penguin Press, 2009, p. 167.

a Suprema Corte não deve intervir no campo da política e sim agir com “deferência à vontade do legislador”.¹⁵

O autor analisou as divergências intelectuais e as disputas de poder entre as diferentes personalidades judiciais da Corte e concluiu que a oposição entre os juízes ativistas e os defensores da autorrestrição judicial resultava, no final, um “conflito fundamental sobre a própria função do judiciário em uma democracia”. Ainda que a animosidade pessoal fosse mais tensa entre os *Justices* Douglas e Frankfurter, o autor acertou em cheio ao eleger Hugo Black e Felix Frankfurter como principais *símbolos intelectuais*, respectivamente, do ativismo e da autorrestrição judicial. Sem dúvida, o pensamento extremado de ambos os juízes reflete melhor a oposição entre as filosofias judiciais que caracterizam esse “conflito fundamental”.¹⁶

Black sempre defendeu que a Constituição e a *Bill of Rights* norte-americanas criaram uma forma de governo limitado, cabendo ao Judiciário “a responsabilidade primária e o dever de executar e tornar efetivas as liberdades constitucionais e as limitações sobre os Poderes Executivo e Legislativo.” Para Black, a *Bill of Rights* excluiu do Congresso qualquer poder sobre os direitos e liberdades individuais, ao passo que confiou às cortes o “dever sagrado” de proteger esses direitos. As cortes deveriam se comportar como “fortalezas impenetráveis contra as afirmações de poder pelo Legislativo e pelo Executivo.”¹⁷

É verdade que Hugo Black, sob a óptica metodológica, foi um fervoroso defensor do “textualismo”, ou seja, da prática de “discernir o significado das provisões constitucionais por meio de uma interpretação estrita da linguagem específica do documento”.¹⁸ Com apoio nesse cânon interpretativo, ele chegou a rejeitar expressamente o papel de “convenção constitucional diária” (*day-to-day constitutional convention*) para a Suprema Corte.¹⁹ Sua defesa de um “puro textualismo”²⁰ impõe um aparente paradoxo à classificação dele por Schlesinger como “campeão do ativismo judicial”, haja vista a interpretação textualista, a princípio, não ser exatamente adequada ao alcance de propósitos ideológicos na concretização da Constituição. Contudo, segundo advertência de J. Harvie Wilkinson III, “na prática, o puro textualismo de Black foi, em última análise, uma decepção”. Ante a textura aberta de muitos dos

¹⁵ SCHLESINGER Jr., Arthur M. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 75/77.

¹⁶ Cf. MENDELSON, Wallace. *Justices Black and Frankfurter: Conflict in the Court*. Chicago: University of Chicago, 1961: o autor acusa Black de votar de acordo com sua ideologia e favorece Frankfurter como juiz comprometido com o sistema democrático norte-americano.

¹⁷ BLACK, Hugo. *The Bill of Rights. New York University Law Review*, vol. 35 (4), 1960, p. 879/880.

¹⁸ BLOOM JR., Lackland H. *Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 1.

¹⁹ Seu voto em *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 520-521 [1965]): “Use of any such broad, unbounded judicial authority would make of this Court’s members a *day-to-day constitutional convention*.” Neste famoso caso, referido mais adiante (item 4.2), Black, já com mais de 80 anos, deu um forte exemplo de autorrestrição na interpretação da Constituição em seus últimos anos na Corte (aposentou-se em 1971, ano também de sua morte). Quando falou em “autoridade judicial ampla e sem limites”, ele fez referência à possibilidade da Suprema Corte julgar leis inconstitucionais com base na 9ª Emenda.

²⁰ Para SCALIA, Antonin e GRANER, Bryan A. *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul: West, 2012, p. 16, “Textualismo, em sua forma mais pura, começa e termina com o que o texto diz e precisamente implica.” Segundo os autores, “no amplo sentido, todos são textualistas”, mas não puros.

enunciados normativos da Constituição norte-americana, máxime da *Bill of Rights*, como a *due process clause* e a *equal protection clause*, Black, mesmo defendendo uma postura de restrição metodológica, aproveitou *oportunidades normativas* para fazer prevalecer *valores próprios* sobre a Constituição. Black teria chegado ao ativismo judicial por meio do textualismo, fazendo dessa uma teoria de restrição judicial apenas na aparência.²¹

Frankfurter, ao contrário, talvez tenha sido, de fato, o mais comprometido defensor da autorrestrrição judicial na história da Suprema Corte, um juiz verdadeiramente *antiativismo*. Ele pertenceu a uma tradição de juízes que afirmaram a autorrestrrição judicial como uma filosofia adjudicatória, que tinha em James Bradley Thayer o mais importante referencial teórico,²² e nomes como Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis e Learned Hand²³ como principais representantes. Frankfurter defendia que o juiz deveria separar as convicções particulares de justiça substantiva de seu dever funcional na Corte e, por isso, ele atuava com igual deferência tanto ao legislador conservador quanto ao liberal. Ele foi um liberal fora da Corte, mas que adotou a autorrestrrição judicial como um padrão para julgar em uma época de leis conservadoras e ao lado de juízes ativistas e liberais de forma que, ao sustentar a constitucionalidade dessas leis como decorrência de sua postura de autorrestrrição, acabou sendo taxado de conservador. Porém, na realidade, Frankfurter era um juiz que adotava a autorrestrrição judicial como um princípio de adjudicação que valia “para todas as estações”.²⁴

Ele era cético sobre supremacia judicial e acreditava que juízes “devem decidir ‘casos’ e ‘controvérsias’, e não criar um mundo novo.” Essa tarefa seria apenas do governo e do legislador.²⁵ A função judicial, segundo Frankfurter, estaria sujeita a constrações próprias de uma sociedade democrática: interpretar leis além dos “significados das palavras utilizadas pelo legislador” corresponderia a “usurpar um poder que nossa democracia depositou em seus legisladores eleitos”. Por isso, “um

²¹ WILKINSON III, J. Harvie. *Cosmic Constitutional Theory. Why Americans Are Losing Their Inalienable Right to Self-Governance*. New York: Oxford University, 2012, p. 35. Para o autor, criticando o textualismo de Black, “pode ser exatamente tão ativista pretender que as palavras da Constituição provejam todas as respostas quanto ignorar seu texto em ordem a alcançar resultados que suceda a aprovar”. Isso não significa, segundo penso, que todo juiz “textualista” deva ser ativista.

²² O principal marco teórico dessa linha judicial foi o festejado texto de THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, *Harvard Law Review*, vol. 7 (3), 1893, p. 129/156, no qual o autor defendia que a *judicial review* só deveria ser exercida quando o juiz ou a Corte se deparassem com uma situação de inconstitucionalidade acima de qualquer dúvida razoável, ou seja, quando o legislador cometesse um “erro claro e manifesto”. A sua abordagem teórica será melhor explorada no Capítulo III.

²³ Sobre a influência comum de James Bradley Thayer a esses juízes, cf. MENDELSON, Wallace. The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. *Vanderbilt Law Review*, vol. 31 (1), 1978, p. 71/87; LUBAN, David. Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint. *Duke Law Journal*, vol. 44 (3), 1994, p. 451.

²⁴ MENDELSON, Wallace. The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. *Vanderbilt Law Review*, vol. 31 (1), 1978, p. 80.

²⁵ MENDELSON, Wallace. The Orthodox, or Anti-Activist, View – Mr. Justice Frankfurter. In: FORTE, David F. (Ed.) *The Supreme Court in American Politics. Judicial Activism v. Judicial Restraint*. Lexington: D.C. Heath and Co., 1972, p. 26.

juiz não deve reescrever uma lei, nem alargar ou contraí-la”,²⁶ mas deve exercer suas funções com restrição e cautela, especialmente a *judicial review*. Nesse sentido, vale o registro de uma das passagens mais citadas de Frankfurter na Corte:

O impressionante poder desta Corte de invalidar tais leis, por ser limitado na prática apenas por nossa própria prudência em discernir os limites de nossa função constitucional, deve ser exercido com a máxima restrição. (...) o poder [dessa Corte] de invalidar a legislação não deve ser exercido como se, em teoria constitucional ou na arte de governo, ele se apresentasse como a única fortaleza contra as tolices ou excessos do momento.²⁷

Como se vê, não eram exatamente questões de política substantiva que separavam as ideias de Black e Frankfurter. Como disse Schlesinger, esses juízes “expressa[va]m elementos divergentes dentro de uma tradição liberal comum.”²⁸ Da mesma forma, não eram essas questões que substancialmente dividiam os demais juízes da Corte Vinson, todos igualmente nomeados por presidentes Democratas (Roosevelt e Harry Truman). O que realmente dividia os seus membros, muito bem representado pelas ideias opostas de Black e Frankfurter, era o diferente entendimento que tinham sobre o papel constitucional da Suprema Corte.

As divergências eram, enfim, uma disputa sobre o lugar da Suprema Corte no sistema de governo norte-americano, uma disputa travada por meio de posições radicais, mas intelectualmente honestas. No interior dos grupos divididos por Schlesinger, poderia até haver alguma discordância entre os juízes sobre casos específicos, mas nunca sobre a questão essencial da “natureza da função judicial”. Mas, entre esses grupos, o “grande debate” era mesmo sobre a extensão na qual a Suprema Corte estava permitida a intervir sobre o campo da política, como bem resumido pelo próprio Schlesinger:

O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode cumprir um papel afirmativo em promover o bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson advoga uma política de autorrestrrição judicial. Um grupo é mais preocupado com o emprego do poder judicial em favor de sua própria concepção de bem social; o outro, com expandir o campo de liberdade de conformação dos legisladores, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenam. Um grupo considera a Corte como um instrumento

²⁶ FRANKFURTER, Felix. Some Reflections on the Reading of Statues. In: O'BRIEN, David M. (Ed.) *Judges on Judging. Views from the Bench*. Washington: CQ Press, 2009, p. 286

²⁷ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 128 (1958).

²⁸ SCHLESINGER Jr., Arthur M. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 79.

para alcançar resultados sociais desejados; o segundo como um instrumento para permitir que os outros poderes de governo alcancem os resultados que o povo deseja, sejam bons ou ruins. Em suma, a ala Black-Douglas parece estar mais preocupada em resolver casos particulares de acordo com suas próprias pré-concepções sociais; a ala Frankfurter-Jackson com preservar o judiciário em seu espaço estabelecido, mas limitado no sistema Americano.²⁹

Essa oposição de ideias entre os grupos liderados por Black – os “campeões do ativismo judicial” – e por Frankfurter – os “campeões da autorrestrição judicial” – desenvolvida por Schlesinger, a despeito de algumas acusações de superficialidade e incoerência em sua abordagem,³⁰ não deixou dúvidas quanto ao que o ativismo judicial representa: uma “declaração de poder”, enquanto a autorrestrição consistiria em “resistir à supremacia judicial (...) em nome da deferência à vontade do legislador”.³¹

Renúncia ao poder de revisar as leis não faria parte da agenda dos juízes ativistas, principalmente se isso atentasse contra os direitos humanos e contra o que julgassem ser o “espírito da tradição democrática Americana”. Ao contrário, a autorrestrição requer essa renúncia, pois o próprio legislador deve corrigir seus erros. Juízes ativistas tomam decisões de caráter político e de criação positiva do direito, orientados por seu sentido de justiça social, sem fidelidade ao sentido literal do texto constitucional.³² No entanto, juízes “campeões da autorrestrição judicial” são humildes na interpretação da Constituição e deferentes às decisões dos demais poderes do governo ainda que contrárias às suas convicções políticas ou morais.

A formulação de Schlesinger apontou, portanto, para uma discussão muito mais político-institucional do que simplesmente jurídico-metodológica – decidir sobre o ativismo ou autorrestrição judicial é decidir a respeito do *espaço decisório* da Suprema Corte no sistema constitucional e político do país. Ele tomou partido, como regra geral, da autorrestrição judicial: “os maiores interesses da democracia nos Estados Unidos” “requerem que a Corte retraia ao invés de expandir seu poder”, devendo deixar a “instituições diretamente responsáveis ao controle popular” o poder

²⁹ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 201.

³⁰ Cf. GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, vol. 58 (5), 2009, p. 1201/1209: o autor fala em “raízes superficiais” do termo, em terminologia confusa, acusa Schlesinger de não definir coerentemente o ativismo judicial, de falhar em explicar os critérios empregados para sua categorização e, por fim, de ser ambivalente em seu julgamento sobre o ativismo e a autorrestrição. Por outro lado, não se pode esquecer, como disse BARNETT, Randy. Constitutional Clichés, *Capital University Law Review*, vol. 36 (3), 2008, p. 493, que o historiador escreveu para uma audiência popular e não para especialistas. As acusações de Craig Green se mostram realmente excessivas e injustas.

³¹ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 202/204.

³² A toda evidência, a abordagem de Schlesinger Jr. adota a perspectiva atitudinal para os juízes ativistas da Suprema Corte, haja vista trabalhar com a ideia que esses juízes atuam sem responder a qualquer construção legal (texto constitucional ou precedentes) ou sociopolítica (pressão dos partidos políticos, opinião pública), mas que apenas decidem de acordo com suas filosofias política e moral. Sobre o modelo atitudinal de adjudicação, cf. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, New York: Cambridge University Press, 2002.

de decisão. Contudo, acrescentou que o ativismo se justificaria caso “ameaçadas as liberdades que garantem a própria participação política dos indivíduos”,³³ ou seja, Schlesinger não negou o ativismo em absoluto, entretanto não o aceitava como uma rotina institucional da democracia norte-americana.

3. A Pré-História do Ativismo Judicial³⁴

Como o próprio Schlesinger reconheceu, o ativismo judicial diz com disputas mais antigas sobre os limites de atuação da Suprema Corte norte-americana do que pode supor sua origem terminológica.³⁵ Decisões da Corte podem ser identificadas como ativistas desde os primórdios da prática da *judicial review* e algumas são tão relevantes que transformaram não só o perfil da Suprema Corte, mas também a própria sociedade norte-americana. Aqui me refiro às decisões *Marbury v. Madison*, *Dred Scott v. Sandford* e *Lochner v. New York*, exemplos clássicos e complexos do ativismo judicial pré-histórico da Suprema Corte.³⁶

A primeira representou a afirmação histórica do poder da Suprema Corte de exercer a *judicial review* e repercutiu para sempre em seu papel no arranjo político-institucional estadunidense. A segunda procurou resolver a controvérsia da escravidão nos Estados Unidos, mas apenas exacerbou a divisão entre o Norte antiescravagista e o Sul escravagista, acelerando a eclosão da Guerra Civil que transformaria definitivamente o país. A terceira é o marco de uma era em que a Corte, em nome de uma filosofia de liberalismo econômico, impediu que políticas governamentais buscassem melhores condições de vida para os cidadãos menos privilegiados. O propósito deste tópico é avaliar historicamente essas decisões e identificar tanto que elas possuem diferentes dimensões – de ativismo, mas também de autorrestrição judicial – quanto que responderam a importantes variáveis políticas, ideológicas e estratégicas que se fizeram presentes.

Uma advertência deve ser antes feita – ainda que *Marbury* suscite questionamentos dos mais variados até hoje,³⁷ ela é uma decisão festejada pela história. Ao contrário, *Dred Scott* e *Lochner* são decisões execradas por toda a história. São símbolos de erro judicial e argumentos contra a própria *judicial review*. Em suma, são os *anticanon*.³⁸ Não obstante, *Dred Scott* e *Lochner* não são ativistas porque foram decisões erradas e de resultados ruins. *Korematsu*³⁹ entra em qualquer lista das piores

³³ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 208 e 212.

³⁴ Tomo a expressão de empréstimo de Craig Green, An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal* Vol. 58 (5), 2009, p. 1209.

³⁵ SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), janeiro de 1947, p. 208.

³⁶ Shapiro e Tresolini, *American Constitutional Law*, 4ª ed. New York: Macmillan Publishing, 1975, p. 60, dizem que *Marbury* e *Dred Scott* são “os dois maiores exemplos do ativismo da Suprema Corte em seus primórdios”. McWHINNEY, Edward. *Judicial Review in the English-Speaking World*. *Op. cit.*, p. 170/171: em *Lochner*, “a Old Court... estava tentando sustentar, através do ativismo judicial aplicado à Constituição, um empreendimento essencialmente *laissez-faire* para a vida econômica e social Americana.”

³⁷ Cf. TUSHNET, Mark (Ed.). *Arguing Marbury v. Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

³⁸ GREENE, Jamal. The anticanon. *Harvard Law Review*, vol. 125 (2), 2011, p. 385/404.

³⁹ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). Nesse caso, a Suprema Corte, com o voto líder de Hugo

decisões da Suprema Corte, mas se em *Dred Scott* e *Lochner* a Corte foi muito agressiva em face do legislador, em *Korematsu* ela foi muito passiva em favor do Executivo e em detrimento de liberdades fundamentais.⁴⁰

Exemplos como o de *Korematsu* ensinam que ativismo judicial e erro judicial não são sinônimos e, por isso, a *minha* escolha por *Dred Scott* e *Lochner* como exemplos *pré-históricos* de ativismo judicial nada tem a ver com ligar o ativismo a decisões ruins, o que é algo apenas contingente. Minha preferência por *Dred Scott* e *Lochner* se deu simplesmente porque elas foram... ativistas! Também porque suas circunstâncias produziram lições das mais importantes até os dias de hoje.

3.1. Marbury v. Madison

A Suprema Corte norte-americana, até a nomeação de John Marshall como seu *Chief Justice* em 1801, ocupou um espaço de desimportância na vida política do país. Marshall fortaleceu significativamente a Corte, dando-lhe identidade institucional, aumentando-lhe credibilidade e importância no cenário político norte-americano.⁴¹ Com sua habilidade em minimizar conflitos institucionais, Marshall protegeu a Corte de ataques políticos, fazendo com que “os outros poderes de governo e o público em geral gradualmente aceita[ssem] a autoridade que ele reclamava para a Corte e o seu papel no processo decisório político”.⁴² Ele deixou para seus sucessores a lição de “verem a si mesmos como fatores vitais no processo governamental” e sentirem-se “autorizados a ajudar a América a decidir que tipo de nação ela deve ser.”⁴³ O legado de Marshall foi o da alta relevância política e social da Suprema Corte.

A mais importante declaração de autoridade da Corte Marshall foi sua decisão de 1803, *Marbury v. Madison*,⁴⁴ em que o voto de Marshall afirmou o poder da Corte para julgar inconstitucional e deixar de aplicar uma lei federal incompatível face à Constituição. Essa decisão é reconhecida como a primeira afirmação da Suprema Corte de seu poder de *judicial review*,⁴⁵ que é a essência de seu papel no sistema de

Black, declinou ao Governo Federal em favor de suas ordens de detenção (*Executive Order 9066*) em campos de concentração, durante a Segunda Guerra Mundial e na sequência aos ataques a *Pearl Harbor*, de cidadãos nipo-americanos suspeitos de espionagem ou de contribuir para a invasão ou para ataques aos estados da Costa Oeste. Fred Korematsu foi um desses cidadãos, detido em 1942. Julgando o caso ao final de 1944, a maioria da Suprema Corte, ignorando que naquele momento o destino da Grande Guerra já estava definido a favor dos aliados, decidiu manter a detenção julgando-a válida “ao tempo em que foi praticada” e justificando a restrição aos direitos civis de Korematsu “porque [os Estados Unidos] est[avam] em guerra com o Império Japonês”.

⁴⁰ LEVIN, Mark. *Men in Black. How the Supreme Court is destroying America*. Washington: Regnery, 2005, p. 17, julga *Korematsu* ativista porque a Corte negou aplicação ao sentido claro da V Emenda da Constituição.

⁴¹ Cf. SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law. Op. cit.*, p. 15/17; O'BRIEN, David M. *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*. 8ª ed. New York: W.W. Norton & Company, 2008, p. 112.

⁴² BAUM, Lawrence. *The Supreme Court*. 10ª ed., Washington: CQ Press, 2010, p. 20/21.

⁴³ McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. 5ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, p. 68/69.

⁴⁴ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁴⁵ Afirmando que a Suprema Corte teria exercido o poder da *judicial review* antes da chegada de Marshall e da decisão de *Marbury*, cf. MENDELSON, Wallace. Was Chief Justice Marshall an Activist? In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M (Ed.). *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington: D.C. Heath and Company, 1982, p. 58.

governo norte-americano. E como se verá, é também a prova mais antiga do caráter multidimensional das decisões ativistas e de como esse ativismo pode responder a diferentes fatores além do puramente legal.

O caso envolveu um *writ of mandamus* proposto por William Marbury diretamente na Suprema Corte em face do Secretário de Estado James Madison, com o propósito de obrigar o último a outorgar-lhe os poderes de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, cargo para o qual havia sido nomeado pelo presidente federalista, John Adams, em seus últimos dias de mandato. Em tomar posse em 1801, o Presidente Republicano, Thomas Jefferson (que havia derrotado Adams nas eleições presidenciais de 1800), ordenou que Madison negasse a investidura de Marbury. Diante de tal negativa, Marbury utilizou a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que havia outorgado à Suprema Corte a competência originária para julgar *mandamus* contra autoridades públicas, como secretários de estado do governo federal.

A Suprema Corte, liderada por Marshall, reconheceu tanto o direito de Marbury ao cargo como se tratar a hipótese de sua jurisdição originária na forma estabelecida pela Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. Contudo, a Corte negou o pedido formulado no *mandamus*, sob o fundamento de que a Constituição, em seu art. III, não lhe outorgara essa jurisdição originária, mas tão-somente jurisdição em sede de recurso para julgar esse tipo de demanda. Por isso, o Congresso não podia, por meio da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, ter expandido sua jurisdição para além do estabelecido no texto constitucional.

Marshall construiu o voto da Corte, portanto, não em razão da questão de fundo envolvida, e sim, tendo em conta a jurisdição da Suprema Corte como uma questão constitucional e o dever do Congresso em obedecer aos limites estabelecidos na Constituição:

Se o Congresso permanecesse livre para dar a esta corte jurisdição em sede de recurso, onde a Constituição declarou que sua jurisdição deve ser original; e jurisdição original, onde a Constituição declarou que deve ser em sede de recurso, a distribuição da jurisdição feita na Constituição seria forma sem substância. (...) Não pode ser presumido que alguma cláusula na Constituição tenha a pretensão de ser ineficaz; dessa forma, tal construção é inadmissível (...).⁴⁶

A Corte Marshall julgou então inconstitucional e deixou de aplicar a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, afirmando historicamente o poder de *judicial review* da Suprema Corte. A *lógica de Marbury* é por todos conhecida: a Constituição é a lei suprema, imodificável por meios ordinários e pensamento contrário “subverteria o próprio fundamento de todas as constituições escritas”; um ato legislativo contrário à Constituição então não é lei, é ato nulo, e cabe à Corte declarar essa nulidade.

⁴⁶ 5 U.S. (1 Cranch) 137, 174 (1803).

Marbury foi ativista em duas dimensões:⁴⁷ primeira, porque a Corte faltou com deferência ao Congresso, recusando-lhe uma competência sem que encontrasse na Constituição qualquer dispositivo que a afastasse expressamente; segunda, Marshall afirmou um poder espetacular para a Corte sem que a Constituição nada dissesse especificamente sobre ele.⁴⁸ Na realidade, “a Constituição tem comparativamente pouco a dizer sobre a Suprema Corte ou o judiciário federal em geral”.⁴⁹ O poder da *judicial review*, afirmado na “clássica argumentação estrutural” de Marshall, foi mais extraído da natureza e dos propósitos da Constituição do que dos significados normativos do seu texto.⁵⁰

Embora *Marbury* tenha, fora de dúvida, sido ativista, um aspecto relevante de restrição judicial escapa àqueles que são cegos ao caráter multidimensional de muitas decisões complexas e aos fatores extraleais que por diversas vezes motivam as decisões judiciais relevantes. Apesar de ter sido uma espetacular autoafirmação de poder (*judicial review*) pela Suprema Corte, o resultado imediato da decisão foi o de negar sua competência originária de controle sobre os atos de altas autoridades do governo e, com isso, abster-se de intervir na ação ilícita do governo federal sobre a violação do direito de *Marbury*. Sob essa perspectiva ou dimensão, *Marbury* foi uma decisão autorrestritiva, que retraiu o alcance do poder decisório da Corte, e não que expandiu esse poder.

Como explicar esse paradoxo? A explicação só é possível se assumir-se a perspectiva multidimensional de *Marbury* e transcenderem-se as suas motivações puramente jurídicas e metodológicas para investigá-la do ponto de vista estratégico que o contexto político lhe impunha. *Marbury* foi construída tendo em conta os conflitos políticos contemporâneos que exigiram de Marshall toda sua habilidade institucional. Isso não pode ser ignorado.

Em função da disputa política que compunha o pano de fundo de *Marbury*,⁵¹ Marshall tinha motivos de sobra para temer reações adversas do Presidente Jefferson, como o descumprimento da decisão e mesmo o pedido de seu impeachment, caso a Corte desse razão completa a *Marbury*.⁵² Por outro lado, Marshall também compreendia que “não haveria melhor oportunidade para formular a *judicial review*”,⁵³ de modo que ele promoveu então uma troca: abriu mão do poder de julgar originariamente

⁴⁷ Em sentido contrário, cf. MENDELSON, Wallace. Was Chief Justice Marshall an Activist? In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. (Ed.) *Supreme Court Activism and Restraint*. Op. cit., p. 59/60.

⁴⁸ HAND, Learned. *The Bill of Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1958, p. 4.

⁴⁹ McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. Op. cit., p. 3: o máximo que se pode dizer é que ela não precluiu a Corte “de tornar-se o tribunal poderoso da história contemporânea”; VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Op. cit., p. 235: “(...) na fundação da América, a supremacia da Constituição era clara, mas sua execução judicial não (...)”.

⁵⁰ BLOOM JR., Lackland H. *Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 170/171.

⁵¹ Sobre os bastidores políticos da decisão, cf. SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law*. Op. cit., p. 73/75.

⁵² GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Op. cit., p. 91: a “decisão de Marshall [foi] extraordinariamente sensível às condições políticas da época.”

⁵³ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Op. cit., p. 22.

mandamus contra altas autoridades políticas e assim não se opôs a Jefferson, mas, para tanto, afirmou o poder da *judicial review*. Com essa estratégia, a Suprema Corte foi institucionalmente preservada e, ao mesmo tempo, realizou uma *então* discreta afirmação de um *poder superior* voltado para o futuro. Como destacou Frederick Lewis, o ativismo judicial de Marshall “foi modelado pelo contexto em que ocorreu” e, por isso, durou por longo período.⁵⁴

Marbury oferece lições imprescindíveis para os propósitos do estudo sobre o ativismo judicial: (i) que a *judicial review* já surgiu concretamente ativista e o ativismo judicial concretamente multidimensional, com mais de uma face ativista – falta de deferência da Suprema Corte ao Congresso Nacional e autoafirmação de um espetacular poder decisório sem previsão constitucional clara – e, ao mesmo tempo, diferentes faces de autorrestrição judicial – negação do poder pela Corte para controlar originariamente atos de altas autoridades do governo e capitulação frente aos interesses do Presidente da República; (ii) e que o ativismo judicial pode ser o resultado de estratégias ambivalentes de preservação institucional e simultâneo avanço de poder político-normativo. Assim foi *Marbury*.

3.2 Dred Scott v. Sandford

Apesar da espetacular afirmação de poder em *Marbury*, apenas meio século depois a Suprema Corte voltou a exercer a *judicial review* e a declarar inconstitucional uma lei federal. E o fez da pior maneira possível: no caso *Dred Scott v. Sandford*,⁵⁵ em que afirmou o *status* constitucional da escravidão e proferiu a decisão, considerada por muitos, mais infame de toda sua história.

Dred Scott foi escravo do major do Exército, John Emerson. À medida que Emerson era remanejado para diferentes postos militares, Scott o acompanhava e, em algumas dessas oportunidades, residiu em Territórios e Estados onde a escravidão era proibida. Foi assim em 1834, em *Rock Island*, no Estado de Illinois, cuja Constituição proibia a escravidão; e também em 1836, no *Fort Snelling*, localizado no então recém-criado Território de Wisconsin (1836-1848), em que a proibição da escravatura decorria da lei federal batizada como “Compromisso do Missouri” (1820).

Depois da morte de Emerson, em 1843, a viúva se recusou a entregar a Dred Scott sua liberdade. Ele então a demandou, na Corte estadual do Missouri, com o argumento de que tinha adquirido o direito à liberdade quando residiu no Estado de Illinois (1834-1836) e no Território Federal de Wisconsin (1836-1838), que proibiam a escravidão. Era a doutrina do “uma vez livre, sempre livre” (*once free, always free*). Inicialmente, Scott obteve a vitória, mas a decisão foi revertida pela Suprema Corte do Missouri. Depois de um arranjo para assegurar a jurisdição federal sobre o caso, a questão chegou à Suprema Corte.

⁵⁴ LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. Lanham: Rowman & Littlefield Publ., 1999, p. 9.

⁵⁵ 60 U.S. 393 (1856).

Em março de 1857, a Corte decidiu que Dred Scott não tinha legitimidade processual para discutir sua liberdade nas cortes federais do país. O *Chief Justice* Roger Taney, que “então produziu o mais desastroso voto já emitido pela Suprema Corte”,⁵⁶ disse que Scott não era “um membro da comunidade política formada e levada à existência pela Constituição”, mas sim, um “Negro” “cujos ancestrais foram trazidos a este país[,] vendidos como escravos”, e que eram considerados, ao tempo da promulgação da Constituição, “uma classe de seres humanos subordinada e inferior, que tinha sido subjugada pela raça dominante e, mesmo que emancipados, ainda permaneceriam sujeitos a sua autoridade”.⁵⁷

Ademais, na que é para muitos a formulação mais remota da cláusula do devido processo legal (*due process of law clause*) como *limite substantivo* às ações do governo que restringem liberdades fundamentais ou o direito de propriedade,⁵⁸ o *Chief Justice* Taney afirmou que a V Emenda garantia aos cidadãos americanos o direito constitucional de propriedade de escravos e, por isso, esse direito não poderia ter sido validamente diminuído pelo Congresso.⁵⁹ Portanto, Dred Scott não poderia adquirir sua liberdade pela permanência no Território de Wisconsin porque a Corte declarou a própria inconstitucionalidade da lei federal que havia proibido a escravidão naquele território (o Compromisso do Missouri).

O ativismo judicial de *Dred Scott* não está na afirmação de que negros não eram cidadãos e, sim, uma “raça infeliz”, “inferior”, simples “artigos de mercancia”. Essas afirmações compõem o caráter moralmente odioso da decisão. O caráter ativista está principalmente na ambição (ou ingenuidade⁶⁰) da Corte em tentar resolver o conflito político mais tormentoso daqueles dias e em negar ao Congresso o poder de controlar esse conflito nos territórios federais. Em vez de evitar questão tão tormentosa, a Corte acabou constitucionalizando a escravidão e excluindo o poder do Congresso de tratar o tema.

Agindo dessa forma, a Corte não foi só ativista mas também inconsequente. A cautela estratégica, que esteve presente em *Marbury*, faltou à Corte Taney, que errou gravemente ao “imaginar que uma questão política ardente pudesse ser temperada chamando-a de questão ‘legal’ e decidindo-a judicialmente”.⁶¹ Essa ação da Corte, como se sabe, só fez agravar a divisão político-ideológica do país, ajudando a eclosão da Guerra Civil.⁶²

Por outro lado, assim como *Marbury*, *Dred Scott* apresenta mais de uma face em torno do ativismo judicial. Taney fundamentou seu voto no dever de interpretar

⁵⁶ McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court. Op. cit.*, p. 62.

⁵⁷ 60 U.S. 393, 403-405 (1856).

⁵⁸ TRIBE, Laurence. *The Invisible Constitution. Op. cit.*, p. 111/112; SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes*. New York: Basic Books, 2005, p. 85.

⁵⁹ 60 U.S. 393, 451-452 (1856).

⁶⁰ LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age. Op. cit.*, p. 10.

⁶¹ McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court. Op. cit.*, p. 63.

⁶² Cf. DEVINS, Neal; FISHER, Louis. *The Democratic Constitution*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 149/151; BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 259/262.

a Constituição de acordo com o *status* do negro ao tempo em que o documento foi ratificado (1787-1788) – para ele, o negro não era considerado *cidadão* pelos que redigiram e ratificaram a Constituição (*founding fathers*), mas pertencia a uma classe subordinada e inferior de seres humanos. Ainda que julgasse injusta essa conclusão, Taney não admitiu para a Suprema Corte o papel de *poder constituinte reformador*, tão próprio das Cortes ativistas contemporâneas. Ele afirmou que não é “atribuição [da Corte] decidir sobre a justiça ou injustiça” e que as injustiças da Constituição encontram nela mesma seu remédio: o processo de emenda constitucional.⁶³ Enquanto a norma constitucional injusta permanecesse inalterada, prosseguiu Taney, ela “deveria ser interpretada (...) como foi entendida ao tempo de sua adoção”.⁶⁴

O paradoxo comportamental é evidente: como explicar que uma Corte, tão ambiciosa em resolver o tema mais tormentoso de seu tempo e indiferente à posição do Congresso, fez, ao mesmo tempo, uma defesa tão veemente da limitação de seu papel como intérprete constitucional? Assim como em *Marbury*, fatores externos e estratégicos, e não puramente jurídicos, podem fornecer uma resposta adequada.

Dred Scott é uma hipótese de *uso político da Corte*. Em 1857, o Presidente Buchanan ainda não havia tomado publicamente uma posição sobre o problema da escravatura e seu próprio partido estava fragmentado entre a facção antiescravagista do Norte e a escravagista do Sul. Qualquer que fosse sua decisão, ele sofreria custos políticos. Receoso, Buchanan declarou, dois dias antes do julgamento, que a escravidão era “felizmente, uma questão de pouca importância prática”, pois era uma “questão judicial, que legitimamente pertenc[ia] à Suprema Corte”, que a “julgaria rápido e em definitivo” e ele, como deveria fazer todo bom cidadão, aceitaria a decisão, independente do resultado.⁶⁵

A estratégia de Buchanan, para fugir dos ônus do conflito, foi então “despoliticar” e, conseqüentemente, judicializar a questão, transferindo para a Suprema Corte a responsabilidade por sua resolução⁶⁶ – uma *hipótese ancestral de judicialização da política*. Buchanan reforçou a autoridade da Corte para preservar a sua, de forma que essa agressividade judicial se deu em um ambiente de forte incentivo político da mais importante autoridade do país: o Presidente da República. Por sua vez, a fidelidade ao *sentido normativo original*⁶⁷ de “cidadão” na Constituição foi estrategicamente utilizada pela Corte para justificar o caráter judicial da questão, legitimando, ao mesmo tempo, a renúncia de Buchanan em resolver a questão e o avanço de seu poder legal sobre o tema. Todavia, a história contou que a passividade de Buchanan e o ativismo da Corte foram ambos equivocados.

⁶³ *Dred Scott* foi realmente superada formalmente apenas por meio da XIII Emenda. Cf. FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 203.

⁶⁴ 60 U.S. 393, 426 (1856).

⁶⁵ WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History*. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 69.

⁶⁶ Cf. GRABER, Mark A. *Constructing Judicial Review. Annual Review of Political Science*, vol. 8, 2005, p. 425/426.

⁶⁷ A abordagem de Taney tem todas as características do *originalismo*. Não é por menos que SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes. Op. cit.*, p. 85, diz que “não é implausível descrever *Dred Scott v. Sandford* como a primeira manifestação proeminente do ‘originalismo’ no direito constitucional Americano”.

Dred Scott também apresenta importantes lições para a abordagem do ativismo judicial deste estudo: (i) que decisões ativistas sobre temas cruciais podem responder aos propósitos de autoridades públicas que transferem para a Corte a responsabilidade por essas decisões como parte de uma estratégia de evitar custos políticos de medidas controversas; (ii) que decisões ativistas sobre questões cruciais devem sempre ser precedidas de cálculos precisos quanto a seus efeitos sistêmicos e suas consequências políticas; (iii) que o caráter multifacetado das decisões ativistas fica evidente também em *Dred Scott*, que representou, de um lado, uma postura agressiva e intrusiva da Corte em assunto eminentemente político e altamente controverso, mas de outro, foi construída sobre uma base metodológica e institucional de humildade judicial, notadamente a fidelidade ao sentido original da Constituição e a negação do poder de reforma ou *correção moral* da Carta.

3.3. *Lochner v. New York*

No caso *Lochner*, estava em jogo decidir se uma lei do Estado de Nova Iorque (*Bakeshop Act*), que criminalizou a exigência ou a permissão da jornada de trabalho de padeiros, que excedesse a sessenta horas semanais ou à média de dez horas diárias, com o propósito de proteger a saúde e o bem-estar dessa classe de trabalhadores e da população em geral, teria representado um exercício regular do poder de polícia do Estado e, portanto, uma interferência legislativa necessária e apropriada sobre a liberdade individual dos contratantes. Em suma, a questão era saber se o legislador estadual poderia interferir nas relações contratuais de trabalho. A maioria da Suprema Corte decidiu que não.⁶⁸

A Suprema Corte declarou a lei inconstitucional porque ela teria restringido, sem fundamento razoável, “o direito de contrato entre o empregador e o empregado concernente ao número de horas em que o último pode trabalhar” o que violava, segundo a maioria da Corte, “[a] liberdade do indivíduo protegida pela XIV Emenda da Constituição Federal”.⁶⁹ A lei configurou, de acordo com a retórica libertária do Justice Rufus Peckham, uma interferência desarrazoada, desnecessária e inadequada do Estado de Nova Iorque sobre o direito de livre contratação das partes envolvidas. A lei não teria observado o princípio constitucional do devido processo legal substantivo.

Lochner simbolizou um período de jurisprudência conservadora da Suprema Corte (*Era Lochner*), marcada pela ideologia do *laissez faire* e por uma leitura amplificada da Emenda XIV e de sua cláusula do devido processo legal *substantial*.⁷⁰ Aplicando um teste muito rigoroso de legitimidade, a Corte declarou inconstitucionais várias leis federais e estaduais de caráter regulatório e social, que dispunham sobre salários mínimos, limites de horas diárias e semanais de trabalho, contratação preferencial de empregados sindicalizados, estímulo à associação de trabalhadores, etc.⁷¹

⁶⁸ 198 U.S. 45 (1905).

⁶⁹ 198 U.S. 45, 53 (1905).

⁷⁰ SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law. Op. cit.*, p. 313/315.

⁷¹ Cf. STRAUSS, David A. *Why was Lochner Wrong? The University of Chicago Law Review*, vol. 70 (1), 2003,

Lochner é também considerada uma das decisões mais desastrosas da história da Suprema Corte e seus principais defeitos foram denunciados nos votos dissidentes de dois importantes juízes, John Marshall Harlan e Oliver Holmes. Harlan destacou que a Corte estava diante de uma questão de política legislativa envolvida tanto em incerteza fática como em divergência teórica e, por isso, havia “espaço para debate e para uma diferença honesta de opinião” suficiente para exigir da Corte uma postura de deferência à decisão prévia do legislador, que representava a vontade do povo de Nova Iorque. Apenas se a restrição legislativa à liberdade de contratar se mostrasse absolutamente desarrazoada e desnecessária, de inconstitucionalidade além de qualquer dúvida razoável, a Corte deveria intervir.

De acordo com Harlan, a maioria da Corte estava decidindo sem levar em conta a capacidade deliberativa do legislador e sem considerar sua própria falta de capacidade institucional para tratar de temas como saúde e segurança. Em se tratando de questões técnicas de política pública de saúde e bem-estar social, a Corte deveria dar mais importância aos estudos e aos cálculos prévios feitos pelo legislador estadual nova-iorquino. Por tudo isso, ele concluiu que a postura de autorrestrrição judicial seria a única adequada ao caso julgado.⁷²

Oliver Holmes lançou em *Lochner* “um dos mais celebrados e influentes votos da história Norte-americana”,⁷³ acusando a maioria de seus pares de decidir baseada em “uma teoria econômica que não é acolhida por uma grande parte do país” e declarando que mesmo que ele concordasse com essa teoria, não seria sua função impô-la sobre a vontade do legislador estadual. Holmes destacou que “uma Constituição não é pretendida a incorporar uma teoria econômica particular, (...) [mas] é feita por pessoas de pontos de vista fundamentalmente divergentes” o que deslegitimaria a Corte e legitimaria as maiorias políticas de cada tempo para decidir qual teoria econômica deve prevalecer em cada momento histórico. Por essa razão, ele condenou a visão político-libertária da Corte sem que isso pudesse decorrer da própria Constituição.

Holmes criticou também o maximalismo da maioria da Corte, que promoveu uma profunda teorização da XIV Emenda e de sua cláusula do devido processo legal. “Proposições gerais não decidem casos concretos”, ele disse, e o termo “liberdade” acaba “pervertido” com sua abordagem amplificada e seu uso indiscriminado em detrimento de decisões razoáveis tomadas pelas maiorias legislativas.⁷⁴ O discurso de Holmes em favor do dever de deferência da Suprema Corte às decisões prévias do legislador, assim como o de Harlan, foi típico de autorrestrrição judicial para o caso *Lochner*.⁷⁵

p. 373/374.

⁷² 198 U.S. 45, 65-74 (1905).

⁷³ BERNSTEIN, David E. *Rehabilitating Lochner. Defending Individual Rights against Progressive Reform*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 35.

⁷⁴ 198 U.S. 45, 75 (1905).

⁷⁵ Não obstante, não se pode ignorar que em Holmes também há uma matriz relevante da dimensão interpretativa e metodológica do ativismo judicial. De acordo com Richard A. Posner, *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 232, “... em muitos de seus votos, Holmes rejeitou a então ortodoxa noção que juízes podiam decidir casos difíceis por um processo de ou muito similar à dedução lógica de premissas dadas por textos legais impositivos, ou por princípios universais inquestionáveis que

Na linha manifestada por Harlan e Holmes, o ativismo judicial de *Lochner* se destacou fundamentalmente em duas dimensões. A primeira foi que a Suprema Corte defendeu um direito absoluto de contratar sem previsão expressa no Texto Constitucional, apenas deduzindo-o de um enunciado normativo muito vago e indeterminado como o do devido processo legal. É sem dúvida uma manifestação ativista que sugere algumas críticas. No entanto, ela levanta uma questão no mínimo instigante: como compatibilizar essa crítica ao *velho* ativismo judicial conservador de *Lochner* com a afirmação liberal contemporânea do ativismo judicial de defesa dos direitos fundamentais, se ambas as práticas estão ligadas à interpretação ampliativa dos catálogos de direitos e à afirmação de direitos implícitos?⁷⁶

Segundo penso, o problema maior de *Lochner* não foi aplicar direitos não enumerados na Constituição, mas sim, o fato de a maioria da Corte ter subvalorizado os outros bens e interesses em jogo. Não é todo o ativismo de *Lochner* que deve ser condenado, no entanto, ele precisa de um recorte que o torne adequado a um mundo marcado pelo pluralismo e pela necessidade de proteção social pelo Estado em favor das classes desfavorecidas.

A segunda manifestação ativista da decisão foi o fato de a Corte *Lochner* ter interferido em um caso legislativo de política pública que, por sua natureza e conteúdo, exigia deferência à capacidade epistêmica do legislador.⁷⁷ A Suprema Corte agiu com o máximo rigor no julgamento da “veracidade das estimativas empíricas” da lei, ou seja, das conclusões empíricas que motivaram o legislador. Não reconheceu ao legislador de Nova Iorque o que Robert Alexy denomina *margem de ação epistêmica do tipo empírico*, isto é, que cabe ao legislador, *prima facie* em uma democracia, dizer dos fatos relevantes e dos resultados práticos pretendidos que dirigem as ações legislativas restritivas de direitos.⁷⁸ O ativismo de *Lochner*, portanto, não levanta apenas objeções de natureza democrática, mas também questões ligadas à temática das capacidades institucionais.

A histórica decisão é também paradigmática para o estudo sobre o ativismo judicial. Ela possui duas dimensões destacadas do ativismo contemporâneo – (i) a aplicação imediata e vigorosa de direitos fundamentais apenas vaga ou mesmo implicitamente previstos na Constituição; (ii) a falta de deferência à capacidade legal e epistêmica do Executivo ou do Legislativo em matéria de políticas públicas.

inspiram e são subjacentes àqueles textos”. Cf. HOLMES, Oliver Wendell Jr. The Path of Law. *Harvard Law Review*, vol. 10 (8), 1897, p. 457/478.

⁷⁶ Essa é a preocupação desenvolvida por STRAUSS, David A. Why was *Lochner* Wrong? *The University of Chicago Law Review*, vol. 70 (1), 2003, p. 373/386.

⁷⁷ Cf. HORWITZ, Paul. Three Faces of Deference. *Notre Dame Law Review*, vol. 83 (3), 2008, p. 1085/1090. Sobre a capacidade epistêmica superior do legislador em relação à Suprema Corte como argumento de autorrestrrição judicial em favor da maior capacidade institucional do Legislativo, cf. VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. *Op. cit.*

⁷⁸ ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 66, 2002, p. 50/53.

Ademais, a decisão foi muito tributária da preferência da maioria conservadora da Corte por uma filosofia econômica *laissez faire* para a sociedade norte-americana. Isso significa que *Lochner* – assim como ocorrera com *Marbury* e *Dred Scott* – não se deu em um vácuo político, mas desenvolveu-se na então incipiente disputa entre conservadores e progressistas em torno das questões econômicas e sociais mais importantes do país. Na realidade, desde então, o ativismo judicial nos Estados Unidos tem sido marcado profundamente por essa disputa. É do que me ocupo nos tópicos seguintes.

4. O Ativismo Judicial entre Conservadores e Liberais

A história do ativismo judicial nos Estados Unidos é marcada por um duelo político-ideológico entre conservadores e liberais *pela alma* da Suprema Corte. As concepções morais e políticas dos juízes têm alguma influência para seus votos em casos difíceis, nos quais o direito escrito não oferece uma resposta única nem mesmo precisa. Nesses casos mais complexos e normalmente mais importantes, juízes de distintas orientações ideológicas fazem julgamentos inevitavelmente políticos, de sentidos opostos e igualmente controversos.⁷⁹

Os partidos políticos sabem muito bem disso e utilizam essa variável para avançar na Corte suas agendas por meio dos mecanismos de nomeação (Presidente) e confirmação (Senado) de juízes. É o processo de interpretação constitucional implicado e interagindo com o sistema político-democrático. A consequência é um eterno embate ideológico e partidário em torno de decisões judiciais cruciais: conservadores, de um lado; liberais de outro; o Partido Republicano, normalmente do lado conservador; o Partido Democrata, do liberal; e no meio, a “melhor” ou “mais adequada” composição da Suprema Corte.

Conservadores e liberais divergem sobre o grau de intervenção do Estado na economia; federalismo; aborto; direitos dos gays; ações afirmativas raciais; pena de morte; financiamento de campanhas eleitorais.⁸⁰ Mas o desenvolvimento judicial dessas controvérsias mostra um ponto comum: ambos são dispostos a utilizar o ativismo judicial para avançar suas agendas político-ideológicas e são igualmente dispostos a atacar juízes e cortes quando não é sua agenda que está sendo posta em prática. Como disse um destacado juiz norte-americano, “quando liberais são preponderantes na Corte, conservadores exaltam autorrestrição e denunciam ativismo”, mas “quando conservadores são preponderantes na Corte, liberais exaltam autorrestrição... e denunciam ‘ativismo judicial conservador’”.⁸¹

⁷⁹ SUNSTEIN, Cass R. *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006, p. 147. Não se está assumindo aqui, e muito longe disso, a perspectiva atitudinal absoluta de adjudicação (cf. por todos, SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Op. cit.) no sentido de os juízes atuarem completamente livres de constrições legais ou extraleais para avançarem apenas suas ideologias. Na realidade, o que se quer dizer é que a ideologia dos juízes cumpre um papel importante em suas decisões, mas não é a única variável operante.

⁸⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 324/344.

⁸¹ EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism. *Colorado Law Review* 73 (4), 2002, p. 1403.

Os acontecimentos a seguir descritos revelam como essa adversidade histórica, entre conservadores e liberais e seus partidos políticos correspondentes, torna o debate norte-americano sobre o ativismo judicial um “debate sem fim”⁸² e também como fatos e circunstâncias políticas podem influenciar a direção das decisões ativistas.

4.1. Ascensão e Queda da Corte Lochner: os Mesmos Fatores Políticos

Além do conservadorismo, o ativismo judicial da Corte Lochner impressionou também pela insistente incapacidade de reação do sistema político. Apesar de todas as críticas, máxime de pensadores e políticos progressistas, *Lochner* foi a *law of the land* por pouco mais de três décadas⁸³ e sua superação só foi possível com o Presidente Roosevelt e seu *Court-Packing Plan*. Porém, uma pesquisa mais profunda revela que o principal fator de superação da Corte Lochner foi também o de sua formação: a política. Veneno e antídoto se confundem no conjunto de estratégias que envolveram o antes e o depois de *Lochner*.

Em 1870, a Suprema Corte decidiu *Hepburn v. Griswold*,⁸⁴ caso que envolveu uma lei federal (*Legal Tender Act*, de 1862) autorizativa da emissão de moeda-papel (*greenback*) com eficácia retroativa de moeda corrente do país, hábil para pagamento de dívidas contraídas mesmo antes da publicação da lei. O governo federal emitiu em torno de um milhão e meio de dólares dessas notas com o propósito de custear seus gastos com a Guerra Civil. No entanto, a Suprema Corte julgou inconstitucional a utilização retroativa da nova moeda. As dívidas contratadas antes da lei, segundo a Corte, deveriam ser pagas exatamente como pactuadas: em moedas de prata ou ouro, que eram dotadas de valor intrínseco.

Essa decisão deixou não apenas o governo federal descontente, mas também o setor econômico mais importante da época: o ferroviário. Havia a necessidade para ambos de que *Hepburn* fosse superada. No mês seguinte à decisão, o presidente Grant teve a oportunidade de nomear dois novos juízes para a Corte e ele indicou dois advogados de companhias ferroviárias. Também pediu a reavaliação das questões decididas em *Hepburn*. Em um ano e com os votos decisivos dos dois novos juízes, a Suprema Corte superou *Hepburn*.⁸⁵

Na época, assim, a posição da Corte em favor das poderosas corporações econômicas tornou-se uma tendência, que se consolidou com a continuidade de nomeações de advogados de ferrovias e de outros poderosos setores econômicos para a Corte, todos fervorosos defensores do *laissez faire*. Os Estados Unidos viviam então o período conhecido como a “Era Dourada” (*Gilded Age*), caracterizada por um crescimento econômico extraordinário, principalmente das estradas de ferro. Como

⁸² ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001, p. 15.

⁸³ Em sentido contrário, definindo *Lochner* como *outlier*, cf. BERNSTEIN, David E. *Rehabilitating Lochner. Defending Individual Rights against Progressive Reform*. Op. cit., p. 51.

⁸⁴ 75 U.S. 603 (1870).

⁸⁵ *Knox v. Lee*, 79 U.S. 457 (1871).

disse MacGregor Burns, foi uma era marcada pela “devoção Republicana pós-guerra civil ao *laissez faire*” e pela “ubiquidade do poder das ferrovias”,⁸⁶ e nesse cenário foi até natural a influência das principais corporações econômicas sobre o governo federal na formação da Suprema Corte.

Essa estratégia resultou, todavia, a formação de uma Corte que aos poucos se mostraria hostil a toda e a qualquer intervenção estatal sobre a liberdade das empresas. Depois de *Hepburn*, a Suprema Corte ainda admitiu a intervenção estatal na economia nos importantes casos *Slaughter-house* (1872) e *Munn v. Illinois* (1877).⁸⁷ Porém, nesses julgados, ganharam destaque os votos vencidos do Justice Stephen Field, que anteciparam a “ideia de liberdade de contrato” e a “ideologia conservadora [que] dominaria a Corte por uma década ou duas”.⁸⁸ Nesses votos, encontrava-se a futura base doutrinária de *Lochner*: a dimensão substancial da cláusula do devido processo legal da XIV Emenda.

Em 1890, julgando *Chicago, Milwaukee and St. Paul Railway. Co. v. Minnesota*,⁸⁹ a Suprema Corte, então já solidamente devotada ao *laissez faire* e seguindo a linha dos referidos votos vencidos de Field em *Slaughter-house cases* e *Munn*, anulou lei do Estado de Minnesota por considerar desarrazoada, sob o prisma do devido processo legal substantivo, sua regulação de tarifas de transporte ferroviário. Com essa decisão, a Corte consolidou de uma vez a cláusula do devido processo legal como uma “ferramenta importante para a proteção da propriedade privada e de direitos adquiridos” contra as intervenções do Estado na economia e seu papel de “censor perpétuo” da legislação econômica e regulatória norte-americana.⁹⁰

Esse foi então o perfil de Corte intervencionista que vigorou na última década do séc. XIX e que no início do séc. XX viria a decidir *Lochner*: ativista e conservadora na defesa do *direito natural* de propriedade e da liberdade de contrato; hostil quanto à intervenção estatal na economia. Portanto, o ativismo judicial conservador da Era *Lochner* encontrou sua origem na estratégia do governo em estabelecer a composição da Suprema Corte, durante as últimas décadas do século XIX, majoritariamente favorável aos interesses da elite econômica então dominante. Política democrática e força econômica interagiram para institucionalizar na Suprema Corte a interpretação constitucional que consideravam a mais adequada – proteção da propriedade e da liberdade econômica das grandes empresas.

Isso explica bastante a decisão da Suprema Corte em *Plessy*,⁹¹ outra candidata à pior decisão de sua história.⁹² Nessa decisão de 1896, a Corte legitimou medida legal de segregação racial, deixando muito claro que sua vocação para proteger

⁸⁶ BURNS, James MacGregor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. Op. cit., p. 97.

⁸⁷ 83 U.S. 36 (1872); 94 U.S. 113 (1877).

⁸⁸ BURNS, James MacGregor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. Op. cit., p. 102; no mesmo sentido: BERNSTEIN, David E. *Rehabilitating Lochner. Defending Individual Rights against Progressive Reform*. Op. cit., p. 17.

⁸⁹ 134 U.S. 418 (1890). Merece destaque também *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

⁹⁰ SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law*. Op. cit., p. 309-311.

⁹¹ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁹² Em seu voto vencido, John Marshall Harlan profetizou que *Plessy*, “com o tempo, provará ser tão nociva quanto a decisão da Corte no caso *Dred Scott*.” (163 U.S. 537, 559).

direitos restringia-se à liberdade econômica das grandes empresas e, nessa linha de pensamento libertário, não poderia alcançar questões de igualdade e de proteção a minorias excluídas. Muito ao contrário, a preocupação do Estado com as minorias desprotegidas seria o grande alvo desse modelo político-ideológico de Corte que havia então se formado e que dominaria a cena por quase meio século (1890-1937).

A dimensão marcante do ativismo judicial desse período (Era *Lochner*) foi da interferência da Suprema Corte nas políticas públicas estabelecidas pelo governo. A Corte agia com pouca ou nenhuma deferência às importantes decisões políticas dos outros poderes e, o que é ainda pior, para a manutenção do *status quo* em favor dos mais poderosos. Para mudar esse persistente quadro de ativismo reacionário, de defesa dos interesses de elites econômicas e de insuficiência na proteção de minorias e classes socialmente desfavorecidas, seria necessária a mesma estratégia que lhe favoreceu inicialmente: a ação política sobre a formação da Corte. E foi aí que entrou em cena o presidente Franklin Delano Roosevelt.

Durante a “Grande Depressão”, grave crise econômica dos anos 30, Roosevelt lançou um amplo programa de intervenção econômica e social, conhecido como *New Deal*, com o propósito de recuperar a economia norte-americana e proteger as classes sociais mais pobres e prejudicadas pela crise. A Suprema Corte, em maio de 1935, seguindo os mesmos princípios conservadores que caracterizaram sua jurisprudência das últimas décadas do século XIX e em *Lochner*, negou validade a três dessas importantes medidas.⁹³ Para a maioria conservadora,⁹⁴ o Congresso havia delegado inconstitucionalmente poderes ao Presidente para intervir na economia. Nem mesmo circunstâncias extraordinárias, como as que se faziam presentes na ocasião, justificariam tamanha interferência nos negócios particulares.

Depois dessas decisões, a Corte ainda anulou outras medidas,⁹⁵ colocando-se definitivamente em uma situação não apenas de impopularidade, mas em uma espessa zona de conflito institucional, contrapondo-se ao Executivo e ao Legislativo sob a liderança de Roosevelt. O presidente decidiu então investir contra a própria estrutura conservadora da Suprema Corte, formulando o que ficou conhecido como *Court-Packing Plan*: o Presidente propôs ao Congresso, em 5 de fevereiro de 1937, lei estabelecendo a nomeação de um juiz adicional para cada outro da Corte que superasse a idade de 70 anos. Como a Corte era, na época, a mais velha da história (a *Old Court*), Roosevelt poderia então nomear até seis juízes de uma só vez e, assim, povoá-la com homens que apoiavam o *New Deal* e colocar um ponto final no ativismo judicial conservador até então vigente.

⁹³ *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U. S. 495 (1935); *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford* 295 U.S. 555 (1935); *Humphrey's Executor v. United States* 295 U.S. 602 (1935).

⁹⁴ Em 1935, a Suprema Corte possuía uma sólida base conservadora, composta por quatro juízes conhecidos como os “Four Horsemen”: Willis Van Devanter, James McReynolds, George Sutherland e Pierce Butler. No extremo oposto, havia uma minoria liberal composta por três dos mais notáveis juízes da história da Suprema Corte: Louis Brandeis, Harlan Fisk Stone e Benjamin Cardozo. O *Chief Justice* Charles Evans Hughes, outro notável juiz, e Owen Roberts eram considerados moderados, mas, na maior parte das vezes, o primeiro se juntava à ala liberal e o segundo formava a maioria conservadora.

⁹⁵ 297 U.S. 1 (1936); 298 U.S. 238 (1936); 298 U.S. 513 (1936); 298 U.S. 587 (1936).

O plano não foi realizado exatamente como formulado, pois sua proposta de “abarrotar” a Corte não teve apoio popular nem político, mas Roosevelt, com a pressão política que exerceu, no final alcançou a vitória: em pouco mais de um mês depois, em uma série de decisões iniciada com *West Coast Hotel Co. v. Parrish*,⁹⁶ a Suprema Corte “capitulou em meio à ameaça de uma autêntica crise constitucional”⁹⁷ e superou suas decisões anteriores contra o *New Deal*. Em função da mudança de orientação do juiz moderado Owen Roberts – que ficou conhecida como “the switch in time that saved nine” – a nova maioria a favor do *New Deal* abandonou a doutrina de *laissez faire* e negou o caráter absoluto da liberdade de contrato, reconhecendo que esse direito deveria sujeitar-se à regulação razoável pelo Estado. A Corte deixou de lado o ativismo conservador e passou a ser deferente às medidas de reforma política e social do *New Deal*, sendo asseguradas, em definitivo, as transformações constitucionais⁹⁸ pretendidas pela coalizão política dominante liderada por Roosevelt.

Posteriormente, dentro da normalidade institucional de nomeação de juizes para a Suprema Corte,⁹⁹ Roosevelt assegurou sua vitória definitiva e a Corte, como defendeu Robert Dahl, tornou-se *parte essencial da aliança política de governo*:¹⁰⁰ nos anos seguintes à sua mudança de orientação, houve várias aposentadorias e mortes dos membros da *Old Court* e Roosevelt nomeou, entre 1937 e 1943, nada menos que oito novos juizes, todos defensores do *New Deal* e ligados ao Partido Democrata ou à sua administração. Ele ainda indicou um novo *Chief Justice* em 1941, Harlan Fisk Stone, um republicano liberal que já compunha a Corte desde 1925 e que sempre proferiu votos favoráveis ao *New Deal*. Com essas nomeações, Roosevelt tinha formado uma Suprema Corte orientada pelos princípios do *New Deal* (a *New Deal Court*) e o ativismo judicial conservador do tipo *Lochner* havia sido então superado.

O ataque e a vitória de Roosevelt sobre a *Old Court*, em torno da afirmação constitucional dos princípios do *New Deal* e da superação do ativismo judicial hostil

⁹⁶ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); cf. também 300 U.S. 440 (1937), 300 U.S. 515 (1937), 301 U.S. 1 (1937), 301 U.S. 49 (1937), 301 U.S. 58 (1937), 301 U.S. 103 (1937), 301 U.S. 142 (1937).

⁹⁷ SUNSTEIN, Cass. *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. New York: Basic Books, 2004, p. 54.

⁹⁸ Sobre a afirmação/revolução do *New Deal* como um “momento constitucional” que modificou informalmente a Constituição, alterando profundamente a visão então dominante do direito constitucional ao estabelecer “um novo arranjo institucional por meio do qual o Povo Americano pode definir, debater, e finalmente decidir seu futuro constitucional”, cf. ACKERMAN, Bruce. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 47, et seq.

⁹⁹ Sobre os marcos históricos da política de nomeação de juizes para Suprema Corte, cf. TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. New Haven: Yale University Press, 2010, p. 93, et seq; TRIBE, Laurence H. *God Save This Honorable Court. How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History*. New York: Random House, 1985.

¹⁰⁰ O alinhamento entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte após a vitória na *batalha pelo New Deal* é um dos exemplos usados por DAHL, Robert. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. *Journal of Public Law*, vol. 6 (2), 1957, p. 279/295, para provar sua tese sobre a Corte como um ator político nacional. Para Dahl, “exceto por períodos curtos de transição quando a velha aliança está desintegrando e a nova está lutando para tomar o controle das instituições políticas, a Suprema Corte é inevitavelmente uma parte da aliança nacional dominante”, “uma parte essencial da liderança política”, exercendo a tarefa fundamental, com seu poder de interpretação constitucional, de conferir legitimidade “sobre padrões básicos de comportamento exigidos para a operação de uma democracia.” A questão é que esses períodos de transição não costumam ser tão curtos assim e a luta por sua superação é sempre muito dramática.

às políticas públicas progressistas do governo, deixam ao nosso estudo o exemplo definitivo de como ações políticas, principalmente sobre a composição da Suprema Corte, podem afetar a interpretação judicial da Constituição.¹⁰¹ É claro que existem outras variáveis dirigentes das ideias constitucionais, como a emergência de forças socioeconômicas e até novas concepções teórico-filosóficas que os juizes assumem com o tempo, mas o caso *New Deal* mostra como a luta política para tornar a Corte uma “aliada” é sem dúvida um fator muito poderoso.

4.2. A *New Deal Court* e o Ativismo Liberal da Corte Warren

Encerrada a batalha pelo *New Deal*, a Corte recém-formada por Roosevelt, que era essencialmente a retratada por Schlesinger em 1947 (item 2, *supra*), atuou sob a doutrina de deferência à intervenção do governo na economia. Por maiores que fossem os desacordos pessoais e intelectuais entre os membros daquela “talentosa e barulhenta” Corte, eles eram uníssonos em reconhecer que o “governo tinha a prioridade para regular a economia” e isso era especialmente verdade em se tratando de medidas impostas pelo governo federal.¹⁰² As ameaças político-estratégicas e as nomeações de juizes para a Suprema Corte, praticadas por Roosevelt, garantiram que o conservadorismo da Era *Lochner* se tornasse, naquela época, um assunto encerrado. Já o ativismo judicial...

Os juizes nomeados por Roosevelt eram, antes de tudo, *New Dealers*, isto é, defensores dos princípios progressistas do *New Deal*. Esses princípios não incluíam apenas deferência às ações regulatórias do governo no campo econômico e social, mas também o compromisso com a promoção de direitos e liberdades básicas do homem¹⁰³ e foi, em função desse compromisso, que a maioria de seus juizes dirigiu suas preocupações para outra cláusula importante da XIV Emenda: a *equal protection of the laws*.

Como bem afirmou McCloskey, “velhos interesses e valores se foram, contudo, um novo conjunto se levantaria para substituí-los” e, para os *New Dealers* da Corte Roosevelt (*New Deal Court*), esses novos interesses e valores envolviam a proteção dos direitos civis como a essência do governo democrático, cabendo a eles “fazer o seu melhor para preservá-los.”¹⁰⁴ A Suprema Corte possuía então um novo papel político-institucional: em vez de garantia absoluta aos direitos de propriedade e da liberdade de contrato da classe econômica dominante, o “novo negócio” da Corte era a proteção dos direitos e liberdades civis, principalmente dos mais desprotegidos e menos favorecidos.¹⁰⁵ Isso não se deu em um vácuo teórico, mas sua base hermenêutica

¹⁰¹ TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. Op. cit., p. 132/139.

¹⁰² POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 7/17.

¹⁰³ McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. Op. cit., p. 139: “Com uma ou duas possíveis exceções, todos os juizes nomeados ao tribunal desde 1937 compartilhavam um *ethos* geral de direitos civis.”; SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. *American Constitutional Law*. Op. cit., p. 351: “A Corte Roosevelt, que incluía sólidos apoiadores dos direitos civis e políticos...”.

¹⁰⁴ McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. Op. cit., p. 119/121-129.

¹⁰⁵ McWHINNEY, Edward. *Judicial Review in the English-Speaking World*. Op. cit., p. 173; BLOOM JR., Lackland

estava na festejada nota de rodapé nº 4 de *United States v. Carolene Products Co.*,¹⁰⁶ escrita por Harlan Fisk Stone em 1938.

A ideia de Stone foi a de estabelecer padrões diferentes de controle de constitucionalidade para a Corte, ou seja, um controle mais forte ou mais fraco a depender da matéria envolvida. Em sua “teorização jurisprudencial do *New Deal*”, Stone arguiu, por um lado, o abandono do controle judicial assertivo da legislação econômica regulatória e por outro, um controle mais agudo (*strict scrutiny*) de leis que ameaçassem os valores da democracia, restringissem as liberdades civis básicas ou veiculassem aparente preconceito contra “minorias discretas e insulares”.¹⁰⁷ Nesses últimos casos, deveria haver um alcance mais limitado para a aplicação da presunção de constitucionalidade das leis, de forma que a ideia fosse quase a de *suspeita de inconstitucionalidade* dessas leis. Essa foi, sem dúvida, a base doutrinária inicial do *ativismo judicial liberal*¹⁰⁸ – do avanço judicial de liberdades e direitos fundamentais, apenas vagamente definidos na Constituição, em favor de grupos minoritários e socialmente desfavorecidos e em face do poder político.

A aplicação dessa doutrina pela *New Deal Court* passava, no entanto, pelo conflito, descrito por Schlesinger, entre o grupo de “campeões da autorrestrição judicial” – liderado por Frankfurter – e o grupo de “campeões do ativismo judicial” – liderado por Hugo Black. James MacGregor Burns diagnosticou com muita precisão o porquê de *New Dealers*, igualmente apontados por Roosevelt, terem adquirido visões tão distintas acerca do papel da Suprema Corte nos anos pós-triunfo do *New Deal*. Para ele, isso decorreu das diferentes reações que essas distintas personalidades manifestaram quanto aos aspectos negativos do ativismo reacionário da Corte Lochner e do ataque da *Old Court* ao *New Deal*:

Cada homem tinha tomado diferentes lições do ativismo reacionário da *old court*. Para Frankfurter, isso significava que os juizes não devem ser assertivos em tomar decisões políticas, mas abordar as questões com autorrestrição e equilíbrio e dar aos poderes políticos o benefício da dúvida constitucional. (...) Para Black e seu bloco – mais notavelmente Douglas, com Murphy e Rutledge como aliados regulares – o problema com a *old court* foi que ela era reacionária, e não que ela era ativista. Para causas liberais (...) a Suprema Corte deveria atuar assertivamente, assinalando limites claros e manifestos de permissão ou restrição à ação do governo.¹⁰⁹

H. *Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution*. Op. cit., p. 283.

¹⁰⁶ 304 U.S. 144, 155 (1938).

¹⁰⁷ TUSHNET, Mark. The Supreme Court and the National Political Order. In: KAHN, Ronald; Kersch, Ken I. (Ed.) *The Supreme Court & American Political Development*. Lawrence: Kansas, 2006, p. 119.

¹⁰⁸ É o que defende, entre outros, Robert M. Cover, *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*. *Yale Law Journal*, vol. 91 (7), 1982, p. 1.287/1.316.

¹⁰⁹ BURNS, James MacGregor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. Op. cit., p. 168. No mesmo sentido: HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit*

Para o grupo de Frankfurter, portanto, a questão era mesmo sobre o papel limitado da Suprema Corte no sistema político: independente de se tratar de leis conservadoras ou progressistas, para esse grupo a postura deveria ser a de deferência aos poderes políticos. Já para o grupo de Black, a censura à doutrina de *Lochner* e à postura da *Old Court* foi de sentido liberal: contra o conservadorismo de seus juizes, mas não contrária, de forma generalizada, à postura institucional de enfrentamento ao governo.

Mesmo com a forte oposição do grupo de Frankfurter, a Suprema Corte, no final dos anos 30 e nos anos 40, adotou gradualmente a doutrina de Stone e começou a remodelar seu papel na direção de combater violações legislativas em face das liberdades individuais. Em importantes decisões sobre liberdade de expressão,¹¹⁰ religião,¹¹¹ discriminação social¹¹² e racial,¹¹³ garantias processuais penais,¹¹⁴ etc., e embora temperada pelas disputas internas entre a autorrestrição judicial e o ativismo judicial, a Corte Roosevelt afirmou uma postura relativamente assertiva diante de leis que violassem direitos fundamentais.

Por outro lado, não se pode ignorar que a Corte Roosevelt, na medida em que foi sendo desfeita no final dos anos 40, viveu momentos de conservadorismo. No auge do fervor anticomunista da metade do século XX, o grupo de juizes liberais e ativistas sofreu duas grandes baixas com as mortes dos *Justices* Murphy e Rutledge em 1949, sendo desfeito aquele que era até então considerado “o mais sólido bloco pró-liberdades civis da história da Suprema Corte”.¹¹⁵ Em seus lugares, foram nomeados pelo presidente Truman dois juizes conservadores, Tom Clark e Sherman Minton, que, juntos com Frankfurter, Jackson e Burton, formaram uma maioria pró-autocontenção judicial que duraria por alguns anos.

Porém, ao contrário da Corte *Lochner* e da *Old Court*, que foram ativistas contra posições progressistas do Governo e a favor de posições conservadoras, essa maioria liderada por Frankfurter acabou sendo neutralmente deferente às posições conservadoras do Governo e do Congresso. Tratava-se de uma autêntica postura de *autorrestrição judicial*, que Frankfurter justificava como meio de manter a legitimidade da Suprema Corte em uma democracia constitucional.¹¹⁶ Com essa filosofia de adjudicação constitucional e diante das medidas governamentais repressivas e antidemocráticas de acusação e perseguição a supostos comunistas (*McCarthy Era*), a Suprema Corte, em um ambiente social e político marcado pela presença da Guerra Fria e pelo temor da ascensão do comunismo, acabou capitulando ao Governo e permitindo nesses casos a violação de liberdades fundamentais, inclusive da liberdade de expressão da Primeira Emenda.

of Justice. Op. cit., p. 114.

¹¹⁰ *Schneider v. State of New Jersey*, 308 U.S. 147 (1939); *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 216 (1945).

¹¹¹ *Illinois ex rel. McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 203 (1948).

¹¹² *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941).

¹¹³ *Missouri Ex. Rel. Gaines v. Canada*, 305 U.S. 337 (1938); *Sipuel v. University of Oklahoma*, 332 U.S. 631 (1948); *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950).

¹¹⁴ *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942). A mancha negra, claro, foi *Korematsu v. United States* (1945).

¹¹⁵ HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice. Op. cit.*, p. 56.

¹¹⁶ HOEWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice, Op. cit.*, p. 22, disse que a Corte “parecia ter caído completamente sob a influência da filosofia de *judicial review* restritiva de Felix Frankfurter.”

Todavia, apesar de suas falhas durante a *McCarthy Era*, a *New Deal Court* merece ser mais bem lembrada por sua doutrina de justificação do controle mais rigoroso de leis que violassem direitos e liberdades civis, que discriminassem grupos minoritários e desfavorecidos (nota de rodapé nº 4 de *Carolene* e a *preferred freedoms doctrine*) e por sua incipiente jurisprudência liberal, que antecipou, ao menos em parte, o que, em pouco tempo, viria a ser o movimento de maior ativismo liberal da história da Suprema Corte: a *Warren Court Era*. Os ideais do *New Deal* formaram a base política e ideológica, a *doutrina de Stone*, a base teórica do ativismo judicial liberal da Corte Warren.

A Corte Warren foi o grande momento jurisprudencial norte-americano dos direitos e liberdades civis do século XX. Mais do que a própria Corte Roosevelt, ela constitucionalizou o projeto político do *New Deal*. Para tanto, a Corte negou que a Constituição tivesse uma natureza estática e a enxergou como um “documento vivo” (*living document*), cujos significados deveriam ser sensíveis às mudanças sociais. Orientada então pela ideia de igual dignidade do homem e sob a perspectiva democrático-inclusiva, a Corte Warren interpretou criativamente os princípios constitucionais, expandindo seus sentidos e afirmando direitos implícitos ou apenas vagamente definidos para promover a igualdade formal, notadamente na questão racial, a nacionalização das liberdades civis e a equidade do processo democrático, superando o *status* da Suprema Corte “como reduto do conservadorismo antidemocrático e anti-igualitário”.¹¹⁷ Essa dimensão de interpretação criativa da Constituição para afirmação de direitos fundamentais opostos ao Estado fez da Corte Warren única no sistema político norte-americano e para o debate moderno sobre o ativismo judicial.

Earl Warren assumiu o posto de *Chief Justice* da Suprema Corte em 1953 e parece que com o propósito determinado de revolucionar o direito constitucional estadunidense. Ele logo se juntou aos líderes liberais da Corte Roosevelt, paradigmas do ativismo judicial, Black e Douglas. Em 1956, o bloco liberal ganhou ainda a participação daquele que seria o autor intelectual de muitos dos principais votos da Corte, William Brennan.¹¹⁸ O ativismo judicial de Brennan era pautado em suas críticas ao que condenava ser um “despudorado endeusamento da vontade da maioria” e a “fé cega na democracia”.¹¹⁹

Apesar da formação desse importante bloco liberal e ativista, até o fim da década de 1950 e começo dos 1960 ainda predominava a discreta maioria conservadora e autorrestritiva liderada por Frankfurter. Como disse Mark Tushnet, a Corte Warren que entrou para a história como um “fenômeno cultural” não veio logo à existência com a entrada de Warren. A “Corte Warren” do imaginário popular, composta por

¹¹⁷ BURNS, James MacGrecor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. *Op. cit.*, p. 180.

¹¹⁸ Em razão da importância de Brennan, há quem fale em *Brennan Court*, em substituição à *Warren Court*, cf. McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. *Op. cit.*, p. 150.

¹¹⁹ GRAGLIA, Lino A. It's not Constitutionalism, It's Judicial Activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 19 (2), 1995, p. 293.

uma maioria liberal e ativista, que julgou inconstitucionais 16 leis federais e 113 leis estaduais, foi criada mesmo em 1962,¹²⁰ com a aposentadoria de Frankfurter e sua substituição por Arthur Goldberg.

Com a decisiva aposentadoria de Frankfurter,¹²¹ a Corte *se livrou* do mais fervoroso e notável defensor da autorrestrição judicial, de modo que a então recém-formada maioria liberal estava à vontade para promover as transformações no direito constitucional que Warren tanto desejava. Arthur Goldberg compartilhava das mesmas ideias de Warren, Black, Douglas e Brennan e, assim, tornou-se o *quinto voto* (*the fifth vote*) definitivo para as decisões ativistas e liberais que marcaram a Era Warren.¹²² Essa situação não se modificou com a substituição de Goldberg por Abe Fortas em 1965 e foi ainda fortalecida com a chegada do advogado ativista em questões raciais, Thurgood Marshall. Apesar de *Brown* ter sido decidido em 1954, é a “Corte” formada entre 1962 e 1969 (ano de aposentadoria de Earl Warren) a *histórica Corte Warren ativista e liberal*.

Sob uma perspectiva quantitativa e adicionando alguns elementos qualitativos, Frank Cross e Stefanie Lindquist realizaram uma pesquisa empírica do comportamento decisório dos juízes da Suprema Corte entre os anos de 1953 e 2005, abrangendo as “Cortes” sob a presidência de Earl Warren, Warren Burger e William Rehnquist, com o propósito de “medir” o ativismo dos juízes individualmente considerados. No final, a pesquisa implicou um ranking que teve, nos cinco primeiros lugares, os principais juízes ativistas da Corte Warren: Douglas, Black, o próprio Warren, Brennan e Thurgood Marshall. Em último lugar, como juiz “menos ativista” dos últimos sessenta anos da história da Suprema Corte: Felix Frankfurter.¹²³ Esses números revelam uma faceta muito interessante – o avanço do ativismo judicial da Corte Warren pode ser também explicado por uma *união de esforços ativistas individuais*. O comportamento individual desses juízes ativistas contribuiu, sem dúvida, para a Corte Warren merecer o título de “arquetipo de ativismo judicial”.

Não obstante, isso não significa rebaixar de importância o posto ocupado pela política, no cenário norte-americano, como fator do ativismo judicial. Ainda que o ativismo judicial da Corte Warren possa passar a ideia de juízes como capazes por si só de produzir transformações sociais, deve-se manter em mente que esses juízes ativistas

¹²⁰ TUSHNET, Mark. The Warren Court as History: An Interpretation. In: TUSHNET, Mark (Ed.). *The Warren Court in Historical and Political Perspective*. Op. cit., p. 3/4-12; no mesmo sentido: POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. p. 209 et seq; LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. Op. cit., p. 25/26.

¹²¹ Destacando a aposentadoria de Frankfurter como fator do ativismo da Corte Warren, cf. BICKEL, Alexander M. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New Haven: Yale University Press, 1978, p. 3/4; LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. Op. cit., p. 26.

¹²² FISS, Owen. A Life Lived Twice. *The Yale Law Journal*, vol. 100 (5), 1991, p. 1.117; BURNS, James MacGregor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. Op. cit., p. 192: “Ao tomar o lugar de Frankfurter, Goldberg desencadeou o ativismo da Corte”.

¹²³ CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. *Measuring Judicial Activism*. Op. cit., p. 138. Para TUSHNET, Mark. *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, New York: W.W. Norton, 2005, p. 17, Douglas era “the quintessential activist”.

não atuaram em um vácuo político ou social.¹²⁴ Era uma Corte liberal em um momento político de Governo e Congresso dominados por Democratas liberais, de forma que a direção ideológica da Corte estava conforme a coalizão política dominante.¹²⁵ Havia, portanto, uma base política abrangente de sustentação das principais decisões progressistas da Corte.¹²⁶ Estava ainda presente um amplo movimento social dirigido à promoção e à proteção de valores individuais e de igualdade,¹²⁷ fruto da indignação mundial às atrocidades cometidas pelos regimes nazifascistas em nome da odiosa ideia de “supremacia racial” e em face dos direitos humanos.

Portanto, havia todo um ambiente político e social favorável para que a maioria dos juízes da Corte Warren fosse ativista na extensão em que ela efetivamente foi. Por isso, é melhor dizer que um conjunto de variáveis serve para explicar o *que foi a Corte Warren* – fatores exógenos, políticos e sociais somaram-se à disposição ativista de juízes como Douglas, Black, Brennan, Thurgood Marshall e Warren para produzir ativismo judicial a favor do avanço de posições de justiça social e de liberdades fundamentais.

Reforça-se então uma premissa fundamental deste estudo – a pluralidade de fatores dinamizadores do ativismo judicial: a política, como exaustivamente dito, é de importância elevada para o avanço ou retrocesso do ativismo judicial; foi importante para a formação da Corte Warren, de seu fundo liberal e como apoio para suas principais decisões; no entanto, e sem que isso represente redução de sua importância, os fatores políticos podem dividir relevância operativa com outras variáveis em diferentes contextos. A ausência de um ambiente político favorável inevitavelmente conduz ao passivismo judicial, enquanto sua presença é um elemento facilitador dos mais poderosos para o incremento do ativismo judicial. Todavia, em diferentes situações, podem ocorrer de outros fatores – desenhos institucionais, elementos teórico-filosóficos e disposição ativista dos juízes em particular – igualmente

¹²⁴ FISS, Owen. *A Life Lived Twice. The Yale Law Journal*, vol. 100 (5), 1991, p. 1.118.

¹²⁵ Pautado em avaliações empíricas, ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* 2ª ed., Chicago: The University of Chicago Press, 2008, p. 157 *et seq.*, 420/423-431, defendeu que a Corte Warren foi “de limitada relevância para o progresso real dos direitos civis na América”. Para o autor, ausentes condições específicas, as cortes não têm capacidade de fazer triunfar direitos sobre a política. Elas seriam limitadas por restrições (a natureza limitada dos direitos constitucionais, a falta de independência judicial e de poder de implementação de medidas) que não lhe permitem “produzir significante reforma social”, de forma que só conseguem ser efetivas se um movimento político estiver apoiando as mudanças judicialmente perseguidas. Mesmo a Corte Warren não teria avançado suas posições ativistas sem o amplo apoio político que efetivamente recebeu. Para Rosenberg, “no fim, não existe substituto para ação política.” A questão da dificuldade de implementação de medidas sem apoio político foi particularmente importante em *Brown v. Board of Education*, logo adiante examinada. Porém, como será defendido adiante, o caso *Brown* dá razão apenas parcial às afirmações feitas por Gerald Rosenberg.

¹²⁶ DAHL, Robert. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. Journal of Public Law*, vol. 6 (2), 1957, p. 293, anota que tentativas da Suprema Corte de promover políticas de abrangência nacional na “ausência de acordo substancial dentro da aliança” política dominante são “prováveis de provocar um desastre”. *Dred Scott* e as decisões iniciais contra o *New Deal* teriam sido provas disso.

¹²⁷ EPP, Charles R. *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago: The Chicago University Press, 1998, p. 14/25, reconhece que o ativismo judicial da Corte Warren foi um elemento importante da “revolução de direitos” da época, porém, para ele, tal variável seria uma “explicação incompleta”, pois foi também indispensável, além da consciência social de direitos, a “estrutura de apoio à mobilização legal” em torno desses direitos, consistente de “organizações pró-direitos, advogados de defesa de direitos e fontes de financiamento, particularmente financiamento público”.

se destacarem e cumprirem um papel não só relevante, mas necessário.¹²⁸ Foi assim com a Corte Warren e suas decisões históricas.

A primeira grande decisão da Corte Warren – talvez, a mais importante da história da Suprema Corte¹²⁹ – data de 1954 foi, claro, *Brown v. Board of Education* – um caso de segregação racial no ensino público.¹³⁰ Na já citada *Plessy*, decidida em 1896, a Corte havia julgado constitucional lei da Lousiana que exigia das ferrovias acomodações “iguais” para brancos e negros, mas que deveriam ser acomodações “separadas”. Para a maioria conservadora da época, essa prática de segregação racial não violava a *equal protection* da XIV Emenda, na medida em que impunha igualmente para brancos e negros a separação. Tratava-se da doutrina *separate but equal* que, depois de meio século de odiosa segregação racial, viria, finalmente, a ser superada pela Corte Warren em *Brown*.

Foi por unanimidade que a Corte Warren julgou inconstitucional a segregação racial em escolas públicas por violação da *equal protection clause*. Contudo, esse consenso dos *Justices* em torno de *Brown* não respondeu apenas a fatores endógenos. A decisão de pôr fim à segregação racial era cercada de dificuldades extrajurídicas e, conscientes dessa circunstância, da importância da decisão e das reações adversas que seguiriam, notadamente dos estados sulistas, os juízes trabalharam em torno dessa unanimidade como a única forma de prover “legitimidade suficiente para uma reversão de precedente constitucional tão grave e de tão amplas consequências”.¹³¹ A Corte sabia que uma decisão dividida fortaleceria seus opositores. Porém, mesmo essa estratégia não impediu que, no final, a Corte precisasse do poder político federal para tornar *Brown* uma realidade.

Na década de 50, quase todos os estados do Sul possuíam um amplo conjunto de regras legais impondo a segregação racial no campo da educação pública. Na prática, essa exigência legal resultava a perpetuação não só da discriminação racial contra os negros, mas também de um ensino público inferior para eles. As *escolas dos brancos* eram muito superiores às dos negros. Eram separadas e desiguais. A Suprema Corte vinha evitando enfrentar com definitividade o sistema de segregação racial desses estados, porém, a atmosfera de defesa dos direitos humanos pós-II Guerra impunha a revisitação do tema.

Brown foi proposta na Suprema Corte em 1952, ainda durante a atuação da Corte Vinson e de sua forte divisão – retratada por Schlesinger – entre “campeões do ativismo judicial” e “campeões da autorrestricção judicial”. O primeiro grupo, liderado por Hugo Black, tinha o firme propósito de superar *Plessy* e opôr-se aos estados sulistas para colocar fim à sua política de segregação racial. Esses juízes sentiam-se

¹²⁸ BAUM, Lawrence. Understanding Courts as Policy Makers. *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 8 (1), 1983, p. 244: o autor distingue “condições necessárias e suficientes para o ativismo”, e diz que “forças externas são necessárias para fazer o ativismo possível”, mas nem sempre suficientes.

¹²⁹ HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. *Op. cit.*, p. 15.

¹³⁰ 347 U.S. 483 (1954).

¹³¹ HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. *Op. cit.*, p. 23/24.

autorizados pela XIV Emenda e sua cláusula da igual proteção das leis para decidir dessa forma. Mas no outro grupo, liderado por Frankfurter, ainda que a maioria fosse substancialmente contra a segregação racial, todos acreditavam que os estados deveriam decidir sobre a manutenção ou não da segregação imposta por suas leis racistas, não podendo a Suprema Corte, sob pena de “intolerável ativismo judicial”, interferir nessa escolha de natureza política. O julgamento foi, enfim, postergado, à espera de um momento propício para uma decisão que fosse unânime.¹³²

No fim de 1953, com Warren na presidência da Corte, *Brown* foi novamente arguido. O *Chief Justice*, com a habilidade que adquiriu em sua vida política, reuniu os juízes em torno do objetivo da decisão unânime em favor de superar a doutrina de segregação racial. Ele teve sucesso e ainda escreveu o voto para a Corte em maio de 1954. Nesse histórico voto, ficou assentado que a segregação racial produzia uma sociedade desigual, contrária ao propósito igualitário da XIV Emenda e, por isso, seria inconstitucional. Evitando questionar a correção de *Plessy* quando decidida, até para reduzir a “afronta” da decisão aos estados do Sul, Warren defendeu que mudanças históricas não permitiam mais falar-se em “neutralidade moral e social da segregação racial”, tal como consignado em *Plessy*. Para Warren, o fato era que a “segregação produz efeitos sociais e psicológicos verdadeiramente nocivos aos negros”.

Firme na ideia de *living Constitution*, a Corte Warren consagrou que, àquela altura dos acontecimentos sociais e políticos, a cláusula constitucional da *equal protection of laws* deveria ganhar uma nova interpretação no sentido de declarar qualquer política de segregação racial inconstitucional. Essa seria a única forma de proteger os valores constitucionais *da época*.¹³³ Contudo, como se esperava, os estados sulistas não concordaram com a Corte, muito ao contrário, eles promoveram uma intensa reação, chamada de “resistência em massa”, dirigida a impedir a implementação da decisão.¹³⁴ Esses estados acusaram a Corte Warren de praticar “ativismo judicial ilegítimo” – *Brown* teria sido uma decisão errada, um caso de “abuso de poder judicial” e exemplo de “corte federal legislando”. Essa “resistência” configurou o “mais poderoso desafio, desde a Guerra Civil, à própria legitimidade da Suprema Corte e ao Estado de direito.”¹³⁵ Para esses estados, toda e qualquer resistência contra *Brown* seria legítima – e eles não economizaram.¹³⁶

¹³² Sobre as “circunstâncias” de *Brown* antes da Corte Warren, cf. POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. p. 21/25: o autor destaca o papel de Frankfurter nesse processo de postergação do julgamento – contra a segregação racial, mas com disposição para ser deferente à discricionariedade política dos estados, ele estaria, acima de tudo, “preocupado com o prestígio da Corte. De sua perspectiva, era essencial que qualquer decisão fosse unânime”, e essa unanimidade seria impossível na Corte Vinson.

¹³³ BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf, 2010, p. 50: “Em decidir *Brown*, a Suprema Corte cumpriu seu papel mais fundamental em nossa democracia, aquele de guardião de nossa Constituição”.

¹³⁴ A “resistência” teve como ponto de partida principal o “Manifesto dos Estados do Sul” – um documento assinado por todos os senadores e congressistas dos onze estados segregacionistas, proclamando que *Brown* era “contrária à Constituição”.

¹³⁵ HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. Op. cit., p. 15.

¹³⁶ Sobre o conjunto de medidas legais e extralegis que compuseram a “resistência massiva”, cf. POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. p. 57/74.

A Suprema Corte, em nova decisão,¹³⁷ delegou às cortes distritais a tarefa de implementar *Brown* e acabar com a segregação racial nas escolas. Porém, a “resistência massiva”, que incluía o uso de violência para a desobediência às decisões judiciais, estava tendo sucesso em impedir a atuação concreta do julgado. Juízes distritais temiam mesmo por suas vidas. O ponto máximo da resistência veio com o incidente na cidade de Little Rock, no estado segregacionista do Arkansas, no ano de 1957. O governador Orval Faubus utilizou a Guarda Nacional do estado para impedir que nove estudantes negros entrassem em uma escola secundária da cidade, antes exclusiva “de brancos”. Tornou-se então necessária a intervenção do Governo Federal.

O Presidente dos Estados Unidos, Dwight Eisenhower, enviou tropas do Exército para a cidade e, dessa maneira, assegurou a entrada dos estudantes negros na escola de Little Rock. Para Eisenhower, estava em jogo saber “se o direito federal ou estadual era supremo”, sendo então imperioso intervir em favor da execução da doutrina de *Brown* até “para manter a supremacia federal”.¹³⁸ Sem essa intervenção do Executivo federal, *Brown* enfrentaria um caminho muito mais longo e tortuoso para tornar-se uma realidade concreta.¹³⁹

Todo esse conjunto de dificuldades em implementar *Brown* colocou em dúvida a capacidade da Suprema Corte de ser um “paradigma de sucesso na estratégia de transformação social”. Para Gerald Rosenberg, a lição de *Brown* é que “apenas quando Congresso e o Poder Executivo atuaram em conjunto com as cortes, as mudanças ocorreram”, de forma que, “em termos de efeitos judiciais”, *Brown* é paradigma da visão de que “cortes são impotentes para produzir significativa reforma social”.¹⁴⁰ Essa conclusão de Rosenberg encerra exageros e subestima o potencial transformativo de decisões cruciais e desafiadoras em favor das liberdades fundamentais. Problemas com a implementação de decisões controvertidas não excluem a relevância social e política da função judicial. Ademais, Hamilton, há muito, já havia advertido que o Judiciário “não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa”.¹⁴¹ Mas isso apenas destaca, como afirmado anteriormente, a importância do alinhamento de forças políticas para o sucesso da execução de decisões judiciais cruciais, e não a irrelevância do papel das cortes que proferem essas decisões.

¹³⁷ A decisão ficou conhecida como *Brown II* – 349 US 294 (1955).

¹³⁸ BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge's View. Op. cit.*, p. 58.

¹³⁹ Depois das tropas federais intervirem para assegurar a entrada dos estudantes negros, a Comissão Municipal de Educação de Little Rock pediu a postergação do processo de integração racial por trinta meses em razão da ainda contínua hostilidade do governo, do legislador e da comunidade do Arkansas. Em setembro de 1958, em *Cooper v. Aaron* (358 U.S. 1, 18 [1958]), o pedido de postergação de Little Rock chegou à Suprema Corte. A Corte negou inequivocamente a postergação. Seus juízes, por unanimidade e assinando individualmente o voto, afirmaram o “dever constitucional de obediência às suas decisões”. Citando *Marbury*, a Suprema Corte reclamou o princípio da *supremacia do judiciário federal* na interpretação da Constituição, de modo que “a interpretação da XIV Emenda enunciada por esta Corte no caso *Brown* é a *supreme law of the land*”. A afirmação de supremacia judicial de *Cooper* foi necessária diante do contexto de execução de *Brown*. Cf. BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge's View. Op. cit.*, p. 60/63.

¹⁴⁰ ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change? Op. cit.*, p. 70/71.

¹⁴¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista. 2ª ed.* Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005, p. 470.

É correto defender a importância da política para decisões como *Brown* e, ao mesmo tempo, recusar argumentos que desprezam o papel social de juizes e cortes. Como disse Morton Horwitz, não obstante suas dificuldades de execução, *Brown* cumpriu um papel fundamental e “serviu como um catalisador para o movimento dos direitos civis.”¹⁴² Ela foi uma decisão legítima sob o ponto de vista moral e constitucional, mas foi ativista no sentido de negar aos estados o poder de decisão sobre um tema crucial para suas respectivas sociedades e depois de mais de meio século de plena autonomia sob a doutrina do *separate but equal*. Como disse Lucas Powe Jr., “até então nenhuma corte havia ordenado que uma sociedade fosse refeita”.¹⁴³ Daí porque todas as dificuldades para sua implementação. O poder político foi então decisivo, mas atuou na sequência da Suprema Corte. Na verdade, política federal e Suprema Corte atuaram em conjunto em favor da igualdade entre brancos e negros.

Brown inaugurou a *Warren Era*, definiu muito bem o que viria a ser a jurisprudência constitucional da Corte em face da maioria governante, principalmente, na década seguinte e para a proteção das liberdades fundamentais e dos direitos de igualdade. Ela foi o marco do ativismo judicial liberal. Depois de *Brown*, a Corte Warren, em diferentes situações, expandiu direitos individuais e buscou tornar mais justo e igualitário o processo democrático norte-americano: primeiro ela atuou onde a Corte Roosevelt havia capitulado e impôs limitações às leis de “segurança nacional”, típicas da *McCarthy Era*;¹⁴⁴ depois, nos destacados *Reapportionment Cases*,¹⁴⁵ a Corte interveio, também pautada na *equal protection clause*, nas delimitações inadequadas dos distritos eleitorais e na distribuição desproporcional dos assentos legislativos federais, estaduais e locais (a ideia de “one person, one vote”), seguindo velha posição de Black e superando antigo voto vencedor de Frankfurter da não justiciabilidade da matéria pela doutrina das “questões políticas”.¹⁴⁶

Na hipercontrovertida *Griswold v. Connecticut*,¹⁴⁷ a Corte opôs ao legislador estadual um direito constitucional à privacidade para julgar inconstitucional lei que estabelecia a proibição do uso de contraceptivos por casais casados; em *Engel*, deixou clara a separação entre o Estado e a Igreja e julgou inconstitucional a imposição de *oração oficial* em escolas públicas, por violação à liberdade religiosa inerente a todos os cidadãos;¹⁴⁸ e ainda fortaleceu a liberdade de expressão e de imprensa, assim como o direito fundamental de todo cidadão poder criticar o governo, em decisões como *Sullivan*.¹⁴⁹

¹⁴² HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. Op. cit., p. 15.

¹⁴³ POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. p. 51.

¹⁴⁴ *Cole v. Young*, 351 U.S. 536 (1955); *Pennsylvania v. Nelson*, 350 U.S. 497 (1956); *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).

¹⁴⁵ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

¹⁴⁶ Cf. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Op. cit., p. 160.

¹⁴⁷ 381 U.S. 479 (1965). Hipercontrovertida não em seu resultado, mas por sua doutrina de afirmação do direito constitucional e fundamental à privacidade. Essa doutrina seria depois utilizada pela Corte Burger para afirmar o direito ao aborto.

¹⁴⁸ *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962); *Scholl District of Abington v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963).

¹⁴⁹ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

As decisões da Corte Warren também reestruturaram o federalismo norte-americano ao impor aos estados os limites substanciais das dez primeiras emendas da Constituição (*Bill of Rights*), mais uma vez adotando posição antiga de Black para superar doutrina restritiva de Frankfurter e visitar o chamado *incorporation problem* no sentido de a XIV Emenda ter incorporado e oposto esses limites aos estados da Federação. Essa nova posição foi uma grande marca da Corte e teve profunda repercussão em suas decisões sobre matéria penal.

Em *Mapp v. Ohio*,¹⁵⁰ a Corte assegurou aos acusados de crimes a proibição do uso de provas ilícitas por autoridades estaduais; em *Gideon*, foi garantido aos acusados o direito constitucional à assistência de advogados;¹⁵¹ a Corte ainda constitucionalizou o direito à não autoincriminação,¹⁵² a processos e julgamentos céleres,¹⁵³ entre outras garantias penais contra os estados; em *Miranda v. Arizona*,¹⁵⁴ mais controverso exemplo do ativismo judicial da Corte Warren no campo penal, foi julgada ilegítima a confissão obtida de acusado que não fosse previamente advertido pelas autoridades policiais estaduais sobre seus direitos a permanecer em silêncio e à assistência de um advogado. Muitas dessas decisões foram depois associadas pelo discurso Republicano conservador ao então aumento da criminalidade.¹⁵⁵

O conjunto de decisões da Corte Warren revela uma dimensão relevantíssima de ativismo judicial para seu debate contemporâneo, para o constitucionalismo moderno e para os propósitos deste estudo – a interpretação criativa e evolutiva de normas constitucionais vagas e indeterminadas, dotadas de alta carga valorativa, com o fim de avançar posições de liberdade fundamental e igualdade social. Com esse propósito, o trabalho jurisprudencial da Corte Warren somou importantes pontos para a validade normativa do ativismo judicial.

Por outro lado, sua jurisprudência ativista também fez com que a Corte Warren fosse acusada de usurpar o poder das instituições políticas e de decidir apenas orientada aos resultados favorecidos pelos intelectuais de esquerda e pela coalizão liberal que, na época, dominavam a política do país. A Corte, disseram os críticos, com seus juízes “profetas” e “herdeiros do *New Deal*”, teria promovido uma “anarquia constitucional”.¹⁵⁶ Segundo Robert Bork, a Corte Warren foi a “mais política e imperialista da história Americana”.¹⁵⁷ Chegaram então a hora e a vez de os conservadores reagirem ao ativismo judicial liberal. Era a vez da *contrarrevolução Republicana* e do *ativismo judicial conservador*.

¹⁵⁰ 367 U.S. 643 (1961).

¹⁵¹ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

¹⁵² *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964).

¹⁵³ *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967).

¹⁵⁴ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

¹⁵⁵ POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. p. 495/496.

¹⁵⁶ CARTER, John Denton. *The Warren Court and the Constitution. A Critical Vision of Judicial Activism*. Gretna: Pelican Publishing Company, 1973, p. 40-112-121.

¹⁵⁷ BORK, Robert. *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*. Op. cit., p. 78/79.

4.3. A Contrarrevolução Republicana: Nixon, Reagan, Burger, Rehnquist, Scalia e o Ativismo Judicial Conservador

Earl Warren aposentou-se em 1969, todavia, muito da doutrina liberal e igualitária da Corte Warren superou esse tempo. O exemplo mais dramático foi *Roe v. Wade*, em que a Suprema Corte, em 1973 e presidida por Warren Burger (*Burger Court*), reconheceu o direito constitucional ao aborto com fundamento no *direito de privacidade* elaborado pela Corte Warren em *Griswold*.¹⁵⁸ Considerando a justificação de *Roe* em *Griswold*, torna-se compreensível porque Robert Bork chamou essa última decisão como a “construção de uma bomba-relógio constitucional”.¹⁵⁹

Sob essa perspectiva, Frederick Lewis disse que o ativismo judicial da Corte Warren pode ser considerado um sucesso, haja vista que as “realizações doutrinárias principais do período têm largamente sobrevivido e se tornado aceitas como uma parte integral da América moderna”.¹⁶⁰ Sem dúvida, muitas das decisões ativistas da Corte Warren, notadamente em matéria de igualdade formal e de direitos e liberdades civis, tornaram-se uma parte importante da cultura norte-americana. Contudo, o trabalho da Corte, de um modo geral, foi alvo de vigorosas críticas por parte da comunidade política conservadora.

Segundo os conservadores, em vez de seguirem o significado original da Constituição, os liberais da Corte teriam distorcido esses significados para impor seus valores morais e políticos e sua agenda liberal. Eles *leram* a Constituição de acordo com seus sentidos morais individuais, substituindo as intenções dos “pais fundadores” pelas próprias concepções sobre o bom e o adequado para a sociedade norte-americana. A Corte Warren teria criado poderes e direitos sem apoio na Constituição (*legislating from the bench*) e por isso a julgam como o “zênite da natureza política da Suprema Corte”.¹⁶¹

Em suma, para os conservadores, a Corte Warren foi imperialista, política, liberal e ativista demais. Superar os precedentes ativistas e liberais da Corte Warren tornou-se uma obsessão do Partido Republicano e de seus Presidentes mais conservadores, principalmente Richard Nixon e Ronald Reagan. Se a Corte Warren foi uma *revolução constitucional*, então era necessária uma *contrarrevolução constitucional* e a estratégia era de todo conhecida: a ação política do Presidente na formação da Suprema Corte. Os Republicanos povoariam a Corte com juizes conservadores que concordavam com a ideia de que a Corte Warren representou *tudo aquilo que a Suprema Corte não deve ser*. À medida que o Partido “gradualmente tornava-se mais ideologicamente homogêneo e conservador”,¹⁶² cresciam as condições favoráveis para o sucesso da estratégia. Bastava aos Presidentes *acertar a mão*.

¹⁵⁸ 410 U.S. 113 (1973).

¹⁵⁹ BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. 1ª ed. New York: Touchstone, 1990, p. 95-100.

¹⁶⁰ LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. Op. cit., p. 25.

¹⁶¹ BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. Op. cit., p. 348.

¹⁶² TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. Op. cit., p. 110.

O projeto *contrarrevolucionário* conservador teve início com Richard Nixon (1969-1974), que, em suas campanhas presidenciais, condenou o ativismo judicial da Corte Warren e prometeu nomear juízes adeptos de uma “strict construction” da Constituição e de uma “filosofia de restrição judicial” – em suas palavras: “juízes que interpretam o direito e não tentam fazer o direito”.¹⁶³ O propósito substantivo principal de Nixon era o de superar os precedentes sobre as garantias dos acusados em procedimentos e processos criminais, haja vista o crescente clima de violência instaurado no país e que foi associado a decisões como *Mapp* e *Miranda*. Era sua defesa das “forças de paz” e da política *law and order*.

Nixon foi “presenteado” com as saídas de Warren, Fortas e Black e deu início, assim, à formação da Corte Burger e ao projeto de transformar a Suprema Corte. Para essas vagas, ele nomeou, respectivamente, Warren Burger (1969) para *Chief Justice*, Harry Blackmun (1970) e Lewis Powell Jr. (1972). Burger se mostraria conservador até sua saída, embora um líder muito menos persuasivo do que foi Warren. Porém, Blackmun logo revelaria fortes posições liberais, tendo inclusive escrito o voto de *Roe*, enquanto Powell Jr. foi apenas um juiz moderado. Dentro dos propósitos republicanos, o grande acerto de Nixon foi a nomeação que fez para a vaga de John Marshall Harlan: o ultraconservador William Rehnquist (1972).

O bloco liberal da Corte ainda perderia, em 1975, o “campeão do ativismo judicial”, William Douglas. O presidente Ford, que assumiu depois da renúncia de Nixon, porque estava pressionado por uma maioria Democrata no Senado, acabou nomeando um juiz apenas moderado, John Paul Stevens, que se revelaria um importante juiz liberal e que serviu na Corte até o ano 2010. Em 1981, foi feita a última nomeação para a Corte Burger, a da juíza Sandra Day O’Connor para a vaga do centrista Potter Stewart. Essa nomeação foi feita por Ronald Reagan já no início do seu primeiro mandato (1981-1985), cumprindo promessa que havia feito no sentido de nomear a primeira mulher para a Suprema Corte. Em razão da postura liberal ou moderada que assumiram alguns desses juízes e também da permanência de Brennan e Marshall – liberais remanescentes da Corte Warren – Nixon não alcançou sucesso em formar uma base conservadora sólida na Corte. No máximo, ele conseguiu minimizar o avanço liberal da Suprema Corte ao aumentar a fragmentação ideológica de sua composição.

A Corte Burger, atuando em um cenário sociopolítico que se tornava progressivamente conservador, minimizou os precedentes liberais da Corte Warren em matéria de procedimentos criminais. Ela não superou, mas limitou o alcance de precedentes como as decisões sobre ilicitudes de provas,¹⁶⁴ as garantias estabelecidas em *Miranda*¹⁶⁵ e, embora tenha oscilado em relação à pena de morte, no final afirmou sua constitucionalidade.¹⁶⁶ Essas decisões frearam o avanço das decisões liberais da *Warren Era* em questões criminais, satisfazendo em alguma medida o propósito de *law and order* de Nixon.

¹⁶³ O’BRIEN, David M. *Storm Center. The Supreme Court in American Politics. Op. cit.*, p. 57.

¹⁶⁴ *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976); *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

¹⁶⁵ *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984).

¹⁶⁶ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

Contudo, considerando o conjunto da obra da Corte Burger, é certo dizer que a *contrarrevolução constitucional* não ocorreu.¹⁶⁷ Com sua jurisprudência inconsistente,¹⁶⁸ a Corte Burger foi realmente menos liberal do que a Corte Warren – por exemplo, ela assumiu uma posição bastante conservadora face aos direitos dos homossexuais em *Bowers*,¹⁶⁹ julgando válida lei estadual que criminalizou o sexo oral e anal entre homossexuais. Não obstante, ela foi bem menos conservadora do que esperavam Nixon e os Republicanos e do que temiam os liberais. Para alguns autores, o comprometimento natural de juízes conservadores com a doutrina do *stare decisis*¹⁷⁰ foi um fator institucional decisivo para a Corte Burger não superar os precedentes liberais da *Warren Era* na extensão desejada pelos Republicanos.¹⁷¹ Em geral, a Corte Burger, para além de *Roe*, manteve e até avançou, em alguma medida, a doutrina liberal da Corte Warren em decisões sobre liberdade de expressão (publicidade comercial, financiamento de campanha eleitoral, etc),¹⁷² segregação racial,¹⁷³ discriminação de gênero¹⁷⁴ e ações afirmativas.¹⁷⁵

Por sua vez, o objetivo de Nixon, cantado em verso e prosa, de pôr fim ao ativismo judicial da Suprema Corte também não foi alcançado. A maioria dos juízes nomeados para a Corte Burger não adotou as posturas de “strict construction” e de restrição judicial que Nixon apontou como critérios de suas nomeações. Muito ao contrário, com alguma diferença de grau, os juízes da Corte Burger foram ativistas como haviam sido anteriormente os juízes da Corte Warren: reconheceram *status* constitucional a direitos não claramente previstos no texto constitucional e faltaram com deferência institucional ao legislador federal ou estadual.¹⁷⁶ *Roe* foi o mais destacado exemplo.

Contudo, há um ponto importante que diferencia o ativismo judicial das Cortes Warren e Burger. Diferente da Corte Warren, cujo ativismo tinha uma *cor ideológica*, o ativismo da Corte Burger foi *incolor*. Apesar de *Roe*, a Corte Burger não buscou avançar uma filosofia política específica, nem se dispôs a transformações sociais, mas praticou um ativismo pragmático, até mesmo contingente. Essa falta de direção ideológica

¹⁶⁷ BLASI, Vincent (Ed.) *The Burger Court: The Counter-revolution that wasn't*. New Haven: The Yale University Press, 1983.

¹⁶⁸ Prova de sua inconsistência é que, embora tenha reconhecido o direito constitucional ao aborto em *Roe*, julgou constitucional a recusa municipal de realizar aborto não terapêutico em hospitais públicos (*Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519 [1977]) e a limitação de financiamento pelos estados de abortos não terapêuticos (*Beal v. Poe*, 432 U.S. 438 [1977]; *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 [1980]).

¹⁶⁹ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

¹⁷⁰ *Stare decisis* (to stand by things decided) é a doutrina do precedente norte-americana, “pela qual é necessário para uma corte seguir decisões judiciais anteriores quando as mesmas questões são levantadas em litígio” (GARNER, Bryan A (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 8ª ed. St. Paul: West, 2004, p. 1.443).

¹⁷¹ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 307.

¹⁷² *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980); *First National Bank v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).

¹⁷³ *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 US 1 (1971).

¹⁷⁴ *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971); *Stanton v. Stanton*, 421 U.S. 7 (1975); *Thornburger v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

¹⁷⁵ *Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

¹⁷⁶ Como dito anteriormente, a Corte Burger foi autorrestritiva, ao menos, em seu respeito aos precedentes.

pode ter sido uma estratégia diante do ambiente sociopolítico ora em transformação como também pode ser explicada por fatores endógenos, ligados às falhas de Nixon na composição da Corte: a concentração de uma maioria moderada e persuasiva no *centro*, e não nos extremos do espectro ideológico da Corte; ou a liderança insuficiente de seu *Chief Justice* (Burger).¹⁷⁷

De qualquer modo, o ativismo judicial ideologicamente indefinido, ou, como disse Vicent Blasi, o *ativismo sem raízes* (*rootless activism*)¹⁷⁸ da Corte Burger, pareceu mais uma transição entre o ativismo liberal da Corte Warren e o ativismo conservador que estava por vir com as sucessivas Cortes Rehnquist e Roberts – não por coincidência, o sistema político e a sociedade também estavam em transição. A avaliação jurisprudencial dessas últimas “Cortes” revelará que a sequência da ação dos *contrarrevolucionários Republicanos* em face do ativismo liberal da Corte Warren não conduziu a uma postura de “strict construction” e de “filosofia de restrição judicial”, e sim a mais ativismo judicial, que apenas oscilou e gradualmente *mudou de lado... de novo!*

Assim como Nixon, Ronald Reagan (1981-1989) também condenou em suas campanhas presidenciais o ativismo judicial de “cortes e juízes que legislam” e prometeu nomear apenas juízes que adotassem uma “filosofia de restrição judicial”.¹⁷⁹ Além das decisões da Corte Warren, também as decisões da Corte Burger, que mantiveram ou mesmo avançaram algumas posições liberais de sua antecessora, principalmente *Roe*,¹⁸⁰ eram os alvos de Reagan. Os temas principais de sua agenda *contrarrevolucionária* eram a questão do aborto, a volta da oração oficial nas escolas e o fortalecimento dos estados. Reagan promoveu uma verdadeira *cruzada conservadora* contra o ativismo judicial liberal da Era Warren e apresentou o *originalismo* como sua ferramenta metodológica *contrarrevolucionária*.

Foi Edwin Meese III, advogado-geral de Reagan em seu segundo mandato e grande crítico da Corte Warren,¹⁸¹ que introduziu no discurso do Partido Republicano a ideia de uma “jurisprudência da intenção original” dos *founding fathers* – o originalismo – como única prática legítima de interpretação da Constituição, em oposição à jurisprudência da Corte Warren que via a Constituição como um *documento vivo* –

¹⁷⁷ GOLDSTEIN, Joel K. Leading the Court: Studies in Influence as Chief Justice. *Stetson Law Review*, vol. 40 (3), p. 736/737.

¹⁷⁸ BLASI, Vincent. The Rootless Activism of the Burger Court. In: _____. (Ed.) *The Burger Court: The Counter-revolution that wasn't*. *Op. cit.*, p. 198.

¹⁷⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 42, 2007, p. 381.

¹⁸⁰ KECK, Thomas M. *The Most Activist Supreme Court in History. The road to modern judicial conservatism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 161.

¹⁸¹ Cf. MEESE III, Edwin. The Law of the Constitution. *Tulane Law Review*, vol. 61 (5), 1987, p. 979/990. Para o autor, a Corte Warren teve momentos de arrogância institucional, como em *Cooper v. Aaron*, onde os juízes por unanimidade afirmaram a *supremacia judicial* no sentido das decisões da Corte serem “the supreme law of the land” (358 U.S. 1, 18 [1958]). Contudo, como exposto no tópico anterior (nota de rodapé nº 164), tendo em vista que o pano de fundo do caso era a insistência de alguns estados em desrespeitar o decidido em *Brown* e em praticar a integração racial nas escolas, a Corte não teve alternativa senão afirmar sua *supremacia judicial* e o dever inafastável dos estados de seguir suas decisões como *lei superior*.

living constitution – cujos significados devem ser sensíveis às transformações sociais. Segundo Meese, os juízes devem ser “guiados pelo texto [da Constituição] e por seu sentido original”¹⁸² e, por isso, a Corte Warren teria atuado ilegítima e politicamente em se afastar dos significados originais do Texto Constitucional para “descobrir” direitos. Meese defendia que o originalismo é o único método de interpretar a Constituição que se mostra adequado para a Corte adotar uma postura legítima de autorrestrição judicial, separando objetivamente *Direito e Política*.

Havia algo também de estratégico na defesa de Meese em favor do originalismo: a possibilidade de superar o obstáculo do *stare decisis*, que teria impedido a Corte Burger de superar os precedentes liberais da Corte Warren. De acordo com Robert Bork, um dos pais do originalismo, “dizer que cortes anteriores permitiram, ou iniciaram, deformações da Constituição não é bastante para outorgar uma permissão para cortes do presente e do futuro a fazer a mesma coisa” e, por isso, sob a perspectiva do entendimento original da Constituição, será sempre possível superar precedentes como *Roe*, cujos resultados e princípios informadores são inaceitáveis pela comunidade política de qualquer época.¹⁸³ O originalismo tornaria a superação de precedentes errados compatível com a tarefa da Suprema Corte de preservar a Constituição. Com a “estratégia metodológica” do originalismo, Ronald Reagan buscaria uma Suprema Corte que pudesse, enfim, prevalecer onde a Corte Burger falhou.

Meese colocou “a transformação da Suprema Corte no topo de sua agenda” e propôs compô-la com verdadeiros conservadores e defensores da interpretação original da Constituição.¹⁸⁴ Como dito antes, em seu primeiro mandato, Reagan cumpriu a promessa que havia feito de nomear a primeira mulher para a Suprema Corte e assim nomeou Sandra Day O’Connor (1981) que, ao longo de sua carreira na Corte (1981-2006), provou não ser uma conservadora de extrema direita, embora tenha, na maior parte das vezes, votado com os conservadores. No entanto, em seu segundo mandato (1985-1989), Reagan pôde seguir as perspectivas defendidas por Edwin Meese III e suas nomeações configuraram passos largos e firmes para a formação de uma jurisprudência mais conservadora da Suprema Corte.¹⁸⁵

O ex-presidente deu início à formação da controvertida Corte Rehnquist em 1986, com a saída de Warren Burger. Ele elevou William Rehnquist, o juiz mais conservador da Corte Burger, ao cargo de *Chief Justice* e nomeou para seu lugar como *Associate Justice* um dos preferidos de Meese, o católico ultraconservador Antonin Scalia, que logo se tornaria o líder intelectual do originalismo na Suprema Corte.¹⁸⁶ No ano seguinte, para a vaga de Powell Jr., Reagan falhou na nomeação do

¹⁸² MEESE III, Edwin. Toward a Jurisprudence of Original Intent. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 11 (1), 1988, p. 10.

¹⁸³ BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. *Op. cit.*, p. 155/158.

¹⁸⁴ TOOBIN, Jeffrey. *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. *Op. cit.*, p. 21/22.

¹⁸⁵ Em sentido contrário, dizendo que as nomeações de Nixon tiveram maior impacto, cf. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. *Op. cit.*, p. 217.

¹⁸⁶ Cf. SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57 (3), 1989, p. 849/865.

outro preferido de Meese, Robert Bork. Ultraconservador e defensor ferrenho do originalismo,¹⁸⁷ Bork enfrentou o Senado majoritariamente Democrata e sua nomeação não foi confirmada.¹⁸⁸ Então, Reagan nomeou o juiz conservador, embora não radical, Anthony Kennedy (1988), que foi aceito por unanimidade pelo Senado. Kennedy, conquanto mude às vezes de *lado ideológico* (*swing voter*), vota majoritariamente com a ala conservadora. Já Scalia é a quintessência do conservadorismo até os dias de hoje.

Mais tarde, os Republicanos, no governo do *primeiro* Bush (1989-1993), completaram a décima nomeação consecutiva, em pouco mais de vinte anos, graças às aposentadorias de Brennan e Marshall, últimos remanescentes do bloco liberal da Corte Warren. Bush, menos obcecado do que Nixon ou Reagan em dirigir a Corte para a extrema direita, nomeou, respectivamente, David Souter e Clarence Thomas. Souter aos poucos se mostrou um liberal moderado, ao passo que Thomas aproximasse muito de Scalia em conservadorismo. Com essas mudanças, a Suprema Corte passou a ter, *ao menos em tese*, uma maioria conservadora sólida (Rehnquist, White, O'Connor, Scalia, Kennedy, Thomas). Restava saber se, na prática, isso iria se confirmar e se, enfim, alcançariam a superação do ativismo judicial.

Barry Friedman identifica três “distintas personalidades” da Corte Rehnquist,¹⁸⁹ que variaram conforme alterações em sua composição. A “primeira Corte” (1986-1992), marcada por profundas transformações em sua composição, voltou-se mais para questões sociais. Com os *juizes do centro* preocupados em proteger a integridade institucional da Corte, a maioria tomou decisões moderadas sobre esses temas: ela não superou *Roe*, mas admitiu restrições ao direito de aborto (*Casey case*);¹⁹⁰ foi cautelosa em não eliminar a prática de ações afirmativas, entretanto sujeitou essas medidas a juízos mais rigorosos de constitucionalidade;¹⁹¹ mas manteve a inconstitucionalidade da imposição de oração oficial nas escolas públicas.¹⁹²

Depois de decidir *Casey*, a Corte Rehnquist entrou em uma fase muito mais conservadora. A “segunda Corte Rehnquist” (1993-2002) foi a da jurisprudência do “Novo Federalismo”: avançando programas lançados pela *cruzada conservadora* de Reagan e pautada na interpretação original da Constituição (originalismo), ela aumentou o poder dos estados em detrimento do Congresso Nacional e do próprio Judiciário Federal. Durante esse período, com uma frequência única na história da Suprema Corte, a Corte Rehnquist julgou dezenas de leis federais inconstitucionais, todas oriundas de um Congresso majoritariamente Democrata. Em uma série de decisões muito impactantes, iniciada por *Lopez*,¹⁹³ a Suprema Corte superou uma

¹⁸⁷ BORK, Robert. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. *Indiana Law Journal*. vol. 47 (1), p. 1/35. *Idem*, *The Tempting of America. The political seduction of the law*. Op. cit., p. 167 et seq.

¹⁸⁸ Sobre o fracasso da nomeação de Robert Bork, cf. O'BRIEN, David M. *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*. Op. cit., p. 74/77.

¹⁸⁹ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Op. cit., p. 324/343.

¹⁹⁰ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

¹⁹¹ *City of Richmond v. J.A. Croson*, 488 U.S. 469 (1989).

¹⁹² *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992).

¹⁹³ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

concepção de federalismo consolidada desde o triunfo do *New Deal* e impôs sérios limites aos poderes do Congresso em face dos estados sob a *Commerce Clause*. Nesse mesmo sentido, a Corte ainda assegurou a “imunidade soberana” dos estados em vista de leis federais que os sujeitassem a processos judiciais.¹⁹⁴

Bush v. Gore foi a grande marca desse período. Em uma das decisões mais controvertidas de sua história e por meio de uma divisão de votos que espelhou não só sua divisão ideológica, mas sobretudo partidária, a Suprema Corte, pautada na *equal protection clause* da XIV Emenda, definiu por 5 a 4 os rumos da eleição presidencial de 2000, assegurando a George W. Bush a vitória. Essa decisão retratou bem como a maioria da Suprema Corte, naquele momento, havia avançado no sentido dos propósitos do Partido Republicano e das forças políticas conservadoras do país.¹⁹⁵ E isso apesar dos oito anos seguidos de governo democrata por Bill Clinton. A agenda da Suprema Corte era, afinal, predominantemente conservadora... outra vez, ainda que não tenha retrocedido inteiramente os avanços liberais de períodos anteriores.

O professor Friedman fez um diagnóstico interessante desse período, no sentido de que liberais e conservadores teriam voltado “para seus papéis de, respectivamente, desafiadores e defensores da Corte”.¹⁹⁶ Era a volta do pêndulo. Todavia, surpreendentemente, a Corte Rehnquist entrou em uma terceira e última fase marcada pela suavização de sua jurisprudência conservadora, por posições mais liberais e igualitárias e de enfrentamento à obsessão de poder supremo do Governo Bush. Em decisões marcantes, ela impôs limites às medidas antiliberais do governo em sua *Guerra ao Terror*,¹⁹⁷ assegurou direitos de privacidade aos homossexuais em *Lawrence*,¹⁹⁸ superando assim o precedente odioso da Corte Burger em *Bowers*, e ainda defendeu a procedência de medidas afirmativas raciais.¹⁹⁹

Em uma análise geral, Barry Friedman diz que a Corte Rehnquist recebeu críticas tanto de liberais como de conservadores.²⁰⁰ É verdade que a Corte não cumpriu inteiramente a agenda conservadora *contrarrevolucionária* até porque não satisfaz sua principal obsessão: superar *Roe*; tomou decisões sobre direitos dos homossexuais que deixaram os conservadores furiosos e que muitas de suas decisões foram tomadas

¹⁹⁴ *Semiole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996); *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999).

¹⁹⁵ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). Cf. DWORKIN, Ronald (Ed.) *A Badly Flawed Election*. New York: New Press, 2002. Nas eleições presidenciais de 2000, houve um impasse na contagem de votos do Estado da Flórida, haja vista a primeira apuração ter apontado para uma vitória do candidato Republicano, George W. Bush, por uma margem menor que 0,5%, sobre o candidato Democrata, Al Gore. Essa margem ínfima, segundo a legislação estadual, autoriza a recontagem manual dos votos se requerida. Al Gore pediu essa recontagem nos municípios que normalmente votavam com os Democratas e à medida que a recontagem ocorria, a margem de vitória de Bush era ainda mais reduzida, com tendência ao final de ser revertida. O problema era que o prazo legal de anúncio do resultado iria expirar. A Suprema Corte da Flórida autorizou que esse prazo fosse estendido – e foi acusada por muitos de praticar ativismo judicial – mas a Suprema Corte suspendeu a decisão da Corte estadual, paralisando a recontagem. Com essa medida, a Suprema Corte decretou em definitivo a vitória de Bush – e foi acusada por muitos mais de praticar ativismo judicial.

¹⁹⁶ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., p. 337. Ele está se referindo ao período pré-*New Deal*.

¹⁹⁷ *Rasul v. Bush*, 542 US 466 (2004); *Hamdi v. Rumsfeld* 542 US 507 (2004).

¹⁹⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

¹⁹⁹ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

²⁰⁰ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., p. 323.

pela maioria apertada de 5 a 4, dependendo dos *swing votes* de O'Connor ou Kennedy, mostrando que o bloco conservador não foi tão sólido assim.²⁰¹ Porém, é inegável que, com o conjunto jurisprudencial da Corte Rehnquist, a Constituição ganhou muito mais a direção conservadora perseguida pelo Partido Republicano do que comparado às decisões da Corte Burger. Desse modo, o tom crítico dominante não pode ser considerado equilibrado – foi a esquerda liberal, sem dúvida, a mais forte opositora à jurisprudência da Corte Rehnquist.

No entanto, as críticas dos autores liberais não apresentaram conteúdo nem sentido uniformes. Um grupo desses autores – como Ronald Dworkin, Laurence Tribe e Owen Fiss – condenou a jurisprudência da Corte Rehnquist por sua direção conservadora, mas manteve o entendimento favorável sobre o papel relevante da Suprema Corte como intérprete da Constituição no sistema político-democrático norte-americano.²⁰² A crítica era aos resultados concretos, não ao espaço de atuação político-institucional da Corte.

De outro modo, outro grupo de autores – como Mark Tushnet, Larry Kramer e Cass Sunstein – dirigiu críticas, em diferentes graus, não apenas à orientação conservadora das decisões, mas também ao ativismo judicial como filosofia de adjudicação. Esse grupo propôs restringir e até mesmo eliminar o espaço de interpretação constitucional da Suprema Corte. Contudo, é de se questionar se suas críticas teriam esse mesmo tom caso as decisões estivessem, ao contrário, avançando propósitos liberais.²⁰³ Ou seja, é possível que a reação desses autores liberais à postura adjudicatória da Suprema Corte tenha sido apenas contingente aos seus pontos de vista políticos e morais, de modo que a oposição ao ativismo judicial, na realidade, não fora conduzida “em termos de seus benefícios e custos no abstrato, mas em termos de seu conteúdo ideológico”.²⁰⁴ Atitudinais ou não, eram os liberais – novamente – que estavam exigindo autorrestrrição judicial.

Entre os ataques mais radicais à Suprema Corte, feita por esses “acadêmicos liberais”,²⁰⁵ destacaram-se os de Mark Tushnet. Diante das ameaças às conquistas liberais da Era Warren, o professor de Harvard propôs uma emenda constitucional que retirasse das cortes o poder da *judicial review*, de modo que o direito constitucional saísse das mãos de advogados e juizes e ficasse apenas “nas mãos do *people themselves*”.²⁰⁶ É a ideia de “constitucionalismo popular”. Larry Kramer também

²⁰¹ Cf. RINGHAND, Lori A. *Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court*. *Constitutional Commentary*, vol. 24 (1), 2007, p. 55.

²⁰² Cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996; *Idem. Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006; TRIBE, Laurence. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 21 *et seq*; *Idem. The Invisible Constitution*. *Op. cit.*; FISS, Owen. *Between Supremacy and Exclusivity*. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed.). *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 452/467; *Idem. The History of an Idea*. *Fordham Law Review*, vol. 78 (3), 2009, p. 1.273/1.280.

²⁰³ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. *Op. cit.*, p. 343.

²⁰⁴ BAUM, Lawrence. *American Courts. Process and Policy*. 6ª ed. Boston: Wadsworth, 2008, p. 291.

²⁰⁵ FRIEDMAN, Barry. *The Birth of an American Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty*. Part V. *Yale Law Journal*, vol. 112 (2), 2002, p. 155.

²⁰⁶ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton: Princeton University Press,

defendeu a ideia de que o povo deve ser o titular de fato da palavra final sobre os significados constitucionais, e não as cortes. Contudo, ele não pediu o fim da *judicial review*, apenas da prática de *supremacia judicial* ou mesmo de *exclusividade judicial* – a condição da Suprema Corte como titular da *palavra final* ou mesmo da única palavra sobre o que significa a Constituição.²⁰⁷

Kramer acusou a Corte Rehnquist de rejeitar a noção de constitucionalismo popular e de se afirmar “o único órgão com poderes de interpretar a lei fundamental com autoridade”. Para o autor, a jurisprudência da Suprema Corte pós-*New Deal*, inclusive da Corte Warren, harmonizou supremacia judicial e constitucionalismo popular, haja vista ter protegido direitos individuais e das minorias sem que deixasse de ter atenção ao papel e ao espaço dos poderes políticos. O ativismo judicial da Corte Warren teria “preservado o espaço reservado ao constitucionalismo popular ao tempo do *New Deal*”. Ao contrário, a Corte Rehnquist se colocou como o “rei do pedaço” – seu ativismo “explicitamente deneg[ou] ao povo *qualquer* papel na determinação do progressivo significado de sua constituição” e, por isso, deve ser julgado como o exemplo mais perverso de *soberania judicial*.²⁰⁸

E com certeza, *Bush v. Gore* é o exemplo mais apontado dessa perversidade.²⁰⁹ O uso da *equal protection clause* da XIV Emenda para justificar a “infame decisão” é tido como um forte indício de que as posições assumidas pelos conservadores da Corte podem resultar mais de seus comprometimentos com a visão da política norte-americana pós-1968 (a partir de Nixon) que com o sentido de fidelidade ao entendimento original do texto constitucional.²¹⁰ Cass Sunstein disse que “*Bush v. Gore* pode bem ser tida como um símbolo da tendência da Corte na direção do ativismo judicial de direita, e certamente ela merece ser.”²¹¹

Para Sunstein, os Presidentes Republicanos nomearam “radicais de toga” – juízes fundamentalistas, sem qualquer interesse em restrição judicial, mas com disposição de anular os atos do Congresso e dos governos estaduais para prevalecer a plataforma Republicana; ainda que não tenham feito tudo que os “extremistas desejavam”, a Corte Rehnquist praticou um “ativismo sem paralelo na história da nação” ao declarar inconstitucionais diversas leis federais entre 1985 e 2005. E por conta da agressividade com que esses juízes incorporaram na Constituição as plataformas

1999, p. 175-182; a emenda: “The provisions of this Constitution shall not be cognizable by any court.” Cf., principalmente, TUSHNET, Mark. *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*. Op. cit.

²⁰⁷ KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Op. cit.

²⁰⁸ KRAMER, Larry. We The Court. *Harvard Law Review*, vol. 115 (1), 2001, p. 128/130.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. Introduction. In: _____. (Ed.) *A Badly Flawed Election*. Op. cit., p. 64: o autor acusou a maioria conservadora da Corte Rehnquist, em *Bush v. Gore*, de intervir no processo democrático não como uma “questão de princípio constitucional”, mas sim como reflexo de um “autointeresse profissional”.

²¹⁰ Alguns autores destacam que, apesar de todo o potencial crítico da decisão, a Corte não sofreu qualquer abalo em seu prestígio institucional; cf. FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., p. 323/324; SEIDMAN, Louis Michael. *Our Unsettled Constitution. A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*. New Haven: Yale University Press, 2001, p. 3.

²¹¹ SUNSTEIN, Cass. Lawless Order and Hot Cases. In: DWORKIN, Ronald (Ed.) *A Badly Flawed Election*. Op. cit., p. 104.

partidárias que defendiam os políticos que os nomearam, para Sunstein, a defesa da “strict construction” deve ser considerada, no mínimo, obscura.²¹²

Não se pode mesmo negar que “strict construction” e “restrição judicial” não fizeram parte do universo prático da Corte Rehnquist. O originalismo não passou de uma roupagem jurídica para o propósito de transformação da Constituição na direção do conservadorismo, sendo, portanto, também mais *Política* do que *Direito*. Nas palavras de Post e Siegel, os originalistas da Corte Rehnquist “reinterpreta[ram] o passado em ordem a servir aos fins conservadores”, sendo o originalismo então a “‘living constitution’ da direita”.²¹³ O originalismo foi (e é) uma prática política *fora* e *dentro* da Corte – retórica dos políticos Republicanos para angariar apoio popular para seus projetos de transformação constitucional e justificar suas nomeações para as cortes federais; e ferramenta discursiva dos juízes conservadores para reescrever o direito constitucional na direção de suas agendas.

A prática do originalismo tem sido qualquer coisa, menos restrição judicial. Em diversas áreas, a ideologia liberal foi substituída por posições mais moderadas ou conservadoras pela Corte Rehnquist, mas o ativismo judicial foi sempre instrumental a esse processo, tendo apenas mudado de lado – não mais liberal, e sim conservador, porém, ainda assim, ativismo judicial. É nesse sentido que Erwin Chemerinsky denuncia a “hipocrisia da retórica conservadora sobre restrição judicial”: “conservadores são igualmente dispostos a ser ativistas (...) quando isso servir a sua agenda ideológica”.²¹⁴ Esse é o tom honesto do debate.

O contra-ataque republicano, por meio das Cortes Burger e Rehnquist, ao ativismo judicial da Corte Warren, reforça a afirmação do papel influente que a política pode cumprir na direção das decisões ativistas. Ademais, mostra também uma *fina ironia* – os Republicanos fortaleceram a Suprema Corte para superar as doutrinas da Corte Warren, já que não poderiam fazê-lo pelo processo de emenda constitucional; mas essa estratégia produziu ativismo judicial das *novas Cortes* e uma tensão com a própria defesa da restrição judicial feita pelo Partido. Mas isso não foi o problema! “Strict construction”, “restrição judicial” e leitura original da Constituição, na verdade, visaram apenas encobrir o verdadeiro propósito da plataforma Republicana: avançar seus fins substantivos conservadores contra os valores liberais da Era Warren. Não foi restrição judicial, mas sim, *ativismo v. ativismo*.²¹⁵ Essa é a lição.

5. O Momento Atual do Debate: de Volta a *Lochner Era*?

Com a morte de Rehnquist (2005) e a aposentadoria de O’Connor (2006), o segundo Bush pôde dar início a uma “nova Corte”. Repetindo seus antecessores

²¹² SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes*. *Op. cit.*, 2005, p. 12/17.

²¹³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution. *Fordham Law Review*, vol. 75 (2), 2006, p. 566.

²¹⁴ CHERMERINSKY, Erwin. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2010, p. 250.

²¹⁵ DORF, Michael C. *No Litmus Test: Law versus Politics in the Twenty-First Century*. *Op. cit.*, p. 5: em tom jocoso, “(...) o ativismo judicial está morto; longa vida ao ativismo judicial”.

Republicanos, Bush dizia acreditar em “strict constructionists”, em juízes “que não legislam da Corte” e “que não usam o cargo para escrever política social”, mas que apenas “interpretam estritamente a Constituição”. Ele declarou que o originalista Antonin Scalia era seu juiz preferido, mostrando todo seu “afeto” pelo originalismo e que, quando exigia “interpretação estrita da Constituição”, queria mesmo dizer “aplicação de seus significados originais”.²¹⁶

Com o propósito de mover a Suprema Corte para a extrema direita, Bush nomeou John Roberts para *Chief Justice* e Samuel Alito para a vaga de O’Connor. Ele não cometeu o mesmo erro de seu antecessor, Bill Clinton, que nomeou “liberais”, somente moderados (Ruth Ginsburg e Stephen Breyer).²¹⁷ Os escolhidos de Bush são extremistas – Roberts é tão conservador quanto Rehnquist; Alito, diferente de O’Connor, invariavelmente conservador. No Senado Federal, eles defenderam a restrição judicial – Roberts utilizou a analogia do árbitro de beisebol (*umpire*): “Juizes são como árbitros de beisebol. Árbitros não fazem as regras; eles as aplicam”; Alito disse que o juiz deve “ser verdadeiro aos princípios expressos na Constituição, e não aos seus próprios princípios”.²¹⁸ Essa retórica de “juizes legalistas”²¹⁹ convenceu bem o Senado e suas nomeações foram aprovadas sem acidentes.

Roberts e Alito juntaram-se a Scalia e a Thomas e formaram o que Ronald Dworkin chamou de “indestrutível falange” de ultradireita, que seria guiada “por fidelidade partidária, cultural e, talvez, religiosa”, “inclinada a refazer o direito constitucional”. Para Dworkin, “Alito, Roberts, Scalia, e Thomas são juizes com uma missão”:

Destruir as importantes normas constitucionais que uma longa série de juizes anteriores construiu e modelou nas décadas que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, e substituí-las por princípios mal elaborados que dificultam ou mesmo eliminam o direito ao aborto, proibem qualquer uso de políticas de consciência racial para atenuar injustiças raciais, bloqueiam qualquer tentativa de reduzir o poder econômico no processo político norte-americano e permitem ao Poder Executivo poderes quase ditatoriais na chamada “guerra” contra o terror.²²⁰

Nas questões mais relevantes e controvertidas, o voto decisivo tem sido de Anthony Kennedy. Na Corte Rehnquist, ele dividia com O’Connor o papel de *swing*

²¹⁶ TOOBIN, Jeffrey. *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. Op. cit., p. 302/303.

²¹⁷ SUNSTEIN, Cass. *Lawless Order and Hot Cases*. In: DWORKIN, Ronald (Ed.) *A Badly Flawed Election*. Op. cit., p. 77: sobre a composição da Corte que julgou *Bush v. Gore*, que decidiu a sucessão de Bill Clinton – “Existem moderados, mas nenhum liberal, na Suprema Corte dos Estados Unidos”.

²¹⁸ PETTYS, Todd E. *Judicial Discretion in Constitutional Cases*. *Journal of Law & Politics*, vol. 26 (2), p. 133/134.

²¹⁹ POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Op. cit., p. 78.

²²⁰ DWORKIN, Ronald. *The Supreme Court Phalanx. The Court’s New Right-Wing Bloc*. New York: New York Review Books, 2008, p. xii-45/47.

voter, mas na Corte Roberts tem sido o quinto e decisivo voto, a ponto de alguns autores falarem em "Anthony Kennedy Court".²²¹ Kennedy tem na maior parte das vezes favorecido posições conservadoras e, desse modo, ainda em seu sexto ano, a Corte Roberts tem sido apontada por alguns como a mais conservadora desde a *Old Court* dos anos 30:²²² ela limitou ainda mais as garantias dos acusados de crimes;²²³ restringiu a liberdade de expressão de setores fragilizados;²²⁴ inovou na interpretação da Segunda Emenda para impedir o governo federal (*Heller*)²²⁵ e os estados (*McDonald*)²²⁶ de proibir a posse de armas; reduziu o alcance de ações afirmativas raciais²²⁷ e permitiu restrições à prática de aborto.²²⁸ Contudo, diferente do que consta na "profecia" de Dworkin, a Corte não deu apoio à "guerra contra o terror" de Bush.²²⁹

Mas nenhuma outra decisão tem suscitado mais questionamentos do que *Citizens United v. Federal Election Commission*.²³⁰ Seguindo o voto de Kennedy, a Corte abandonou a leitura restritiva da liberdade de expressão, que havia feito em detrimento de setores menos privilegiados, e ampliou seu escopo para assegurar às empresas e aos sindicatos "um direito constitucional a utilizar seu poder econômico para participar de campanhas políticas e influenciar o resultado do voto popular sem qualquer regulação pública significativa".²³¹ Essas pessoas jurídicas seriam titulares, na mesma medida que as pessoas naturais, do direito à liberdade de expressão da Primeira Emenda e isso inclui a possibilidade de gastarem recursos ilimitados no financiamento de campanhas eleitorais sem que o Congresso pudesse restringir esse direito nem mesmo em favor da equidade do processo democrático-eleitoral.

Citizens United é acusada de ter sido um exercício flagrante e ilegítimo de ativismo judicial. Superando antigo precedente (*Austin*)²³² e faltando com deferência ao Congresso em matéria de alta voltagem política, a Corte Roberts aplicou um direito não previsto na Constituição, construindo-o por meio de uma interpretação bastante ampliativa da Primeira Emenda. Em constitucionalizar o direito de ampla participação das grandes corporações econômicas e dos sindicatos no financiamento de eleições como exercício de liberdade de expressão, a Corte excluiu do Congresso o poder de regular o processo eleitoral e de prevenir sua corrupção, mudando as regras do jogo e interferindo nos resultados das eleições.

²²¹ Cf. CHEMERINSKY, Erwin. The Roberts Court and Freedom of Speech. *Federal Communications Law Journal*, vol. 63 (3), 2011, p. 580: "When it matters most, it is the Anthony Kennedy Court".

²²² CHEMERINSKY, Erwin. The Roberts Court at Age Three. *Wayne Law Review*, vol. 54 (3), 2008, p. 948.

²²³ *Kansas v. Marsh*, 548 U.S. 163 (2006); *Hudson v. Michigan*, 547 US 586 (2006).

²²⁴ *Garceiti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006); *Morse v. Frederick*, 551 U.S. 393 (2007); *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. ____ (2010).

²²⁵ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

²²⁶ *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. ____ (2010).

²²⁷ *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District n° 1*, 551 U.S. 701 (2007).

²²⁸ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

²²⁹ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

²³⁰ 558 U.S. ____ (2010). Essa decisão foi reafirmada em 567 U.S. ____ (2012), decidida em 25/06/2012.

²³¹ MONKS, Robert A.G.; MURRAY, Peter L. Conservative Activist Judges Endanger America. In: BERLATSKY, Noah (Ed.) *Judicial Activism*. Detroit: Greenhaven Press, 2012, p. 27.

²³² *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 692 (1990). No mesmo sentido: *McConnell v. Federal Election Commission*, 540 U.S. 93 (2003).

O *Chief Justice* Roberts defendeu veementemente a decisão. Em sua *concurring opinion*,²³³ Roberts afirmou que o “texto e propósito da Primeira Emenda apontam (...) na direção de o Congresso não poder proibir a liberdade de expressão em matéria política, mesmo no caso de uma empresa ou sindicato”. Para ele, a única dificuldade do caso seria saber se a Suprema Corte poderia superar seu precedente em *Austin*. Ele preocupou-se então em explicar a não implicação no caso dos “princípios da restrição judicial e *stare decisis*”, e assim justificar o porquê de ser legítima a superação desse precedente.

Contestando a acusação da minoria vencida (voto do *Justice* Stevens) no sentido de a maioria conservadora “não ser séria sobre restrição judicial”, Roberts disse ser necessário diferenciar “entre restrição judicial e abdicação judicial”. Em suas palavras, “apesar de a fidelidade ao precedente [ser] vital ao próprio exercício da função judicial”, a Suprema Corte “deve ponderar a importância de se ter questões *decididas* com a importância de se ter *decisões corretas*.” “*Stare decisis* não é um fim em si mesmo”, de modo que, se a “fidelidade ao precedente estiver fazendo mais mal do que bem ao ideal de *rule of law*”, então será o momento de superar esse precedente. Para Roberts, esse era o momento de *Austin*: “[a] aderência continuada a *Austin* ameaça subverter o desenvolvimento ‘principlológico e inteligível’ de nossa jurisprudência da Primeira Emenda”. Com esse raciocínio, o *Chief Justice* deixou claro que o comprometimento com a restrição judicial é relativo, o que significa que o “árbitro” não é tão neutro quanto disse e pode sim mudar as regras do jogo.

Decisões como *Citizens United* provam que analogias como a do “árbitro de beisebol”, assim como os apelos à “strict construction” e ao originalismo, entre outros instrumentos retóricos Republicanos, não passam mesmo de discursos enganosos dirigidos para mascarar o que realmente ocorre nesses casos: ativismo judicial. Roberts e Alito, assim como Scalia, Thomas, Kennedy e alguns outros nomeados pelos ex-presidentes Republicanos, não são e não têm sido juízes que pura e neutralmente aplicam os *significados originais da Constituição*. Ao contrário, eles criam regras e princípios próprios de forma assertiva e expansiva para assegurar a prevalência do resultado que acham o mais adequado.

Tem sido comum também a acusação da jurisprudência da Corte Roberts, assim como no passado havia sido a Corte Lochner, ser parcial às corporações econômicas e à desregulação do mercado. Diferentes decisões favorecem essa acusação²³⁴ e *Citizens United* tem sido apontada como o melhor exemplo.²³⁵ Com efeito, além de *Citizens*, também *Heller* e *McDonald* têm dado uma impressão de *déjà vu*: a falta de deferência ao legislador em favor dos economicamente poderosos. Tem-se assistido a uma renovação da hostilidade da Suprema Corte em relação a leis que regulam a

²³³ Disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf>. Acesso em: 07/02/2012.

²³⁴ Além das citadas *Heller* e *McDonald*, cf. *Philip Morris USA v. Williams*, 549 US 346 (2007); *Exxon Shipping Company v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008); *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618 (2007).

²³⁵ Na realidade, *Citizens* pode ser vista como uma decisão voltada aos interesses eleitorais principalmente do Partido Republicano porque, historicamente, esse é o partido que mais arrecada recursos das grandes empresas e corporações econômicas para suas campanhas eleitorais. Sua linha ideológica mais favorável ao liberalismo econômico, comparado à do Partido Democrata, o aproxima mais das forças econômicas do país.

economia ou procuram limitar a influência do poder econômico e isso vem ocorrendo em detrimento dos consumidores, dos trabalhadores e da equidade do processo político-eleitoral.

A maioria da Corte Roberts tem sido denunciada não só como a mais conservadora, mas também a mais pró-empresas e antirregulatória desde a *Old Court*, que nos anos 30 desafiou o *New Deal* de Roosevelt.²³⁶ Os críticos acusam que a Corte Roberts tem construído sua agenda com demandas predominantemente de empresas e de importantes corporações, diferente da Corte Warren que privilegiava demandas envolvendo direitos individuais e da Corte Rehnquist que julgava mais processos sobre os poderes dos estados. Haveria uma clara estratégia da Corte para favorecer esse segmento privilegiado da sociedade.

Já se fala então de um *ativismo judicial libertário* travestido de originalismo ou de textualismo, da volta à *Gilded Age* e ao *laissez faire*. A Corte Roberts seria a “réplica do século XXI das cortes da era *Lochner*”. Contudo, em vez da XIV Emenda, da dimensão substancial do devido processo legal e da liberdade de contrato que marcaram o ativismo judicial conservador daquela época, a arma da Corte Roberts é a Primeira Emenda e a liberdade de expressão – é a defesa do *laissez faire* na *Era da Informação*.²³⁷

Comparando *Lochner* e *Citizens United* sob a perspectiva metodológica predominante na Corte Roberts – o originalismo – é possível dizer que *Citizens* é ainda mais distante do sentido original da Constituição do que foi *Lochner*. É mais sustentável que os *founding fathers* pensassem em um direito individual “natural” de contratar livremente nos sécs. XVIII e XIX e que isso tenha sido incorporado à Constituição e às suas emendas do que em um direito constitucional originário das corporações econômicas à liberdade de expressão e que isso ainda implique o direito dessas pessoas jurídicas à livre influência econômica sobre os processos político-eleitorais da época.²³⁸ Seguindo a linha metodológica originalista dos recentes Presidentes Republicanos, da Corte Rehnquist e da própria Corte Roberts, parece que *Citizens United* foi ainda mais ativista do que *Lochner*.

Essa perspectiva *lochneriana* da Corte Roberts permite dizer da renovação de um embate histórico: de um lado, um Presidente Democrata, Barak Obama, inclinado a políticas públicas de transformação e inclusão social; de outro, uma Corte dominada por uma maioria de juízes conservadora e nomeada por Presidentes Republicanos. Obama enfrenta desafio similar ao que Roosevelt superou em face da *Old Court* – ver suas principais políticas públicas julgadas por uma maioria da Suprema Corte ideologicamente oposta às mesmas. Isso se tornou especialmente problemático em face da ameaça de a Suprema Corte julgar inconstitucional a principal conquista

²³⁶ CHEMERINSKY, Erwin. Conservative Judicial Activism. *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 44 (3), 2011, p. 865.

²³⁷ PURDY, Jedediah. The Roberts Court v. America. *Democracy. A Journal of Ideas*, vol. 23, Inverno de 2012, p. 47/48. Disponível em <http://democracyjournal.org/>. Acesso em: 12/01/2012.

²³⁸ Em sentido contrário, defendendo que o significado original da Primeira Emenda previa a liberdade de expressão das empresas como “liberdade de expressão em associação com outros indivíduos, incluindo associação sob a forma empresarial”, cf. o voto de Antonin Scalia em *Citizens United*.

legislativa do governo Obama no terreno da política doméstica – o *Obamacare* (*Affordable Care Act*), programa de reforma do sistema de saúde.

Esse programa de Obama tem o propósito de aumentar a cobertura de seguro-saúde e de diminuir o custo da saúde pública. A provisão mais polêmica da lei é a que cria o “mandato individual” (*individual mandate*) (26 U.S.C. §5000A). Trata-se de previsão do dever (*shall*) do cidadão norte-americano de adquirir para si e para seus dependentes seguro-saúde para cobertura de necessidades médicas essenciais. Na hipótese de não cumprimento desse dever, seria imposta uma “multa com respeito a tal falha” (*penalty with respect to such failure*).

O julgamento foi marcado para junho de 2012 e a expectativa era que a Corte Roberts se dividisse, mais uma vez, entre liberais – a favor da política pública do Presidente Democrata – e conservadores – contra o programa – e que o *swing vote* de Anthony Kennedy decidisse a questão, provavelmente contra a política do Presidente Democrata, rejeitando qualquer deferência ao poder do Congresso Nacional. O custo político dessa decisão seria enorme diante de seus reflexos negativos para as eleições presidenciais de novembro do mesmo ano, quando Obama tentará sua reeleição.²³⁹ Nesse ambiente desafiador, o Presidente advertiu publicamente a Suprema Corte dos perigos do... *ativismo judicial*.

Em declaração de enorme repercussão pública, feita em abril de 2012, Obama disse estar “confiante que a Suprema Corte não tomar[ia] o que seria um passo extraordinário e sem precedentes de derrubar uma lei aprovada por uma forte maioria de um Congresso democraticamente eleito”. Ele dirigiu-se aos *Justices* conservadores para lembrá-los “que, por anos, escutamos que o maior problema da Corte foi o *ativismo judicial*, ou uma *falta de restrição judicial*” – a falta de deferência a “leis devidamente aprovadas e promulgadas” – e que o julgamento do *Obamacare* era um “ótimo momento” para a Corte Roberts mostrar que tem consciência disso.²⁴⁰ É claro que conservadores de todo o país, inclusive juízes federais de cortes inferiores, reagiram e acusaram Obama de tentar intimidar a Suprema Corte, de lhe fazer pressão política indevida. Exagerando um pouco, a ABC News resumiu o ocorrido da seguinte forma: na disputa “Obama vs. Suprema Corte, a Política não Conhece Limites”.²⁴¹

O julgamento ocorreu em 28/06/2012 e seu resultado foi, no mínimo, uma grande surpresa. Principalmente, em função da divisão dos votos. A maioria da Corte declarou o *mandato individual* constitucional, com os quatro liberais votando em sustentá-lo e sendo acompanhados por John Roberts Jr., o *Chief Justice* em pessoa. Dessa feita, não foi a “Corte Kennedy” que decidiu, foi a *Corte Roberts*.²⁴² A maioria

²³⁹ Isso se tornava ainda mais problemático tendo em conta que a lei do *Obamacare* não possuía apoio popular sólido, principalmente a exigência de compra de seguro-saúde individual.

²⁴⁰ <<http://www.reuters.com/article/2012/04/02/us-obama-healthcare-idUSBRE8310WP20120402>>. Acesso em: 14/04/2012.

²⁴¹ É o título da reportagem de 04/04/2012: “Obama vs. Supreme Court, Politics Knows No Bounds”. <<http://abcnews.go.com/Politics/OTUS/obama-supreme-court-politics-bounds/story?id=16072375&page=2>>. Acesso em: 14/04/2012.

²⁴² *National Federation of Independent Business et al v. Sbelius, Secretary of Health and Human Services et al*, 567 U.S. ____ (2012).

conservadora, incluindo Roberts, negou a validade do *mandato individual* como exercício do poder constitucional do Congresso em regular o comércio (*Commerce Clause*), afirmando que o Governo Federal não está autorizado a forçar os indivíduos a comprar serviços (seguro-saúde) que eles não desejam. Contudo, escrevendo o voto vencedor do julgado, Roberts defendeu que o *mandato individual* poderia ser declarado constitucional como exercício legítimo do poder do Congresso de “impor e arrecadar tributos” (*lay and collec Taxes*; art. I, §8º, cl. 1).

Para o *Chief Justice*, o *mandato individual*, embora originalmente pensado como uma obrigação de compra de seguro-saúde cuja inadimplência geraria uma multa, pode ser caracterizado também como um tributo, embora essa interpretação não fosse “a mais natural”,²⁴³ mas apenas “razoavelmente possível” e justificada para salvar a constitucionalidade da lei.²⁴⁴ Roberts “desconsider[ou] o rótulo” para dar valor à “substância e à aplicação” da exação como um tributo.²⁴⁵ Ele disse que essa manobra interpretativa era necessária porque “juízes não eleitos devem ser extremamente relutantes em rejeitar a decisão de um legislativo eleito” – “não é tarefa da Suprema Corte”, prosseguiu, “proteger o povo das consequências de suas escolhas políticas”, pois esse “julgamento é confiado aos líderes eleitos da Nação”.

Roberts procurou atribuir um sentido normativo ao *Obamacare* que permitisse à Suprema Corte ser deferente ao Congresso e ao Presidente. Suas explicações demonstram isso, mas é difícil acreditar que ele, da noite para o dia, tenha se tornado um “campeão da autorrestrição judicial”. Seus votos anteriores, principalmente em *Citizens*, sempre mostraram um *Chief Justice* muito disposto para invalidar leis federais ou estaduais e superar precedentes antigos da Corte, tudo para alcançar o resultado favorecido pela direita política do país – o Partido Republicano. O que pode então explicar, em um caso tão importante para os rumos políticos do país, que Roberts tenha decidido votar, pela primeira vez, sozinho com a ala liberal da Suprema Corte e, com isso, tenha favorecido o Partido Democrata e seu Presidente, Barack Obama, logo em ano de eleição presidencial?

²⁴³ DWORKIN, Ronald. A Bigger Victory Than We Knew, *The New York Review of Books*, de 13/07/2012, aplaudiu a decisão, mas não concordou com o argumento de Roberts de que seria “artificial considerar o mandato individual um tributo”. Para ele, “essa descrição captura a justificação real para o mandato em termos de moralidade constitucional” – “justiça dentro de uma comunidade política requer que os riscos mais catastróficos da vida econômica e social sejam compartilhados por todos”. “Todos devem cumprir suas responsabilidades morais para com os membros da sociedade, além de proteger-se contra seu próprio infortúnio” e a tributação tem sido “o meio mais tradicional” de a sociedade “compartilhar esses riscos”.

²⁴⁴ O caráter de “interpretação salvadora” (*saving construction*) fica muito evidenciado no trecho de seu voto que responde à objeção da *Justice* Ginsburg pela manutenção da constitucionalidade pela *Commerce Clause*: “A lei interpreta-se mais naturalmente como uma ordem de compra de seguro do que como um tributo. Eu sustentaria essa norma se a Constituição permitisse. É apenas porque a *Commerce Clause* não autoriza tal interpretação que é necessário chegar à questão do poder de tributar. E é apenas porque nós temos um dever de interpretar uma lei para salvá-la, se isso for razoavelmente possível, que o §5000A pode ser interpretado como um tributo”.

²⁴⁵ Em suas palavras: “É claramente verdade que a lei descreve o pagamento como uma ‘multa’, não como um ‘tributo’. (...) mas (...) esse rótulo (...) não determina se o pagamento pode ser visto como exercício do poder de tributar do Congresso”.

O quanto a advertência de Obama por uma postura de autorrestrição judicial e deferência ao Congresso Nacional influenciou a Roberts é algo muito difícil de medir. Mas, certamente, cumpriu algum papel. Em um caso já altamente publicizado, Obama, com a repercussão de suas declarações, tornou pública a discussão sobre se a rejeição do *Obamacare* poderia colocar a Suprema Corte em uma condição definitiva de *corte partidária* perante a opinião pública. Obama antecipou o tom da crítica: a rejeição do *Obamacare* seria um caso de abuso de poder judicial, *de ativismo judicial ilegítimo*; a Suprema Corte *não passaria de apenas mais uma instituição política, nada tendo de corte de justiça*. As declarações de Obama certamente contribuíram para que Roberts, como *Chief Justice*, tivesse aumentada sua preocupação com a legitimidade institucional da Suprema Corte. E é, sem dúvida, uma parte muito importante da responsabilidade do *Chief Justice* zelar pelo respeito público à Corte.

Sem embargo, o temor pela perda de prestígio institucional perante a *opinião pública* pode fazer parte do conjunto de variáveis decisórias das cortes²⁴⁶ e, considerando a responsabilidade do *Chief Justice* em cuidar do capital de legitimidade da Suprema Corte, é possível que o recuo de Roberts em seu costumeiro ativismo judicial conservador tenha respondido a necessidades estratégicas,²⁴⁷ inclusive fomentadas pelas declarações de Obama. Mais uma vez, pode ser dito que a política cumpriu algum papel na direção da interpretação final da Suprema Corte em um caso crucial, cujo resultado teria enorme repercussão política e social. Direito e Política interagiram mais uma vez e o resultado, dessa feita, foi o recuo do ativismo judicial. Certamente, não se tratou de um recuo definitivo, mas apenas de mais uma etapa do *eterno embate político-ideológico* em torno do binômio ativismo judicial-autorrestrição judicial da Suprema Corte em julgar casos cruciais. Nos Estados Unidos, o estado e a direção do ativismo judicial são sempre provisórios.

6. Conclusão

Os acontecimentos narrados neste texto revelam as premissas fundamentais que, segundo acredito, devem nortear toda e qualquer construção teórica do ativismo judicial. O ativismo judicial se revela por diferentes dimensões (interpretação constitucional e legal criativa; autoexpansão de poder decisório; avanço de direitos indeterminados; falta de deferência aos outros poderes), ele não pode ser considerado puro e simplesmente uma atitude deliberada dos juízes, mas responde a diferentes fatores exógenos e endógenos, mais destacadamente elementos políticos que podem tanto constrangê-lo como utilizá-lo como instrumento de preservação ou mesmo ampliação de poder; as decisões ativistas podem ser politicamente muito impactantes e isso mostra como ativismo judicial e política praticam, na realidade, um jogo complexo de implicações recíprocas.

²⁴⁶ BAUM, Lawrence. *The Puzzle of Judicial Behavior*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997, p. 48/49: “aceitação social é relevante, e juízes seriam um grupo diferente de pessoas se nenhum deles fosse preocupado com respeito e popularidade fora da Corte”.

²⁴⁷ Como defendem Lee Epstein e Jack Knight, *The Choices Justices Make*, *Op. cit.*, p. 10, “juízes são atores estratégicos que entendem que sua habilidade para alcançar objetivos depende da consideração das preferências dos outros atores, das escolhas que eles esperam que esses outros atores façam e do contexto institucional em que eles atuam”.

Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 66, 2002, p. 13/14.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 250, Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 5/12.

BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

BARNETT, Randy. Constitutional Clichés. *Capital University Law Review*, vol. 36 (3), 2008, p. 493/510.

BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 309/345.

BAUM, Lawrence. Understanding Courts as Policy Makers. *American Bar Foundation Research Journal*, vol. 8 (1), 1983, p. 241/250.

_____. *The Puzzle of Judicial Behavior*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997.

_____. *The Supreme Court*. 10ª ed., Washington: CQ Press, 2010.

BERNSTEIN, David E. *Rehabilitating Lochner. Defending Individual Rights against Progressive Reform*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

BICKEL, Alexander M. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New Haven: Yale University Press, 1978.

_____. The Passive Virtues. *Harvard Law Review*, vol. 75 (1), 1961, p. 40/79.

BLACK, Hugo. The Bill of Rights. *New York University Law Review*, vol. 35 (4), 1960, p. 865/881.

BLACK JR., Charles L. *The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*. New York: Macmillan, 1960.

BLASI, Vincent (Ed.) *The Burger Court: The Counter-revolution that wasn't*. New Haven: The Yale University Press, 1983.

BLOOM JR., Lackland H. *Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2009.

BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. 1ª ed. New York: Touchstone, 1990.

_____. *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*. Washington: The AEI, 2003.

BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf, 2010.

BURNS, James MacGregor. *Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. New York: Penguin Press, 2009.

CARTER, John Denton. *The Warren Court and the Constitution. A Critical Vision of Judicial Activism*. Gretna: Pelican Publishing Company, 1973.

CHEMERINSKY, Erwin. The Roberts Court at Age Three. *Wayne Law Review*, vol. 54 (3), 2008, p. 947/982.

_____. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2010.

_____. The Roberts Court and Freedom of Speech. *Federal Communications Law Journal*, vol. 63 (3), 2011, p. 579/590.

_____. Conservative Judicial Activism. *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 44 (3), 2011, p. 863/888.

CLARK, Tom S. *The Limits of Judicial Independence*. New York: Cambridge University Press, 2011.

COVER, Robert M. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. *Yale Law Journal*, vol. 91 (7), 1982, p. 1.287/1.316.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review*, vol. 91 (6), 2007, p. 1.752/1.784.

_____. *Measuring Judicial Activism*. New York: Oxford University Press, 2009.

DAHL, Robert A. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, vol. 6 (2), 1957, p. 279/295.

DORF, Michael C. *No Litmus Test: Law versus Politics in the Twenty-First Century*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2006.

DOW, David R. *America's Prophets. How Judicial Activism makes America Great*. Westport: Praeger, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *A Badly Flawed Election*. New York: New Press, 2002.

_____. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. *The Supreme Court Phalanx. The Court's New Right-Wing Bloc*. New York: The New York Review of Books, 2008.

_____. A Bigger Victory Than We Knew. *The New York Review of Books*, 2012.

EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism? *Colorado Law Review*, vol. 73 (4), 2002, p. 1.401/ 1.416.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington: CQ Press, 1998.

EPP, Charles R. *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago: The Chicago University Press, 1998.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FISS, Owen. A Life Lived Twice. *Yale Law Journal*, vol. 100 (5), 1991, p. 1.117/1.130.
_____. Between Supremacy and Exclusivity. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed.). *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 452/467.

FRANKFURTER, Felix. Some Reflections on the Reading of Statues. In: O'BRIEN, David M. (Ed.) *Judges on Judging. Views from the Bench*. Washington: CQ Press, 2009, p. 281/290.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, vol. 91 (4), 1993, p. 577/682.

_____. The Birth of an American Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five. *Yale Law Journal*, vol. 112 (2), 2002, p. 153/259.

_____. *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press, 2003.

GOLDSTEIN, Joel K. Leading the Court: Studies in Influence as Chief Justice. *Stetson Law Review*, vol. 40 (3), 2011, p. 717/761.

GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. *Annual Review of Political Science*, vol. 8, 2005, p. 425/451.

GRAGLIA, Lino A. It's not Constitutionalism, It's Judicial Activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 19 (2), 1995, p. 293/299.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, vol. 58 (5), 2009, p. 1.195/1.263.

GREENE, Jamal. The anticanon. *Harvard Law Review*, vol. 125 (2), 2011, p. 379/475.

HAND, Learned. *The Bill of Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1958.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOROWITZ, Donald. L. *The Courts and Social Policy*. Washington: The Brookings Institution, 1977.

HORWITZ, Paul. Three Faces of Deference. *Notre Dame Law Review*, vol. 83 (3), 2008, p. 1.061/1.146.

HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. New York: Hill and Wang, 1998.

KAPISZEWSKI, Diana. _____. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protection? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. (Ed.) *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 154/186.

KECK, Thomas M. *The Most Activist Supreme Court in History. The road to modern judicial conservatism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". *California Law Review*, vol. 92 (5), 2004, p. 1.441/1.477.

KRAMER, Larry D. We the Court. *Harvard Law Review*, vol. 115 (1), 2001, p. 5/169. _____ . *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

LEVIN, Mark. *Men in Black. How the Supreme Court is destroying America*. Washington: Regnery, 2005.

LEWIS, Frederick P. *The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age*. Lanham: Rowman & Littlefield Publ., 1999.

LUBAN, David. Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint. *Duke Law Journal*, vol. 44 (3), 1994, p. 449/523.

MARSHALL. William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. *Colorado Law Review*, vol. 73 (4), 2002, p. 1.217/1.256.

McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. 5ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.

McWHINNEY, Edward. *Judicial Review in the English-Speaking World*. Toronto: University of Toronto Press, 1956.

MEESE III, Edwin. The Law of the Constitution. *Tulane Law Review*, vol. 61 (5), 1987, p. 979/990.

_____. Toward a Jurisprudence of Original Intent. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 11 (1), 1988, p. 6/12.

MENDELSON, Wallace. The Orthodox, or Anti-Activist, View – Mr. Justice Frankfurter. In: FORTE, David F. (Ed.) *The Supreme Court in American Politics. Judicial Activism v. Judicial Restraint*. Lexington: D.C. Heath and Co., 1972, p. 23/27.

_____. The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. *Vanderbilt Law Review*, vol. 31 (1), 1978, p. 71/87.

_____. Was Chief Justice Marshall an Activist? In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington: Lexington Books, 1982, p. 57/76.

MONKS, Robert A.G.; MURRAY, Peter L. Conservative Activist Judges Endanger America. In: BERLATSKY, Noah (Ed.) *Judicial Activism*. Detroit: Greenhaven Press, 2012, p. 25/37.

O'BRIEN, David M. *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*. 8ª ed. New York: W.W. Norton & Company, 2008.

PETTYS, Todd E. Judicial Discretion in Constitutional Cases. *Journal of Law & Politics*, vol. 26 (2), 2011, p. 123/178.

POSNER, Richard A. _____. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. *Fordham Law Review*, vol. 75 (2), 2006, p. 545/575.

_____. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 42, 2007, p. 373/433.

POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

PURDY, Jedediah. The Roberts Court v. America. *Democracy. A Journal of Ideas*, vol. 23, Inverno de 2012. Disponível em: <http://democracyjournal.org/>.

RINGHAND, Lori A. Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court. *Constitutional Commentary*, vol. 24 (1), 2007, p. 43/102.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

ROBERTS, Caprice L. In Search of Judicial Activism: Danger in Quantifying the Qualitative. *Tennessee Law Review*, vol. 74 (4), 2007, p. 567/621.

ROBERTSON, David. *The Judges as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

ROCHE, John P. A Structural Interpretation. In: FORTE, David F. (Ed.). *The Supreme Politics. Judicial Activism v. Judicial Restraint*. Lexington: D.C. Heath and Co., 1972, p. 8/12.

ROOSEVELT III, Kermit. *The Myth of Judicial Activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006.

ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* 2ª ed., Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57 (3), 1989, p. 849/865.

_____; GARNER, Bryan A. *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*. St. Paul: West, 2012.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 73/212.

SCHICK, Marvin. Judicial Activism on the Supreme Court. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington Books, 1982, p. 37/56.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press, 2002.

SEIDMAN, Louis Michael. *Our Unsettled Constitution. A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*. New Haven: Yale University Press, 2001.

_____. A contextual Judicial Review. *Cardozo Law Review*, vol. 32 (4), 2011, p. 1.143/1.181.

SHAPIRO e TRESOLINI. *American Constitutional Law*. 4ª ed. New York: Macmillian Publishing, 1975.

STRAUSS, David A. Why was *Lochner* Wrong? *The University of Chicago Law Review*, vol. 70 (1), 2003, p. 373/386.

SUNSTEIN, Cass R. Lawless Order and Hot Cases. In: DWORKIN, Ronald (Ed.) *A Badly Flawed Election*. New York: The New Press, 2002, p. 76/104.

_____. *The Second Bill of Rights. FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. New York: Basic Books, 2004.

_____. *Radicals in Robes*. New York: Basic Books, 2005.

_____. *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

_____. *A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power?. In: _____. VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p. 27/37.

THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, *Harvard Law Review*, vol. 7 (3), 1893, p. 129/156.

TOOBIN, Jeffrey. *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. New York: Anchor Books, 2007.

TRIBE, Laurence H. *God Save This Honorable Court. How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History*. New York: Random House, 1985.

_____. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. *Arguing *Marbury v. Madison**. Stanford: Stanford University Press, 2005.

_____. *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, New York: W.W. Norton, 2005.

_____. The Supreme Court and the National Political Order. In: KAHN, Ronald; Kersch, Ken I. (Ed.) *The Supreme Court & American Political Development*. Lawrence: Kansas, 2006, p. 117/137.

_____. *Why the Constitution Matters*. New Haven: Yale University Press, 2010.

VERMEULE, Adrian. _____. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. System Effects and the Constitution. *Harvard Law Review*, vol. 123 (4), 2009, p. 4/72.

VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

WILKINSON III, J. Harvie. *Cosmic Constitutional Theory. Why Americans Are Losing Their Inalienable Right to Self-Governance*. New York: Oxford University, 2012.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. *Colorado Law Review*, vol. 73 (4), 2002, p. 1.139/1.143.

YUNG, Corey Rayburn. Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts. *Northwestern University Law Review* 105, vol. (1), 2011. p. 1/60.

Promoção e Proteção dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988

Emerson Garcia*

Sumário

1. Introdução. 2. Plasticidade Formal. 3. Simbolismo. 4. Projeção na Realidade. Epílogo. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Ensinam as regras de experiência que as reações humanas mais intensas tendem a oscilar entre os extremos. A partir de uma forte rejeição inicial, não é incomum que os opostos se atraiam e construam indissolúveis laços de amor. A fome extremada, quando possível, é sucedida pelo empanturrar desmedido. O insucesso, fruto do descaso e da preguiça, é superado com a dedicação intensa e pertinaz, não raro redundando em grandiosas realizações. Se o ser humano é assim, é difícil imaginar como suas realizações não o seriam. Aliás, a oscilação entre os extremos tem sido uma característica marcante da nossa sistemática constitucional.

Os exemplos mais marcantes são obtidos nos momentos de transição dos regimes democráticos para os ditatoriais e vice-versa. Da Constituição de 1934 (democrática) para a de 1937 (ditatorial), desta para a de 1946 (democrática) e, ato contínuo, para a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969, verdadeiros monumentos da ditadura militar, sempre transitamos entre os extremos. Por fim, alcançamos a nossa “Constituição cidadã”, promulgada em 5 de outubro de 1988 e que esperamos, sinceramente, seja a derradeira ruptura com os regimes de exceção que tantos dissabores causaram ao povo brasileiro.

Não é necessário lembrar que a simples transição da ditadura para a democracia já é suficiente para estabelecer mudanças tão perceptíveis quanto intensas. O Estado, na simplicidade do clássico Gaetano Mosca (2006: 54), “é a organização política de um povo”, sendo de todo exata a observação de Helmut Kuhn (1979: 374) no sentido de que “não só o cidadão está no Estado, como também o Estado no cidadão”. Cidadão, povo e Estado encontram-se tão intensamente ligados entre si que é impossível dissociarmos um do outro ou, pior, fazer que o Estado se torne hegemônico em relação ao seu elemento subjetivo de sustentação.

* Pós-Doutorando, 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).

Sob a égide da ditadura militar, o povo era instrumento a serviço da aristocracia dominante. Com a reconstrução da democracia, o povo é o fim último das estruturas estatais de poder, moldadas de acordo com a sua vontade e funcionalmente vocacionadas à satisfação dos seus interesses. Democracia, na síntese de Leibholz (1964: 104), é o “domínio, império do povo sobre si mesmo”. Discorrendo sobre o brocardo *vox populi, vox Dei*, observa Zagrebelsky (1995: 98 e ss.) que ele nivela individualidades essencialmente distintas entre si, permitindo que a infalibilidade e a onipotência deste último sejam espuriamente estendidas a quem não ostenta essas características. No âmbito de uma democracia crítica, falível e oscilante, a prevalência é do brocardo *vox populi, vox hominum*. É com essa voz que o poder político, tanto na sua existência como nos seus fins, está comprometido.

Para que a democracia possa cimentar o vínculo entre povo e poder é necessário que o pensamento político assuma contornos relativos, jamais absolutos, de modo que o pluralismo seja reconhecido e o debate estimulado. O pluralismo conduz à tolerância e esta à harmônica convivência político-social. O respeito às opiniões dissidentes, permitindo o seu livre desenvolvimento, pode ser considerado um dos alicerces fundamentais da democracia.

Na medida em que a democracia passou a permear as estruturas estatais de poder, a consequência natural foi o aumento da proteção dispensada ao ser humano. Kant, em sua *Metafísica dos Costumes*, já afirmara que tudo tem um “preço” ou uma “dignidade”: o que tem um preço pode ser substituído por outra coisa equivalente; o que é superior ao preço e não admite equivalente tem uma dignidade. O ser humano, sendo um fim em si mesmo, tem um valor intrínseco, uma dignidade; não pode ser tratado como meio; é considerado como pessoa, não como elemento do sistema da natureza, é sujeito de uma razão moralmente prática, estando acima de qualquer preço. Conclui, assim, que “o respeito que eu tenho pelos outros ou que os outros têm por mim é o reconhecimento da dignidade nos outros homens, bem como que existe um valor, que não tem preço ou um equivalente com o qual se possa substituir o objeto da estima”.

Se, na filosofia kantiana, tudo tem um preço ou uma dignidade, conforme possa ser substituído, ou não, por um equivalente, é possível afirmar que a Constituição de 1988 efetivamente atribuiu uma dignidade ao ser humano. Trata-se de um valor qualificado, base de sustentação e desenvolvimento dos demais valores que se desprendem do sistema e que são absorvidos por ele junto ao ambiente sociopolítico. Assim ocorre em razão da intensa proteção dispensada ao ser humano, começando pela consagração da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil (CR/1988, art. 1º, III) e estendendo-se pelo detalhamento de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

Não é exagero afirmar que as concepções de regime democrático e proteção dos direitos fundamentais são como gêmeos siameses, sendo impossível imaginar a presença de uma desacompanhada da outra. Apesar da relevância atribuída aos direitos fundamentais, a Constituição da República, em seus vinte e cinco

anos de vigência, tem demonstrado certo descompasso entre os referenciais de plasticidade formal, simbolismo e realidade, aos quais faremos breve referência nas linhas que seguem.

2. Plasticidade Formal

Ao reconhecer, na dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a Constituição de 1988 inovou em relação ao regime constitucional pretérito, cunhado sob a égide da ditadura militar,¹ e alçou o ser humano ao epicentro da base de valores do Estado. Com os olhos voltados à essência da pessoa humana e à projeção dessa essência na realidade, quer em sua individualidade, quer na inter-relação com a sociedade ou o Estado, é possível identificar dois elementos estruturais da dignidade que lhe é característica. O primeiro deles consiste na própria existência do ser humano, enquanto ser vivo e racional, que deve estar protegido de qualquer ameaça que possa comprometer a sua continuidade, provenha essa ameaça de ações (v.g.: atentados à integridade física) ou de omissões (v.g.: indiferença ao estado de penúria). O segundo elemento se manifesta na forma de ser humano ou, mais especificamente, na possibilidade de ser ou fazer algo. A liberdade, enquanto critério de formação e expressão da capacidade intelectual, é inerente ao ser humano em um estado de natureza, não podendo sofrer restrições que atentem contra a sua base axiológica ou descaracterizem por completo a capacidade de determinação e decisão. A referência à “dignidade da pessoa humana” é naturalmente excludente das pessoas jurídicas, que poderão figurar como sujeitos de inúmeros direitos, mas não possuirão propriamente uma *dignidade* a ser protegida. No outro extremo, toda e qualquer pessoa humana possui dignidade.

A inserção do homem na sociedade e a sua necessária submissão aos comandos das estruturas estatais de poder não permitem o desenvolvimento de liberdades amplas e irrestritas, isso sob pena de inviabilizar-se a liberdade alheia, com o conseqüente comprometimento do bem comum. As restrições, no entanto, devem observar os balizamentos traçados pelo texto constitucional e não ultrapassar a medida do necessário à salvaguarda dos bens e interesses correlatos. Em qualquer caso, como afirmou o Papa João Paulo II, na Encíclica *Veritatis Splendor*, de 6 de agosto de 1993, nunca se pode aviltar ou contrariar a dignidade humana, ainda que nobres sejam os objetivos (nº 92). Afinal, não é lícito alcançar o bem com a prática do mal (nº 80).

A proteção da dignidade humana costuma enfrentar uma dificuldade básica, que é a de identificar o que está, ou não, abrangido por ela. Num extremo, corre-se o risco de ver como atentatórias à dignidade humana meras afrontas ao bom gosto e à moral comum; no outro, a de não estender a sua proteção a valores efetivamente

¹ A Constituição de 1967 (art. 157, II) e a EC nº 1/1969 (art. 160, II) somente faziam referência à dignidade humana como um dos princípios da ordem econômica e social, tratando a “valorização do trabalho como condição da dignidade humana.”

basilares da espécie humana. Aqui, retrai-se em excesso; lá, amplia-se ao ponto de amesquinhar. Face à dificuldade conceitual, não é incomum que, a partir das experiências colhidas no ambiente sociopolítico, parcelas características da dignidade humana passem a receber proteção específica, precisando os contornos da violação. Essa, aliás, é uma das funções do extenso rol de direitos e garantias fundamentais contemplados na Constituição de 1988. A proteção da dignidade humana oferece a base axiológica de sustentação dos direitos e garantias fundamentais, os quais, por sua vez, conferem maior especificidade à sua essência e ao seu alcance.

A importância dispensada pela ordem constitucional aos direitos e garantias fundamentais evidencia um nítido comprometimento ideológico com a pessoa humana. Esse aspecto se torna bem nítido ao percebermos a sua posição topográfica na Constituição de 1988. Logo após a definição dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, dentre os quais foi inserida a proteção da dignidade humana, foi detalhado, em seu Título II, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, exigindo um *facere* ou um *non facere* estatal. Além disso, o comando do art. 5º, § 2º, ainda acresceu que “[o]s direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal visualizou um direito fundamental na vedação à cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (CR/1988, art. 150, III, *b*). Como direito dessa natureza não pode ser abolido sequer por intermédio de reforma constitucional (CR/1988, art. 60, § 4º), foi declarada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, na parte em que o excepcionava.² Os direitos fundamentais, portanto, podem ser expressos ou implícitos, concentrados nos arts. 5º a 17 ou espalhados pelo texto constitucional.

O grande complicador a ser enfrentado pelos comandos normativos voltados à proteção (*lato sensu*) da pessoa humana é que eles nem sempre alcançam a realidade com força e intensidade semelhantes à sua plasticidade formal. Esse aspecto torna-se particularmente interessante em relação aos denominados direitos sociais, que, regra geral, exigem um *facere* estatal. São *direitos* que simplesmente não se ajustam ao arquétipo civilista clássico. Em outras palavras, são *direitos* em que, regra geral, não se mostra possível a imediata exigibilidade de uma prestação de outrem, mais especificamente do Estado. Para se constatar o acerto dessa conclusão, basta lançarmos os olhos sobre os arts. 6º e 7º, IV, da Constituição de 1988: o primeiro, assegurando um rol de direitos sociais, como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer e segurança, os quais ainda estão longe de fazer parte do dia a dia da maior parte da nossa população; o segundo, ao enumerar um extenso rol de necessidades básicas a serem satisfeitas pelo salário mínimo, objetivo simplesmente inexequível com os módicos valores historicamente fixados pelo governo.

² STF, Pleno, ADI nº 939-7, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 15/12/1993, DJU de 18/03/1994.

3. Simbolismo

A Constituição, como se sabe, apresenta uma feição eminentemente instrumental. Trata-se de mecanismo de organização do Estado e de garantia do bem comum, objetivos que se busca alcançar com a criação de estruturas orgânicas, a definição de processos e a previsão de comandos, hipotéticos ou categóricos, voltados à regulação sociopolítica. A feição simbólica, por sua vez, se manifesta na base axiológica subjacente à Constituição, que, além de influir no delineamento dos valores tidos como relevantes no contexto social, mostra-se extremamente permeável àqueles originários da sociedade, assegurando uma contínua relação de fluxo e refluxo entre *texto* e *contexto* (Cf. François Lucaire, 1981: 314). Ao delinear os limites da licitude e inclinar-se pela tolerância, a ordem constitucional, de forma simbólica, indica os pontos de ruptura da normalidade sociopolítica, exercendo efetiva influência na formação do conceito de bem comum. Em um plano puramente idealístico, que nem sempre se materializa na realidade, pode-se afirmar que os contornos simbólicos do texto constitucional permitem seja ele visto como a “magna carta da identidade nacional” (José Eduardo Faria, 2002: 34).

A oscilação da norma constitucional entre os extremos do *símbolo* e do *instrumento* variará conforme a sua capacidade de integração social e de transformação da realidade (Cf. Ramon Cotarelo, 1990: 76); exigindo, ou não, a intermediação legislativa; tendo, ou não, completude suficiente para regular uma situação concreta. À constatação de que a ordem constitucional não só é permeável, como receptiva a referenciais ideológicos, segue, no plano consequencial, que a importância de sua feição simbólica acompanhará a intensidade com que se manifestem tais referenciais e, de modo correlato, o grau de tolerância em relação aos referenciais a que o sistema não atribuiu preeminência. Em outras palavras: as distintas ideologias que afloram em um ambiente multicultural (1) são reconhecidas, (2) apenas permitidas ou (3) foram proscritas? Constituições que conferem absoluta preeminência ao aspecto ideológico-simbólico, característica recorrente na clássica constelação socialista, tendem a apregoar a intolerância e a evitar o livre fluxo das forças sociais. Distanciam-se da realidade e tornam-se mecanismos de opressão para os detentores do poder. A ruptura ideológica entre texto e contexto tende a criar um sentimento de anticonstitucionalismo, marcado pela presença de uma feição simbólica em tudo repudiada pelo ambiente social, o que termina por afastar qualquer “vontade de constituição”, isso para utilizarmos a clássica expressão de Hesse (1991: 19-20).³ Desse modo, termina por ser esvaziada a própria função instrumental da Constituição.

³ De acordo com Hesse, para que a Constituição efetivamente se projete na realidade, é necessária a presença, na consciência geral, ao lado da “vontade de poder”, da “vontade de Constituição”, que se baseia na compreensão de que uma ordem jurídica inquebrantável (a) é necessária e possui indiscutível valor; (b) deve estar em constante processo de legitimação e (c) não pode ser eficaz sem o concurso da vontade humana, no que se diferencia de uma lei do pensamento. Nas palavras de Hesse: “nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais” (1991: 24).

Enquanto as normas-programa, por serem prioritariamente dirigidas ao legislador, terão a sua feição simbólica potencializada, as normas de organização, por exemplo, serão essencialmente instrumentais. Todas as normas constitucionais, no entanto, preponderantemente instrumentais ou simbólicas, sempre influenciarão na interpretação constitucional e na definição da validade da legislação infraconstitucional (Cf. Giuseppe de Vergottini, 2001: 170-171).

Especificamente em relação à Constituição de 1988, trata-se de texto essencialmente analítico, absorvendo um elevado quantitativo de matérias que foi alçado ao patamar constitucional por mero capricho do Constituinte. Quanto aos direitos fundamentais, observa-se um elevado nível de “programatismo”, de modo que muitos “direitos” não prescindem de integração pela legislação infraconstitucional para a sua plena operatividade. Apesar disso, não se pode negar a importância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja base de valores não pode ser desconsiderada pelos poderes constituídos. Daí a necessidade de toda e qualquer ação ou omissão estatal estar ajustada aos direitos fundamentais e à base de valores que lhes confere sustentação, mesmo quando careçam de integração pela legislação infraconstitucional para a sua plena eficácia.

Ressalte-se que a natureza aparentemente instrumental de certas disposições constitucionais, quando analisadas sob o prisma idealístico-formal, pode ser totalmente esvaziada no momento de transição do processo de interpretação à sua efetiva projeção na realidade. De forma simples e objetiva: a norma obtida pelo intérprete, face às especificidades do contexto, pode não produzir todos os efeitos reconduzíveis aos seus contornos semânticos. É justamente essa a situação de alguns direitos sociais que tenham todos os seus elementos estruturais definidos na ordem constitucional ou que sejam integrados pelo princípio-mor da necessária proteção à dignidade humana. Mesmo que não dependam de integração legislativa, podem ter sua implementação comprometida por razões de ordem financeira. Nesse caso, a norma constitucional, conquanto instrumentalmente ineficaz, denota evidente preocupação com o bem comum, passando a exercer uma função simbólica.

O êxito de uma ordem constitucional será influenciado pela qualidade interna de suas regulamentações, pelas condições externas que permitam a sua realização e pela atividade desenvolvida pelo responsável pela individualização de suas normas, daí a relevância da relação triangular estabelecida entre “texto, contexto e interpretação” (Dieter Grimm, 2006: 24 e 266). Na síntese de Häberle (2005: 685): “[*kein (rechtlicher) Text ohne Kontext*”, “*kein (rechtlicher) Text ohne Auslegung*” [“não há texto (jurídico) sem contexto, não há texto (jurídico) sem interpretação”].

É a própria base de valores presente na sociedade brasileira que influenciará a transição, da ordem constitucional, entre os referenciais do símbolo e do instrumento. A maior consciência a respeito dos direitos fundamentais certamente terá reflexo junto aos poderes constituídos no aprimoramento do seu processo de implementação. No extremo oposto, a ignorância a respeito de sua existência e do seu potencial expansivo invariavelmente dificultará a sua transição para a realidade.

4. Projeção na Realidade

Os maiores desafios enfrentados na promoção dos direitos fundamentais estão associados àquelas situações em que é exigido um *facere* estatal. É possível identificar, com Robert Alexy (1994: 430), uma divisão tripartite em relação ao que deve ser oferecido pelos poderes constituídos. Nessa linha, podemos ter (1) direitos a proteção; (2) direitos de organização e procedimento; e (3) direitos a prestações em sentido estrito. Na atualidade, o *facere* estatal, voltado à implementação de prestações materiais mínimas, tanto encontra justificativa na concretização de comandos normativos expressos e detalhados como em cláusulas mais gerais, que apregoam a necessidade de respeito à dignidade humana e de pleno desenvolvimento da personalidade. Não é demais lembrar que a Lei Fundamental alemã, diploma que sucedeu o nacional-socialismo de Hitler, não contemplou um rol de direitos sociais em seu texto. Esse fato, por certo, não obstou a observância desses direitos na Alemanha ou desautorizou a sólida dogmática dos direitos fundamentais cunhada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. A omissão, em verdade, tem colorido histórico: a grande distância verificada entre o extenso rol de direitos sociais contemplado na Constituição de Weimar e a sua concretização junto à classe proletária alemã foi o fertilizante adequado ao surgimento do III *Reich*, daí a preocupação em não assegurar-se direitos que se reduziriam a um mero exercício de retórica.

Acresça-se, com Peter Badura (2003: 90) e Dieter Grimm (2006: 250), que a doutrina prevalecente à época de Weimar, face à necessidade de mediação legislativa, afastava o efeito direto dos direitos sociais, que não passariam de meras “declarações de intenções e de programa” (Grimm, 2006: 250). Sob a égide da Lei Fundamental de 1949, no entanto, o Tribunal Constitucional Federal, a partir das cláusulas constitucionais que impõem o respeito ao ser humano e à sua liberdade, reconheceu a existência de obrigações a serem imediatamente adimplidas pelo Estado. Em consequência, “embora no nível do direito constitucional menos marcada como Estado social, a República Federal alemã é Estado social em grau mais intenso do que a República de Weimar, que se mostrava, no nível do direito constitucional, socialmente mais forte” (Dieter Grimm: 2006: 251).

Como se percebe, não basta a mera consagração normativa dos direitos sociais para que seja assegurada a sua plena operatividade. É necessário, acima de tudo, seja reconhecida, em relação à grande maioria deles, que não se contenta como uma postura omissiva do Estado (v.g.: tal como ocorre com o direito de greve), a sua distinção estrutural em relação às liberdades clássicas. Nesse particular, apresentam basicamente duas restrições operativas quando cotejados com os direitos de liberdade: a exigência, como regra geral, de mediação legislativa, definindo as prestações a serem ofertadas pelo Estado, e a disponibilidade de recursos financeiros, sabidamente limitados. Além disso, como a sua efetivação está estritamente relacionada à implementação de políticas públicas, ainda será necessário enfrentar a liberdade valorativa que caracteriza ações dessa natureza, insita e inseparável da denominada discricionariedade administrativa, bem como a alegada ausência de uma visão sistemática da política governamental por parte dos tribunais (Brian Barry, 1998: 241).

O grande desafio do constitucionalismo contemporâneo está na necessária identificação de um ponto de equilíbrio entre (1) a liberdade, assegurada a agentes democraticamente legitimados, para escolher o momento de deflagrar e o conteúdo desses processos, instrumentalmente comprometidos, ao menos no plano conceitual, com a realização do interesse público, e (2) a preservação da dignidade humana, razão de ser e fim último da atuação estatal. Em razão dessas especificidades, os direitos sociais encontram grandes obstáculos para a sua concretização, dificultando (mas não inviabilizando, como demonstra o exemplo alemão) a formulação de pretensões, perante o Judiciário, visando à condenação do Estado à adoção das medidas necessárias ao seu atendimento (Cf. Ricardo Guastini, 2005: 256).

No processo de reconstrução democrática do País, não tem sido incomum que os Tribunais recorram ao princípio da dignidade humana para integrar o conteúdo essencial de normas essencialmente programáticas, daí decorrendo a possibilidade de prestações básicas, como saúde e educação, serem exigidas dos poderes constituídos.

Epílogo

O rompimento com o regime de exceção e a reconstrução democrática do País, tal qual promovidos pela Constituição de 1988, fazem parte de um processo ainda em curso, sempre dependente do aprimoramento da consciência popular a respeito da real funcionalidade do Estado no relacionamento com o seu elemento subjetivo de sustentação, vale dizer, o povo. O grande desafio a ser enfrentado pelo constitucionalismo brasileiro na promoção dos direitos fundamentais está na efetiva interação lógico-metódica entre os referenciais de plasticidade formal, simbolismo e realidade. Com isso, o extenso rol de direitos fundamentais contemplados em nossa Constituição não só contribuirá para moldar o ambiente sociopolítico como efetivamente se fará sentir na vida de cada brasileiro, de modo que o nosso povo deixe de ver os seus "direitos" como meras obras de arte, vale dizer, *belos na aparência, mas insuscetíveis de serem tocados ou usufruídos*.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994.
- BADURA, Peter. *Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes*. 3a ed. München: Verlag C. H. Beck, 2003.
- BARRY, Brian. *Justice and Democracy*, in: João Lopes Alves. *Ética e o Futuro da Democracia*. Lisboa: Edições Colibri, 1998, p. 239.
- COTARELO, Ramon. *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar (La crisis del Estado Social y El problema de la legitimidad*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

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

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política (Die Verfassung und die Politik)*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às Normas (Dalle Fonti alle Norme)*. Trad. de BINI, Edson. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Trad. de FERREIRA MENDES, Gilmar, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

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

KUHN, Helmut. *El Estado (Der Staat. Eine philosophische Darstellung)*. Trad. de GIL CREMADES, Juan José. Madrid: Editorial Rialp, 1979.

LEIBHOLZ, Gehardt. *Conceptos Fundamentales de la Política y de Teoría de la Constitución*. Trad. de FUEYO, Jesús. Madrid: Editorial Civitas, 1964.

LUCHAIRE, François. *De la méthode en droit constitutionnel*, in: *RDPSPE* n° 2, mar./abr. de 1981, p. 275.

MOSCA, Gaetano. *Derecho Constitucional (Diritto de Costituzionale, de 1908)*. Trad. de BERGARECHE GROS, Almudena. Madrid: Marcial Pons, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il "Crucifige!" e la democrazia*. Torino: Einaudi, 1995.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Fabrcio Rocha Bastos*

Sumrio

1. Consolidao de um Subsistema Processual Prprio para o Tratamento das Aes Repetitivas com o Advento no CPC/2015. 1.2. Origens do Instituto no Direito Comparado. 1.3. Aplicao (*de lege ferenda*) do Incidente de Resoluo de Demandas Repetitivas pelo Superior Tribunal de Justia. 1.4. Panorama Geral do Instituto. 1.4.1. Requisitos para Instaurao do Incidente. 1.4.2. Legitimidade para Requerimento do Incidente. 1.4.3. Competncia para Processo e Julgamento. 1.4.4. Suspensao dos Processos Pendentes pela Admissibilidade do Incidente. 1.4.5. Desistncia do Incidente. 1.4.6. Natureza Jurdica do Procedimento. 1.4.7. Natureza Jurdica da Deciso Proferida. 1.5. Consequncias Processuais do Incidente de Resoluo de Demandas Repetitivas. 2. Incidente de Resoluo de Demandas Repetitivas e o Processo Coletivo. 2.1. Microsistema da Tutela Coletiva. 2.2. O Incidente de Resoluo de Demandas Repetitivas, os Direitos Individuais Homogneos e Coletivizao das Demandas. 2.3. Sistema do *Fair Notice* e *Right to Opt In or Out* Aplicvel aos Processos Coletivos que Veiculam Direitos Individuais Homogneos. 2.4. Consequncia da Aplicao Prtica deste Incidente no Microsistema da Tutela Coletiva. 3. Referncias Bibliogrficas.

1. Consolidao de um Subsistema Processual Prprio para o Tratamento das Aes Repetitivas com o Advento no CPC/2015

Trata-se de uma **regra inedita** no ordenamento jurdico positivado, cuja finalidade, conforme a exposio de motivos, a de atenuar o asoerramento de trabalho no Poder Judicirio, evitando, por conseguinte, a disperso excessiva da jurisprudncia em situaes jurdicas homogneas.

A previso de resoluo de demandas repetitivas, quando deduzidas situaes jurdicas homogneas, entretanto, no a totalmente nova no ordenamento jurdico positivo. A novidade, a rigor, cinge-se ao incidente previsto no artigo 976 do CPC/2015.

Sob a gide do CPC/1973, j existiam instrumentos congneres, tais como o julgamento liminar de improcedncia, assuno de competncia, uniformizao da jurisprudncia, smula obstativa de recursos, recursos especial e extraordinrio sobre matrias idnticas, suspensao dos efeitos das tutelas jurisdicionais contra o poder

* Promotor de Justia do Ministrio Pblico do Estado do Rio de Janeiro. Pds-Graduado em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Professor de Direito Processual Civil dos cursos de Pds-Graduao do IBMEC, EMERJ e UCAM/RJ. Professor de Direito Processual Civil e Tutela Coletiva da Emerj, Amperj, Femperj, Curso F3/RJ e Supremo -MG.

público (artigo 4º, §8º da Lei nº 8.437/1992, e artigo 15, §5º da Lei nº 12.016/2009) e súmula vinculante. Este último, previsto na Constituição da República.

Os procedimentos de julgamento por amostragem dos recursos excepcionais, notadamente, previstos nos artigos 543-B e 543-C, do CPC/1973, são os mecanismos de uniformização de jurisprudência que mais se assemelham à sistemática que irá reger o incidente de resolução de demandas repetitivas. O artigo 928, inciso I, CPC/2015, indica, de forma expressa, que este incidente é hipótese de julgamento de casos repetitivos. Com o advento do CPC, tais institutos serão disciplinados nos artigos 1036 e seguintes do CPC/2015.

O incidente de resolução de demandas repetitivas tem por objetivo promover a segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário, na área de jurisdição do respectivo tribunal, na análise da questão apreciada. A observância atingirá todos os casos de suspensão nacional.¹

O legislador, ao positivar o presente incidente, fixa um novo paradigma processual de busca de maior racionalização e eficiência dos meios processuais. Este novo mecanismo tem por objetivo resolver litígios que envolvam direitos individuais homogêneos de milhares de pessoas, mediante uma ou poucas ações coletivas ou outros meios de resolução coletiva de demandas repetitivas, de massa ou plúrimas.

Este incidente quer viabilizar uma verdadeira concentração de processos que versem sobre uma mesma questão jurídica no âmbito dos tribunais e permitir que a decisão a ser proferida vincule todos os demais casos que estejam sob a competência do tribunal julgador.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a toada deste novel instituto, aplicou sua premissa no bojo do Recurso Especial 1.110.549/RS, que será devidamente abordado adiante.

Tal tendência se coaduna com o novo panorama que vem se construindo nos países de *civil law* (Europa Continental e América Latina): a consagração de filtros com o objetivo de conter a litigiosidade de massa, dentre eles, a eleição de um caso piloto, cujo julgamento repercutirá sobre o dos demais processos que versem questão de direito (tese) *símile* ao paradigma.²

1.2. Origens do Instituto no Direito Comparado

Conforme bem delineado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes³, no direito estrangeiro, as ações coletivas vêm se fortalecendo de modo progressivo. Mas, também, outros institutos vêm se desenvolvendo. Sob a inspiração das antigas ações de ensaio (*test claims*), foram incorporadas, em 1991, ao Estatuto alemão da

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Críticas e propostas*. Editora RT, 2010, p. 178.

² PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *Direito Processual Civil Contemporâneo: introdução ao processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. II, p. 1124.

³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2010.

Jurisdição Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*), sob a denominação de procedimento-padrão (*Musterverfahren*). Em seguida, a Inglaterra edita, em 2000, o seu primeiro Código de Processo Civil, com a previsão das decisões de litígios de grupo (*group litigation order*), ao lado da própria demanda-teste (*test claim*).

Em 2005, porém, uma nova versão de *Musterverfahren* é criada na *KapMuG* (*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten – Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* ou Lei sobre o Procedimento-Modelo nos conflitos jurídicos do mercado de capital), com vigência temporária. E, por fim, em 2008, nos moldes da primeira espécie de *Musterverfahren*, o procedimento-modelo também é adotado no ramo jurisdicional alemão que cuida da assistência e previdência social (*Socialgerichtsgesetz*).

É de se ressaltar que os novos instrumentos foram estabelecidos sem prejuízo das respectivas ações coletivas, ou seja, das *Verbandsklagen* (ações associativas), na Alemanha, e das *representative actions* (ações representativas), na Inglaterra e País de Gales.

A Exposição de Motivos do novo CPC deixa clara a inspiração no direito Alemão na seguinte passagem: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.”

Apesar de o direito alemão ter sido a fonte direta do presente instituto, impende salientar diferença deveras relevante entre os mecanismos. No direito alemão, o incidente aplica-se a questões fáticas, enquanto o mecanismo brasileiro somente se aplica, conforme artigo 976, inciso I, CPC/2015, a questões unicamente de direito.

1.3. Aplicação (*de Lege Ferenda*) do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pelo Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, através da sua Segunda Seção, mesmo antes do advento do CPC/2015, aplicou a principal consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas. No bojo do Recurso Especial nº 1.110.549/RS⁴, admitido pelo sistema de recursos repetitivos, fixou entendimento no sentido da possibilidade da suspensão automática das ações individuais, quando houver a propositura de demanda coletiva sobre o mesmo tema.

O Superior Tribunal de Justiça, ao aplicar o precedente referido, com interpretação sistemática dos artigos 81 e 104, do CDC, combinados com o artigo 543-C, CPC/1973, entendeu que a diretriz legislativa, no sentido do julgamento de

⁴ “RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1. Ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2. Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672, de 8.5.2008). 3. Recurso Especial improvido”.

casos modelos (repetitivos), revela a possibilidade de extração da maior eficácia prática possível por parte das ações coletivas, provocando a suspensão de ações individuais a respeito do mesmo tema.

A interpretação do artigo 81 do CDC deve ser no sentido de conferir-lhe maior efetividade. Volta-se, portanto, o olhar do intérprete, ao interesse público de preservação da efetividade da justiça, que se frustra, caso seja estrangulada por processos individuais multitudinários, contendo a mesma e única lide. Assim, entendeu o STJ ser salutar a suspensão ante a relação de prejudicialidade existente entre a demanda coletiva e a demanda individual.

Neste item, discordamos de forma veemente do STJ, pois o legislador foi expresso nos artigos 104, do CDC, e 22, §1º, da Lei nº 12.016/2009 em permitir a concomitância de demandas individuais e coletivas. Ao reconhecer a inexistência de litispendência entre as demandas coletivas e individuais, permite, por via de consequência, a manutenção destas em curso simultâneo.

O STJ, ainda no bojo do mesmo precedente, entendeu que a sistemática dos recursos repetitivos não seria suficiente para impedir a propositura de centenas de demandas individuais versando sobre o mesmo tema. O sistema seria eficaz, tão somente, para impedir a subida dos eventuais e futuros recursos especiais sobre o mesmo tema. Assim, tal entendimento respeitaria o interesse público de preservação do próprio sistema judiciário, ante as demandas multitudinárias decorrentes de macrolide.

Para fins de identificação da denominada macrolide, o STJ levou em consideração apenas o capítulo principal do pedido formulado na demanda coletiva. Assim, a decisão, que determinou a suspensão das demandas individuais, não considerou os aspectos incidentais de cada demanda individual.

Apesar de o precedente conter afirmação no sentido da manutenção da norma do artigo 104, CDC, entendemos que o resultado é relegar a oblição a possibilidade de o autor da ação individual exercer o seu direito de optar por suspender ou prosseguir com sua demanda individual. A suspensão propugnada neste precedente determina a possibilidade de suspensão *ex officio* em virtude da simples existência de uma demanda coletiva, versando sobre os mesmos temas de múltiplas demandas individuais.⁵

Doravante, a mera propositura de demandas coletivas ensejará, conforme entendimento esposado no precedente, automática suspensão das demandas individuais.

Esta suspensão propugnada assemelha-se com o incidente de resolução de demandas repetitivas, mas com este não se confunde, pois o Superior Tribunal de Justiça determinou, ainda que diante da inexistência de regra legal expressa, a possibilidade de o juízo de primeiro grau responsável pela demanda coletiva ordenar a suspensão das ações individuais. O incidente em comento, ao reverso, confere competência ao relator, após a admissão do incidente pelo órgão colegiado, para a determinação da suspensão (artigo 982, inciso I, CPC/2015).

⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

1.4. Panorama Geral do Instituto

1.4.1. Requisitos para Instauração do Incidente

Caso exista multiplicidade de demandas que versem sobre a mesma questão de direito controvertida e risco à segurança jurídica gerado por esta multiplicidade, bem como solução isonômica da questão, poderá ser suscitado o incidente.

O incidente de resolução de demandas repetitivas pressupõe a identidade de controvérsia com relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e com possibilidade de causar grave risco de coexistência de decisões conflitantes.

A questão de direito, referida no artigo 976, inciso I, CPC/2015, poderá ser tanto material quanto processual, visto que não foi indicada qualquer restrição neste sentido. Vale lembrar que as normas jurídicas heterotópicas são uma realidade em nosso ordenamento há bastante tempo.

Cumprir pontuar que a questão fática não autoriza a instauração deste incidente. Assim, conclui-se que o incidente não terá o condão de julgar causas, mas, sim, teses jurídicas.

Fixada a premissa de que somente questões de direito, material ou processual, ensejarão a instauração do incidente em testilha, impende abordar a possibilidade de limitação das matérias aptas à admissibilidade. Não existe limitação de matérias de direito passível de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não se admite qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento. No mesmo sentido, o enunciado nº 88 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.⁶

O legislador, de forma expressa, condicionou a instauração do incidente à “efetiva repetição de processos”, ou seja, restringiu a possibilidade apenas para as hipóteses em que a multiplicação já tenha se manifestado, não alcançando, assim, a propagação potencial.

Neste ponto, andou mal o legislador, pois retirou grande parcela da utilidade do instituto que poderia evitar, e não somente reprimir, a existência de múltiplas demandas versando sobre a mesma questão de direito.

Bastaria a existência de mero potencial multiplicador, que poderia ser demonstrado a partir do número de ações já propostas em curto espaço de tempo, ou mesmo pela situação comum a envolver uma série de outras pessoas em idêntica conjuntura, como aposentados, pensionistas, funcionários públicos etc.⁷

⁶ 88. “Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento.”

⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2010.

Entretanto, há entendimento no sentido de que o ideal seria que o incidente fosse instaurado somente quando já houvesse algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Por este entendimento, seria mais adequado ter, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, existindo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução.⁸

Não há qualquer referência quantitativa para fins de instauração do incidente, pois somente consta a necessidade de efetiva repetição. Caberá à jurisprudência fixar os contornos quantitativos, porém, por certo, haverá de haver uma quantidade relevante a ensejar a admissibilidade.

Nada obstante, ainda que o quantitativo não seja relevante, deverá preponderar, a despeito de os requisitos serem cumulativos, o risco à segurança jurídica e à isonomia, verdadeiros vetores do instituto.

No mesmo sentido, vale destacar o enunciado consolidado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.⁹

Ainda que a parte autora de uma das demandas repetitivas dê causa à extinção do processo, o incidente prosseguirá, pois o objetivo não é a solução da contenda apresentada, mas, sim, a fixação da tese judicial aplicável à matéria de direito. (artigo 976, §1º, CPC/2015).

O artigo 976, §4º, CPC/2015, preconiza requisito processual negativo ao determinar o não cabimento do incidente quando já existir causa pendente no âmbito dos Tribunais Superiores. Caso a questão de direito esteja afetada para julgamento, não haverá necessidade da instauração do presente incidente, pois a resolução da questão será suficiente para evitar o risco de decisões posteriores conflitantes. A despeito do acerto da norma, em sua premissa, imprescindível anotar ser caso de ausência de interesse processual na instauração do incidente. Por outro lado, na atual senda constitucional, somente poderão ensejar precedente com eficácia vinculante as súmulas do Supremo Tribunal Federal, na forma do artigo 103-A da Constituição da República.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça, ao reverso, somente geram eficácia persuasiva, jamais vinculante aos demais órgãos jurisdicionais. Assim, a despeito da correção da premissa, é preciso atentar para estes detalhes.

A decisão de inadmissão do incidente não gera coisa julgada material, pois poderá ser renovado o requerimento, desde que satisfeita a condição cuja carência impediu a instauração anterior. Em outras palavras, ausente um dos pressupostos de instauração do incidente, poderá ser renovado o pedido, desde que presente o pressuposto faltante à época. (artigo 976, §3º, CPC/2015).

⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 193, p. 262, mar. 2011.

⁹ "A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica."

Em havendo apresentação de mais de um pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo tribunal, todos deverão ser apensados e processados conjuntamente; os que forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas.¹⁰

É admissível a instauração de mais de um incidente de resolução de demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito perante tribunais de 2º grau diferentes.¹¹

1.4.2. Legitimidade para Requerimento do Incidente

O artigo 977 fixa o rol dos legitimados a requerer o incidente de resolução de demandas repetitivas. Trata-se de rol taxativo que impede a formulação de requerimento por terceiros interessados.

O incidente poderá ser requerido enquanto a causa estiver pendente no primeiro grau ou, até mesmo, no segundo.

A instauração de ofício está prevista no inciso I, pois se refere ao juiz e ao relator da demanda em segundo grau. Note-se que não há necessidade de que a causa esteja no segundo grau em sede recursal. Poderá ser requerida, portanto, em sede recursal, no bojo de outros incidentes e nos casos de competência originária.

As partes, por óbvio, também poderão suscitar a instauração do incidente. O legislador, de forma expressa, permitiu ao Ministério Público e à Defensoria Pública, através de seus órgãos de execução, a formulação de requerimento de instauração do incidente.

Estes órgãos não precisarão ser partes formais e materiais para requerer o incidente, desde que observadas as funções institucionais elencadas na Constituição da República (artigos 127, 129 e 134) para que seja admitido o requerimento. Imprescindível a existência desta congruência entre as finalidades institucionais e o requerimento.

O Ministério Público, por exemplo, poderá ter em curso algum inquérito civil que verse sobre a tese jurídica cuja aplicação ou inaplicação atinja multiplicidade de demandas.

O Ministério Público, conforme determinação expressa do artigo 976, §2º, CPC/2015, deverá atuar como *custos iuris* no presente incidente. Portanto, será imprescindível sua intimação pessoal, sob pena de nulidade, posto patente o interesse público.

Além da necessária intervenção do *Parquet*, sobreleva notar a possibilidade de assunção do incidente, caso exista desistência ou abandono. Não se trata de assunção de legitimação, pois tal instituição já ostenta legitimidade. Trata-se, por certo, de assunção do incidente, pois o Ministério Público assumirá a titularidade ativa deste. Considerando-se o imperativo da norma, não será uma faculdade, mas, sim, um dever de assumir. Assim, forçoso concluir pela existência de uma obrigatoriedade de assunção, em lugar da análise de oportunidade.

¹⁰ Enunciado nº 89 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

¹¹ Enunciado nº 90 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

Nada obstante, o Ministério Público, ao verificar o patente descabimento do incidente, deverá oficiar no sentido de sua extinção.

Esta norma, ínsita no artigo 976, §2º, CPC/2015, reproduz a premissa da intervenção multifacetária do Ministério Público no âmbito da tutela processual coletiva, conforme artigos 9º e 16, da Lei nº 4717/1965, e 5º, §3º, e 15, da Lei nº 7347/1985.

1.4.3. Competência para Processo e Julgamento

O requerimento será dirigido diretamente ao Presidente do Tribunal, porém, vedada a decisão monocrática, pois caberá somente ao órgão colegiado o julgamento do incidente (artigo 978, parágrafo único do CPC/2015).

Este novel instrumento ainda ensejará inúmeros debates doutrinários e na jurisprudência, mas vale mencionar que poderá ser ventilada a inconstitucionalidade desta determinação ínsita no CPC/2015, de que a competência para o julgamento será do plenário ou do órgão especial. O artigo 96, inciso I, alínea a) da Constituição da República determina que compete ao próprio tribunal, privativamente, por intermédio dos seus regimentos internos, fixar qual órgão integrante de sua estrutura possuirá tal competência.

O legislador determinou que o órgão colegiado competente para o processo e julgamento da uniformização da jurisprudência será o mesmo para a resolução do incidente de resolução de demandas repetitivas. Assim, retirou a possibilidade do próprio tribunal, por meio do seu regimento interno, conforme preconiza a norma constitucional, de indicar qual será o órgão colegiado.

O órgão colegiado realizará a admissibilidade do incidente. Após, o relator adotará as medidas previstas no artigo 982, CPC/2015. Vedada, portanto, decisão monocrática na seara do juízo de admissibilidade. No mesmo sentido, destaca-se o enunciado nº 91 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.¹²

A petição de requerimento deverá ser protocolizada diretamente no tribunal, sendo instruída com os documentos necessários à demonstração da necessidade e cabimento da instauração do incidente. Do mesmo modo, a exemplo do que ocorre nos conflitos de competência, o juiz de primeiro grau deverá suscitar o incidente mediante ofício, também devidamente documentado.

O juízo de primeiro grau não ostenta competência para processo e julgamento do incidente. Ocorrerá uma cisão funcional vertical da competência em virtude da instauração deste incidente. O tribunal somente possuirá competência para analisar, antes dos juízes, a questão de direito central, material ou processual, que dá ensejo à multiplicidade de ações, e, não, questões fáticas periféricas, que geralmente são mais bem elucidadas por meio do contato direto com as partes. Assim, forçoso concluir que as questões de fato serão resolvidas pelo juízo de primeiro grau, enquanto as questões de direito serão resolvidas pelo Tribunal.

¹² 91. “Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática.”

A decisão proferida pelo tribunal deverá ser observada, de forma obrigatória, pelo juízo perante o qual corra a demanda. Estaremos diante, portanto, de uma cisão funcional vertical de competência.

Decisão monocrática somente será possível após a admissão do incidente, conforme preconiza o artigo 982, CPC/2015.

O órgão colegiado competente será aquele indicado pelo regimento interno como o responsável pela uniformização da sua jurisprudência. Este mesmo órgão, após julgar o incidente e fixar a tese jurídica, ficará prevento para julgar o recurso, a remessa necessária e a causa da competência originária de onde se originou o incidente.

O órgão colegiado será o responsável pela admissibilidade, eventual instrução e julgamento do incidente.

No caso de inadmissibilidade, o curso do processo será retomado. Na hipótese de admissibilidade, o incidente prosseguirá o seu trâmite no tribunal, abrindo-se contraditório e eventual instrução antes da resolução do mérito.

Após o juízo de admissibilidade, o relator adotará uma das medidas previstas no artigo 982 do CPC/2015.

O efeito mais importante da admissibilidade, previsto no inciso I do referido artigo, será a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau, na área de jurisdição do tribunal. Dada a relevância do tema, será estudado em tópico adiante.

Caso verifique a imperiosa necessidade, expedirá ofício requisitando a prestação de informações ao juízo no qual a demanda originária tem curso. Esta norma deverá ser aplicada de forma excepcional, visto que o incidente já deverá ser suscitado com todos os documentos necessários para a compreensão da questão de direito controvertida. O relator somente deverá expedir esta requisição quando for absolutamente imprescindível para o deslinde do feito.

Determinará, após, caso tenha sido expedida a requisição, a intimação para que o Ministério Público se manifeste sobre o incidente no prazo de 15 dias. Esta manifestação do *Parquet* terá o condão de abordar todos os requisitos e pressupostos de admissibilidade do incidente.

Após o encerramento desta fase inicial, sem qualquer desdobramento previsto pelo legislador, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida. Em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público, conforme artigo 983, CPC/2015.

A ideia de fixação de um prazo comum atende ao princípio da celeridade da prestação da tutela jurisdicional e à própria natureza do incidente, pois somente deverão ser enfrentadas teses jurídicas, sem necessidade do enfrentamento das matérias fáticas. Assim, a dialética será concomitante.

Poderá ser designada, caso haja necessidade, a realização de audiência pública para colher maiores subsídios para a formação do convencimento. Trata-se de positivação assaz salutar para possibilitar a participação popular, em seu mais estrito sentido, bem como a manifestação dos técnicos, quando necessário. Considerando que a tese jurídica fixada repercutirá no seio da coletividade, posto vinculante, nada mais democrático do que permitir que todos tenham, no mínimo, a possibilidade de influir na resolução.

Deverá ser, portanto, admitida a participação de setores da sociedade civil que poderão sofrer os impactos, setores técnicos e *amicus curiae*. Todos que se inscreverem poderão manifestar-se oralmente no dia do julgamento, desde que observadas as regras insitas no artigo 984, CPC/2015.

O legislador, no artigo 979, CPC/2015, previu a necessidade, tal como preconizado no artigo 94 do CDC, de ampla divulgação e publicidade. Entretanto, a divulgação preconizada refere-se ao registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Apesar desta referência expressa, nada impedirá a divulgação nos setores da mídia para que o alcance da democratização da participação seja ainda mais efetivo.

Apesar da possibilidade de participação dos setores da sociedade civil no deslinde do feito, entendemos não ser possível a utilização das modalidades de intervenção de terceiros. Trata-se de um processo objetivo com objeto litigioso coletivo, portanto, não será compatível com a possibilidade de intervenção de terceiros, cuja participação tem como fulcro a existência de interesse jurídico subjacente. A necessidade de demonstração deste interesse, para fins de permissão da intervenção, denota, por si só, que a seara das intervenções de terceiros cingir-se-á aos processos de índole subjetiva. Ademais, nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, cujo objetivo também é o de manter a higidez do direito objetivo, não é admissível qualquer modalidade de intervenção de terceiros (artigo 7º da Lei nº 9868/1999).

A divulgação, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, terá o condão de facilitar o acesso aos operadores do direito, bem como de potencializar o controle sobre a aplicação dos precedentes aos casos futuros, na esteira do que preconiza do artigo 985, inciso II, CPC/2015.

O cadastro deverá conter os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ele relacionados. Trata-se, a rigor, da positivação da transcendência dos motivos determinantes, pois, com tal registro, os demais órgãos jurisdicionais, atingidos pelo efeito vinculante da tese jurídica ventilada e adotada, deverão seguir não só o conteúdo do dispositivo da decisão, como também os motivos determinantes do convencimento (*ratio decidendi*).

O artigo 979, §3º, estende este mecanismo de publicidade e divulgação aos recursos excepcionais repetitivos. Trata-se de norma que deveria estar presente na seção dos recursos excepcionais.

1.4.4. Suspensão dos Processos Pendentes pela Admissibilidade do Incidente

Conforme dito anteriormente, este é o efeito mais importante da admissibilidade, previsto no inciso I, do artigo 982, CPC/2015. Esta suspensão atingirá os processos pendentes, em primeiro e segundo grau, na área de jurisdição do tribunal.

Pela redação do referido artigo, a suspensão é *ope legis*, ou seja, sem necessidade de requerimento específico. Será consectário lógico e imediato da admissão do incidente. Não haverá, também, necessidade da demonstração dos requisitos para a concessão das tutelas de urgência.¹³

Trata-se de decisão monocrática do relator, portanto, poderá ser questionada via agravo interno, na forma do artigo 1021, CPC/2015. Entendemos que o cabimento deste recurso deverá ter por objetivo demonstrar que a demanda suspensa não depende da resolução da tese jurídica, objeto do incidente ou que não se refere a esta. O agravante deverá demonstrar que o incidente não poderá repercutir em sua relação jurídica processual. Caso deixe de oferecer o recurso, não poderá, após o trânsito em julgado da decisão que ordena a suspensão, questionar a aplicação do artigo 982, inciso I, CPC/2015.

O recorrente deverá ventilar como causa de pedir recursal o *distinguishing*, que nada mais é do que a dissonância entre a norma de interpretação e norma de decisão que aplica uma tese jurídica, decorrente de particularidades que não permitem aplicar adequadamente a decisão de um órgão jurisdicional. Este instituto decorre de uma relevante distinção entre normas jurídicas e a norma de decisão¹⁴.

A suspensão de processos na forma deste dispositivo depende apenas da demonstração da existência de múltiplos processos versando sobre a mesma questão de direito em tramitação em mais de um estado ou região.¹⁵

Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região.¹⁶

Apesar da regra expressa no sentido da suspensão dos processos, há entendimento doutrinário¹⁷ no sentido de que tal regra merece interpretação mais

¹³ Enunciado nº 92 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A suspensão de processos prevista neste dispositivo é consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas e não depende da demonstração dos requisitos para a tutela de urgência.”

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 28.

¹⁵ Enunciado nº 95 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A suspensão de processos na forma deste dispositivo depende apenas da demonstração da existência de múltiplos processos versando sobre a mesma questão de direito em tramitação em mais de um estado ou região.”

¹⁶ Enunciado nº 93 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região.”

¹⁷ BARBOSA, Andrea Carla; CANTOÁRIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: Fux, Luiz (Coord.) et al. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

cuidadosa. É que, pelo incidente, produz-se uma espécie de coletivização de demandas, mas apenas no que diz respeito à questão jurídica comum. As ações, de fato, não perdem sua individualidade procedimental, sua autonomia litúrgica.

Portanto, os desenvolvimentos processuais individuais dependentes da prática do ato conjunto (ditos subordinados) e, só estes, aguardarão pela sua conclusão. Os demais podem e devem ser praticados por cada juiz em cada um dos processos.

Assim, se os atos processuais forem independentes da aplicação da tese jurídica suscitada com o incidente, será possível ao juiz praticá-los, pois a resolução daquele não será prejudicial a estes. Ao reverso, se os atos processuais forem dependentes ou consecutórios lógicos da aplicação da tese jurídica suscitada com o incidente, será imprescindível aguardar sua resolução, portanto, a suspensão preconizada os atingirá.

Se no processo houver questões que extravasem o objeto do incidente, como quando o autor cumula pedidos absolutamente autônomos entre si, nada impede que o juiz profira decisão parcial a respeito do mérito da causa.

Basta imaginar uma demanda, individual ou coletiva, na qual a parte formula dois pedidos (A e B). Caso o pedido (A) não guarde relação com a aplicação da tese jurídica objeto do incidente, o juiz poderá proferir decisão parcial de mérito, pois a suspensão não atingirá tal pretensão. No caso de o pedido (B) estar relacionado com a aplicação da tese jurídica, será impossível a resolução desta parte da demanda, posto atingida pela decisão de suspensão.

A despeito das belas considerações formuladas, mantivemos nosso entendimento no sentido da suspensão de todas as ações que versarem sobre a mesma questão jurídica. Somente será possível prática de atos relacionados às tutelas de urgência, conforme artigo 982, §2º, CPC/2015.

Enquanto os processos estiverem suspensos, as tutelas de urgência, eventualmente requeridas, deverão ser dirigidas ao juízo no qual o processo, já suspenso, se encontra. O requerimento de concessão de tutela de urgência, qualquer que seja sua espécie, não deverá ser dirigido ao tribunal. Trata-se, a rigor, da aplicação do critério funcional horizontal de competência.

A suspensão não será indefinida, ao reverso, terá o prazo de um ano, que, conforme a literalidade da norma, não poderá ser prorrogado. Este prazo, caso inobservado, ensejará a retomada das demandas então suspensas, conforme artigo 980, parágrafo único, CPC/2015. Entretanto, o legislador permitiu ao relator do incidente, em decisão fundamentada, determinar a manutenção da suspensão dos processos. Tal decisão deverá ser fulcrada na segurança jurídica para evitar risco de decisões judiciais conflitantes em mesmas questões de direito.

Cessar igualmente a suspensão caso não seja interposto recurso excepcional para questionar o acórdão que julgou o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 982, §5º, CPC/2015).

A suspensão dos processos, conforme artigo 982, será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes. Trata-se de verdadeira inovação ao teor do projeto

aprovado no Congresso. No texto aprovado, a suspensão seria comunicada aos juízes, diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária, por ofício. Entretanto, na redação final encaminhada à sanção presidencial, houve total alteração no sentido da norma. O que antes, conforme foi aprovado, seria uma mera medida administrativa, passou a ser um ato jurisdicional.

A parte que tiver o seu processo suspenso poderá interpor recurso especial ou extraordinário, conforme a hipótese, contra o acórdão que julgou o incidente.¹⁸ Tendo em vista o objetivo de uniformização, tais recursos serão recebidos com o efeito suspensivo. O legislador também previu a presunção, *iuris et iure*, de repercussão geral.

Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. O artigo 987, §2º, CPC/2015, preconiza a possibilidade de uma eficácia vinculante da tese jurídica fixada ter abrangência nacional.

A suspensão *ope legis* dos processos não se confunde, porém, com a suspensão nacional dos processos pendentes, previsto no artigo 982, §§ 3º e 4º, CPC/2015, pois, neste caso, o legislador previu a necessidade de requerimento expresso dos legitimados para o requerimento do incidente.

A suspensão nacional poderá ser requerida por qualquer um que seja parte em uma demanda, individual ou coletiva, que tenha como questão de direito o mesmo objeto do incidente. Além de ter restringido a legitimidade para requerer a suspensão nacional somente às partes, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, nada impede que o relator do recurso excepcional determine, *ex officio*, a suspensão nacional das demandas. Neste sentido, vale mencionar, novamente, conforme abordado acima, o precedente fixado no bojo do Resp 1.110.549/RS, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Os requisitos para a concessão da suspensão, que não deve observar, por óbvio, os limites territoriais do incidente, são a repercussão no âmbito nacional da questão jurídica, a imperiosa necessidade pelo primado da segurança jurídica, bem como a relação de dependência entre a solução da demanda e da questão jurídica objeto do incidente.

Ao tornar irrelevante a limitação territorial do incidente, o legislador abre novo espaço para se questionar a limitação existente nas normas dos artigos 16 da Lei nº 7347/1985, e 2º-A da Lei nº 9494/1997, que restringem a eficácia subjetiva da demanda aos limites territoriais da competência do órgão prolator. Assim, a resolução deste incidente poderá exorbitar, ainda que não se trate da suspensão nacional, os limites territoriais da competência territorial do órgão prolator.

Não há fixação, pela literalidade da norma, de momento processual específico e fim para a formulação de requerimento de suspensão nacional. Contudo, é factível

¹⁸ Enunciado nº 94 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do § 1º do art. 987 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra ao acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”

sustentar, com base em interpretação teleológica, que o requerimento somente poderá ser formulado após a realização do juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Topograficamente, afirma Aluisio Gonçalves de Castro Mendes¹⁹, poder-se-ia afirmar que seria cabível apenas após o julgamento do incidente pelo tribunal de segundo grau. Entretanto, no mesmo sentido do que aqui se sustenta, afirma que, sob o ponto de vista teleológico e em observância ao princípio da economia processual, poderá ser formulado logo após a admissibilidade.

Por derradeiro, é necessária a abordagem de a possibilidade da suspensão derivada da admissibilidade deste incidente impedir a propositura de ações que versem sobre a mesma tese jurídica.

O CPC/2015 somente se refere aos processos pendentes, que serão suspensos, e os processos futuros que sofrerão a incidência da tese jurídica fixada.

Com o fito precípua de análise mais detida sobre o tópico suscitado, separamos as demandas futuras em dois grupos: i) demandas de conhecimento e ii) demandas executivas, assim compreendidas como requerimento para o início da fase de cumprimento de sentença, bem como para os casos nos quais se admite o início de ofício.

No tocante às demandas de conhecimento futuras, entendemos não ser óbice para a propositura a existência de incidente de resolução de demandas repetitivas, porém, factível sustentar a possibilidade de o relator, mediante aplicação analógica do artigo 4º, §8º, da Lei nº 8437/1992, determinar a suspensão das novas demandas. Apesar da possibilidade jurídica de adoção deste mecanismo, por analogia, repita-se, entendemos ser necessário requerimento dos legitimados do artigo 977, CPC/2015.

Apesar do efeito suspensivo do incidente e da eficácia vinculante da solução jurídica, será mantido o interesse processual na propositura de demandas sobre a mesma tese jurídica a fim de que se evite a consumação dos prazos extintivos e, conseqüentemente, a perda da pretensão.

A rigor, o CPC/2015, na esteira dos efeitos prospectivos vinculantes da solução jurídica, deveria ter previsto a suspensão dos prazos extintivos (prescrição e decadência) para as demandas individuais não ajuizadas até a admissão do incidente, apenas sendo retomados depois do julgamento definitivo do incidente.²⁰

No tocante às demandas executivas, aplicar-se-ão as normas dos artigos 313, inciso IV, e 921, inciso III, CPC/2015, que determinam a suspensão dos processos pela admissão do incidente, ainda que em fase executiva. Neste caso, com muito mais razão, deverá ser suspenso o prazo extintivo, sob pena de impor ao credor exequente

¹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2010.

²⁰ BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: Fux, Luiz (Coord.) et al. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

a ocorrência da prescrição intercorrente, conforme súmulas 150, do Supremo Tribunal Federal, e 314, do Superior Tribunal de Justiça.

1.4.5. Desistência do Incidente

Após a admissão do incidente com a consequente suspensão dos processos individuais e coletivos, surge a seguinte indagação: poderá a parte desistir da sua demanda própria? E do incidente?²¹

O objeto do incidente, após a suscitação e admissibilidade, posto processo objetivo, encontra-se fora da disponibilidade das partes. Desta forma, não será possível a desistência. O objeto do incidente é coletivo, pois não diz mais respeito às partes que figuram no processo que o originou. O incidente desvincula-se do processo que o originou.

Apesar desta afirmação, impende ressaltar, conforme dito alhures, que o Ministério Público, caso ocorra a desistência ou abandono do incidente, assumirá a titularidade ativa, na forma do artigo 976, §2º, CPC/2015.

Por outro lado, a demanda suspensa ou originária ainda pertence às partes e ainda figura em sua esfera de disponibilidade, mesmo que em sede recursal. Nada obstará, portanto, desde que observada a normativa inerente, a desistência da ação, pois o incidente prosseguira mesmo com esta desistência, conforme artigo 976, §1º, CPC/2015. A decisão decorrente, portanto, será indiferente para a parte que desistiu da demanda.

1.4.6. Natureza Jurídica do Procedimento

Considerando o alcance da decisão proferida, bem como todo o procedimento supramencionado, tem-se que este incidente reveste-se de característica de verdadeiro processo objetivo. O objeto deste incidente é a fixação de uma tese jurídica geral. Trata-se de um incidente com objeto litigioso coletivo.²²

O julgamento do incidente tem por objetivo e por limite a definição de uma tese jurídica para a mesma questão que se repete em várias ações. O processo piloto, inicialmente instaurado entre autor e réu, passa a servir como instrumento público imprescindível à elaboração daquela tese jurídica.

Assim, forçoso concluir estarmos diante de um verdadeiro processo objetivo.

²¹ BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: Fux, Luiz (Coord.) et al. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

²² DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 9ª ed. Bahia. JusPodivm, v.3, p. 321. In: RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações Repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá. 2013, p. 196.

1.4.7. Natureza Jurídica da Decisão Proferida

O julgamento do incidente vinculará todos os casos presentes e futuros que tratem da mesma questão de direito em todo o território em que o tribunal que o julgou exerce sua competência. Se houver julgamento de recurso extraordinário ou de recurso especial, a área de vinculação será todo o território nacional.

Em decorrência de a premissa do incidente de resolução de demandas repetitivas ser verdadeiro processo objetivo, imprescindível abordar a natureza da decisão inerente.

Não se questiona, por certo, que o ato judicial será um acórdão. A questão proposta nesta senda é abordar a eficácia deste acórdão, bem como sua natureza jurídica.

Poder-se-ia, em uma análise rápida, concluir que a tese jurídica fixada no bojo do incidente seria um mero entendimento jurídico, mero precedente persuasivo expedido pelos tribunais competentes, com observância facultativa por parte das instâncias inferiores. Esta interpretação, simplória, diga-se, não ensejaria a violação de qualquer princípio ou regra constitucional. Seria mantido o *status quo*.

Não parece ter sido o intento do legislador, pois o artigo 985, CPC/2015, preconiza a observância obrigatória da tese jurídica pelos demais órgãos jurisdicionais. A tese jurídica central, limitada às questões de direito comuns às ações repetitivas, será dotada de observância obrigatória. Assim, imperioso rematar se tratar de verdadeiro precedente vinculante o resultado da decisão proferida no bojo deste incidente.²³

A bem da verdade, este é o ponto mais polêmico e de difícil solução do novel instituto. A definição precisa da natureza jurídica, que acarreta a irradiação dos efeitos da decisão paradigma para além das partes originárias do processo piloto, ainda será objeto de intenso debate.

Poderá ser sustentada a tese de que tal fenômeno jurídico não é um precedente vinculante, pois necessitaria de norma constitucional expressa neste sentido, tal como existe no artigo 103-A da Constituição Federal. Seguindo tal premissa, a observância obrigatória da tese jurídica fixada será uma extensão subjetiva da coisa julgada e não um precedente vinculante.

O efeito vinculante do precedente, em nosso sentir, com a eficácia subjetiva *erga omnes* inerente, não se refere ao fenômeno da coisa julgada, mas, sim, da *ratio decidendi*.²⁴ A observância obrigatória cingir-se-á somente a questões de direito.

Pelo incidente se permite a apreciação simultânea de idêntica questão de direito, própria a várias ações. A decisão do incidente não é título executivo judicial,

²³ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações Repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 208.

²⁴ BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.) et al. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Na opinião de Marinoni, tratar-se-ia de incidente de uniformização de jurisprudência com caráter vinculante. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 177.

portanto, não poderá ser utilizada nas demandas suspensas para satisfação direta e imediata da pretensão.

O incidente não implica qualquer unificação processual, no sentido de reunião das ações no juízo prevento. As ações mantêm sua autonomia de procedimento, portanto, não há qualquer alteração na configuração subjetiva das demandas. Cada juiz deverá decidir a demanda suspensa à luz da premissa assentada no incidente. É somente a compreensão da questão jurídica que vincula e, não, a decisão da ação paradigma em si.

Este efeito vinculante será aplicável no regime *pro et contra*. Assim, independentemente do resultado da tese jurídica, aplicabilidade ou rejeição, será estendido aos demais casos. Tal solução é diversa das aplicáveis a demandas coletivas, pois nestas se aplica o regime *in utilibus*, ou seja, somente o resultado benéfico será estendido aos demais casos, conforme se verifica no artigo 103, §§1º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Excepciona-se tal regime nos casos de intervenção individual nos processos coletivos, conforme artigos 94 e 103, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

1.5. Consequências Processuais do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

O incidente em comento gera diversas consequências ao longo da relação jurídica processual. Com o fito precípua de organizá-las e facilitar a visualização, segue a lista:

- a) exclusão da observância da ordem cronológica da conclusão – artigo 12, §2º, III, CPC/2015;
- b) possibilidade de concessão de tutela de evidência – artigo 311, II, CPC/2015;
- c) suspensão do processo – artigo 313, IV, CPC/2015;
- d) improcedência liminar – artigo 332, III, CPC/2015;
- e) dispensa da remessa necessária – artigo 496, §4º, III, CPC/2015;
- f) suspensão da execução – artigo 921, I, CPC/2015;
- g) permissão para o relator, em sede de decisão monocrática, negar provimento ao recurso, quando a decisão recorrida estiver em conformidade com o que restou decidido no incidente – artigo 932, IV, c, CPC/2015;
- h) permissão para o relator, em sede de decisão monocrática, dar provimento ao recurso, quando a decisão recorrida estiver em desconformidade com o que restou decidido no incidente – artigo 932, V, c, CPC/2015.

2. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Processo Coletivo

2.1. Microsistema da Tutela Coletiva

Com o fito precípua de visualizar a importância do tema em comento, impende abordar o conceito do microsistema da tutela coletiva, bem como sua incidência.

Microsistema da tutela coletiva é o conjunto formado pelas normas processuais, materiais e heterotópicas, sobre o processo coletivo nas diversas normas jurídicas positivadas em nosso ordenamento. Estas normas jurídicas disseminadas formam um conjunto (ainda que de maneira informal, sem a sistematização em um único diploma legislativo) de regras jurídicas que regulamentam a tutela coletiva.

Como ainda não há uma regulamentação própria, corporificada em uma codificação, a doutrina, com respaldo da jurisprudência, reconhece que as diversas leis existentes se comunicam entre si e formam um verdadeiro sistema policentrado de tutela coletiva.

Dentre as normas mais importantes que formam o arcabouço básico do microsistema, podemos apontar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública.

Estas normas formam o que podemos denominar de regramento geral da tutela coletiva por intermédio das normas de reenvio existentes em ambas as leis.

No Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o artigo 90 determina a aplicação das normas ínsitas na Lei de Ação Civil Pública.²⁵ A Lei de Ação Civil Pública, por seu turno, em seu artigo 21, determina uma remissão ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor.²⁶

Da conjugação destes dois artigos, podemos concluir que a LACP preceitua a aplicação das normas do CDC nas Ações Cíveis Públicas em geral e o CDC, “reenvia” a aplicação das normas da LACP às ações coletivas consumeristas. Assim, encontramos as denominadas “normas de reenvio”; tal reenvio é consequência da aplicação do chamado “diálogo de fontes” comumente encontrado nas normas de direito material.

Apesar disso, não há qualquer óbice para a aplicação do “diálogo de fontes” em direito processual. Ademais, existem diversos pontos de tangenciamento entre o direito material e o direito processual, seja no plano abstrato (legislação), seja no plano concreto (aplicação das normas); podemos encontrar, inclusive, institutos que são regulados tanto por normas de direito material quanto por normas de direito processual, como, por exemplo, a prescrição.

Existem normas jurídicas, por fim, que regulam, ao mesmo tempo, o direito material e o direito processual e são chamadas de normas heterotópicas ou de natureza híbrida.

O microsistema de tutela coletiva gera um “Sistema de Vasos Intercomunicantes”. Tal sistema decorre do policentrismo do ordenamento jurídico brasileiro e significa que a normatização das situações ou das relações jurídicas se encontram em normas esparsas. À guisa de exemplo, existem diversas normas jurídicas que regulam o processo civil coletivo (Constituição da República, Lei de Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, Lei

²⁵ “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de jul. 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

²⁶ “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990).”

de Improbidade Administrativa, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei do Mandado de Segurança...). Entre estas diversas normas jurídicas positivadas existe uma “comunicação”, ainda que informal para regular determinado instituto da tutela coletiva. É exatamente esta reunião intercomunicante de vários diplomas que regulam a mesma matéria que é denominado de sistema de vasos comunicantes.

Assim, podemos afirmar que a formação do microsistema de tutela coletiva decorre das normas de reenvio e do sistema de vasos comunicantes por intermédio dos diversos diplomas legislativos.

Após a apresentação do microsistema, sobreleva notar a existência de duas espécies de microsistema, conforme o processo coletivo.

Os processos coletivos são divididos pela doutrina em Processo Coletivo Comum e Processo Coletivo Especial.

O Processo Coletivo Comum é aquele, cujo objeto é a tutela, em concreto, dos interesses transindividuais por intermédio das Ações Coletivas Comuns, tais como Ação Civil Pública, Ação Popular, etc., ou seja, tem por objetivo a proteção da higidez de um direito subjetivo.

O Processo Coletivo Especial, por sua vez, é aquele, cujo objeto é a tutela, em abstrato, das normas jurídicas em nosso ordenamento por intermédio das Ações de Controle (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). Em outros termos, tem por objetivo a proteção da higidez do direito objetivo.

Assim, diante da existência de dois tipos de processos coletivos, com características, princípios e regulamentações diferentes, nada mais natural do que a existência de microsistemas diversos, quais sejam: Microsistema da Tutela Coletiva Comum e Microsistema da Tutela Coletiva Especial.

No mesmo sentido, podemos destacar a opinião de Gregório Assagra Almeida²⁷, Elpídio Donizetti e Marcelo Malheiros Cerqueira.²⁸

Estes dois microsistemas não se comunicam, ou seja, não existe entre eles o sistema de vasos comunicantes, tampouco as normas de reenvio, razão pela qual não haverá mútua complementariedade entre eles. Em outros termos, não serão aplicáveis às ações de controle de constitucionalidade as normas dos processos coletivos comuns, pois os objetos e as finalidades são completamente diferentes e inconciliáveis.

²⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007, p. 48. “[...] dois microsistemas merecem destaque especial, pois são relacionados com a composição do objeto formal do direito processual coletivo brasileiro. O primeiro é o microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum, formado pela completa integração, legalmente existente, entre a Lei nº 7347/1985 (LACP, art. 21) e a Lei nº 8078/1990 (CDC, art. 90). O segundo é o microsistema de tutela jurisdicional coletiva especial (controle concentrado e abstrato da constitucionalidade), composto no plano infraconstitucional pela Lei nº 9868/1999 e Lei nº 9882/1999.”

²⁸ DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 33. “Independentemente da classificação que se adote, o que importa é ter em mente a coexistência de dois microsistemas processuais coletivos, um aplicável apenas às ações de controle concentrado de constitucionalidade e outro, mais amplo, abrangendo todas as demais ações coletivas.”

Enquanto a finalidade precípua do processo coletivo comum é a tutela em concreto de interesses transindividuais, gerando um processo subjetivo, a finalidade do processo coletivo especial é a tutela em abstrato da higidez do direito objetivo.

Assim, o microsistema da tutela coletiva comum será composto pelas normas da Lei de Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular e Código de Proteção e Defesa do Consumidor; enquanto o microsistema da tutela coletiva especial será composto pelas normas da Constituição da República e das Leis nº 9868/1999 e 9882/1999.

2.2. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, os Direitos Individuais Homogêneos e Coletivização das Demandas

Nosso ordenamento jurídico positivado prevê uma tricotomia nos interesses transindividuais, conforme artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Os interesses transindividuais e, por sua vez, as demandas coletivas dividem-se em dois grandes grupos: interesses essencialmente coletivos e interesses acidentalmente coletivos. Os interesses essencialmente coletivos são compostos pelos interesses difusos e coletivos em sentido estrito (artigo 81, parágrafo único, incisos I e II do CDC).

Tais interesses são indisponíveis, indivisíveis e insuscetíveis de apropriação individual. Nestes casos, a relação jurídica deduzida em juízo torna-se indivisível da mesma forma, não permitindo que o indivíduo promova ação própria para a tutela destes direitos coletivos.

Por outro lado, os interesses acidentalmente coletivos são compostos por interesses individuais homogêneos. São interesses individuais na essência, mas que comportam tutela jurisdicional coletiva. Será, a bem da verdade, uma tutela coletiva de direitos individuais, visto que se lastreiam em fato comum (artigo 81, parágrafo único, inciso III do CDC).

Tais interesses são disponíveis, como regra, divisíveis e suscetíveis de apropriação individual. Neste caso, será possível a propositura de demandas individuais para tutela dos interesses, posto divisíveis.

O presente incidente somente se presta para atingir os interesses acidentalmente coletivos, ou seja, os interesses individuais homogêneos. Estes interesses não são de fato materialmente coletivos, mas, sim, individuais, sendo submetidos a tratamento coletivo por mera questão de política legislativa processual. Estes interesses versam sobre os direitos repetitivos ou massificados, razão pela qual se enquadrariam perfeitamente neste incidente.²⁹

²⁹ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações Repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 192.

Por outro lado, há quem entenda³⁰ que os direitos individuais homogêneos, assim entendidos na forma do artigo 81, parágrafo único, inciso III do CDC, não se confundem com os direitos que dão origem às ações repetitivas.

Para os direitos individuais homogêneos, exige-se origem comum e homogeneidade. Para os direitos que dão origem às ações repetitivas, dispensa-se a origem comum. A homogeneidade é mitigada, enquanto requisito, por ser muito mais superficial a análise para sua caracterização.

A distinção apresentada pode ser afastada para fins de aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas. Os direitos individuais homogêneos derivam de um fato comum ensejador da demanda, mas que também configura um fator de multiplicação das demandas individuais e, até, coletivas. Os direitos ensejadores das ações repetitivas, por sua vez, versam, a rigor, sobre tema afeto ao mesmo cerne jurídico. Esta distinção existe e merece análise, porém, não terá o condão de arrostar a possibilidade de utilização dos direitos individuais homogêneos como fator de admissibilidade do incidente.

Por fim, imprescindível abordar os conceitos de ações individuais com efeitos coletivos e ações pseudoindividuais³¹.

Na denominada ação individual com efeitos coletivos, há uma demanda individual, porém, em virtude do pedido formulado, os efeitos da sentença atingem a coletividade. Um exemplo deste tipo de demanda é a denominada ação de dano infecto, proposta com lastro no direito de vizinhança. O resultado da demanda, sujeito à eficácia subjetiva da coisa julgada material, operar-se-á *inter partes*, porém, reflexamente atingirá todos circunscritos nos arredores.

Na denominada ação pseudoindividual, há uma demanda individual que, apesar de lastreada em direito subjetivo individual com uma pretensão individualmente exercida, deveria ter um pedido coletivo, pois o resultado do processo afetará todos que titularizam o direito subjetivo. Trata-se de demanda baseada em direito material unitário ou incindível. Assim, a relação jurídica de direito material, também incindível, somente poderá ser resolvida de maneira idêntica para todos. O exemplo mais comum citado pela doutrina versa sobre ação de anulação de assembleia proposta por um único sócio. Como é um caso de direito material incindível, o resultado da demanda deverá ser igual para todos.

Nesta última hipótese, a doutrina majoritária sustenta que a eficácia subjetiva da coisa julgada material deverá ser *erga omnes*, tanto no caso de improcedência, quanto na procedência (imutabilidade *pro et contra*). Tal afirmação decorre da unitariedade da relação de direito material. Ademais, o autor da demanda figura como substituto processual dos demais titulares do direito material.

³⁰ ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: arts. 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil, PLS 166/10. Disponível em: <http://www.renatorosa.com/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas> Acesso em: 11 jun. 2011.

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Projeto do novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos. In: FUX, Luiz (Coord.) et al. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Estes conceitos são relevantes para demonstrar que o incidente de resolução de demandas repetitivas deverá ser empregado em ações puramente individuais, quando versarem sobre a mesma questão de direito, e nas ações acidentalmente coletivas, também chamadas de pseudocoletivas, que versem sobre direitos individuais homogêneos.

Por seu turno, as ações individuais com efeitos coletivos e as ações pseudoindividuais, por suas próprias naturezas, deverão ser convertidas em ação coletiva para a defesa de interesses difusos ou coletivos em sentido estrito. Não é possível tratá-las como individuais.

Assim, nestes dois últimos casos, o legislador previu a utilização do chamado incidente de coletivização das demandas, ou seja, conversão da demanda individual em demanda coletiva, conforme artigo 333, CPC/2015, desde que a demanda não versasse sobre direito individual homogêneo (artigo 333, §2º, CPC/2015).

Entretanto, este mecanismo foi vetado pela Presidência da República, pois, da forma como foi redigido, o instituto poderia ser utilizado de forma pouco criteriosa, inclusive em detrimento dos interesses das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Ademais, o CPC/2015 já contempla mecanismos para tratar das demandas repetitivas.

Assim, apesar do veto, há mecanismo que poderá sanar as eventuais dificuldades decorrentes. Basta que o magistrado aplique as regras do artigo 139, inciso X, CPC/2015.

O artigo 139, inciso X, CPC/2015, preconiza o poder-dever de o magistrado oficiar os legitimados coletivos, cientificado-se-lhes acerca da existência de diversas demandas individuais repetitivas.

Tal notificação tem o condão de cientificação para a propositura da Ação Coletiva respectiva, conforme a literalidade da norma. Entretanto, a melhor interpretação será no sentido de adotar as medidas processuais e extraprocessuais típicas da tutela coletiva, pois existem outras formas de debelar os conflitos decorrentes de ameaças e lesões aos interesses transindividuais, tais como termo de ajustamento de conduta e recomendação.

Entendemos que a notificação não enseja um caráter vinculativo, mas, informativo, pois os legitimados coletivos cientificados não estarão jungidos a promover as demandas coletivas, sem análise detida dos fatos apresentados, apesar da existência do princípio da obrigatoriedade.

Diferentemente do processo individual, no qual está presente a *facultas agendi* característica do direito subjetivo individual, o processo coletivo vem contaminado pela ideia de indisponibilidade do interesse público.

Para análise da incidência do princípio supracitado, impende destacar as seguintes premissas:

1) os interesses transindividuais têm natureza social e relevância pública, sendo peculiarizados pela indisponibilidade;

II) os legitimados para agir em juízo na defesa destes interesses não são os titulares dos mesmos, mas sim os “representantes” da própria coletividade;

III) os legitimados de forma autônoma não atuam em defesa de posições jurídicas próprias, mas de terceiros, que não têm a faculdade legal de estarem presentes em juízo ou, extrajudicialmente, para manifestarem-se quanto aos interesses transindividuais envolvidos.

O princípio da obrigatoriedade significa que, se identificados no caso concreto os pressupostos da situação material que tornem necessária a propositura de demanda coletiva, não poderá o *Parquet* furtar-se ao ajuizamento da ação.

Tanto isso é verdade, que alguns autores sustentam tratar-se de uma *obrigatoriedade temperada com a conveniência e a oportunidade*.³²

No mesmo sentido, destacamos as lições de Édis Milaré:

Não vamos chegar ao extremo de dizer que a atividade do Ministério Público, aí, seja ilimitadamente discricionária, ficando a critério do órgão a propositura ou não da ação. No entanto, verificando que não há suporte legal para o ajuizamento da ação, ou, ainda, que não é oportuna ou conveniente essa propositura, poderá deixar de exercê-la.³³

Assim, conclui-se pela aplicação do princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva, desde que presentes todos os pressupostos e requisitos ensejadores do exercício judicial da pretensão.

Tal notificação é uma grande e necessária novidade sob dois prismas: a) evitará multiplicidade de demandas, reduzindo o número de ações em curso perante o Judiciário; b) evitará o risco de decisões judiciais conflitantes.

A notificação não terá o condão de converter as demandas individuais em repetitivas, pois, caso o legitimado coletivo cientificado promova a demanda coletiva, não impedirá o prosseguimento das diversas demandas individuais.

Caso as demandas repetitivas versem sobre a mesma tese jurídica, a notificação prevista neste artigo não impedirá a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto no artigo 976, CPC/2015.

Conforme artigos 104, do Código de Defesa do Consumidor, e 22, §1º, da Lei nº 12016/2009, não existe litispendência entre as demandas individuais e coletivas, entretanto, os autores das ações individuais deverão ser citados para optarem pelo prosseguimento ou suspensão das suas ações.

³² FERRAZ, Antônio Augusto Camargo de Mello. *Et alli, A ação civil pública e a tutela dos interesses difusos*, cit., p. 42.

³³ MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 11.

A legitimação coletiva prevista nos artigos 5º, da Lei nº 7347/1985, e 82, do Código de Defesa do Consumidor, é concorrente e disjuntiva (artigo 129, §1º, CR/1988), ou seja, a atuação processual de um dos legitimados não condiciona ou impede a atuação dos demais.

Entendemos que os legitimados coletivos deverão ser notificados, atentando-se para a letigimidade e representatividade adequada. O Ministério Público, a Defensoria Pública e a Fazenda Pública deverão ser notificados em atenção ao âmbito de suas atuações funcionais.

O Ministério Público será notificado para todas as hipóteses de atuação na tutela coletiva, pois sua legitimação ativa coletiva é ampla e abrange todos os interesses transindividuais (artigos 127 e 129, inciso III, CR/88; artigos 81 e 90, do Código de Defesa do Consumidor, e artigo 21, da Lei nº 7347/1985)³⁴.

A Defensoria Pública somente deverá ser notificada para atuação nos interesses individuais transindividuais referentes aos hipossuficientes (artigos 134, CR/1988 e 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar 80/1994).

A Fazenda Pública deverá ser notificada para atuar, preferencialmente, nas hipóteses de execução das decisões de Tribunais de Contas.

Os legitimados coletivos da esfera privada (associações, sindicatos e congêneres) deverão ser notificados, atentando-se para a legitimidade e representatividade adequada, ou seja, o âmbito de suas atividades deve ser congruente com o objeto das demandas.

2.3. Sistema do *Fair Notice* e *Right to opt in or out* Aplicável aos Processos Coletivos que Veiculam Direitos Individuais Homogêneos

No estudo do processo coletivo comum, notadamente quando existir a concomitância de demandas coletivas e demandas individuais sobre o mesmo tema, exsurge, de imediato, indagação a respeito da estabilidade das relações jurídicas subjacentes, ante a inegável possibilidade de proferimento de decisões judiciais conflitantes.

³⁴ STJ. 3ª Turma. Resp 1099634. 08/05/2012. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE PÚBLICO. SISTEMA DE BILHETAGEM ELETRÔNICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. VIOLAÇÃO DO DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO ADEQUADA. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ. 2. Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. 3. O Ministério Público tem legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública que visa à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme inteligência do art. 129, III da Constituição Federal, arts. 81 e 82 do CDC e arts. 1º e 5º da Lei nº 7.347/1985. 4. A responsabilidade de todos os integrantes da cadeia de fornecimento é objetiva e solidária. Arts. 7º, parágrafo único, 20 e 25 do CDC. 5. A falta de acesso à informação suficiente e adequada sobre os créditos existentes no bilhete eletrônico utilizado pelo consumidor para o transporte público, notadamente quando essa informação foi garantida pelo fornecedor em propaganda por ele veiculada, viola o disposto nos arts. 6º, III e 30 do CDC. 6. Na hipótese de algum consumidor ter sofrido concretamente algum dano moral ou material em decorrência da falta de informação, deverá propor ação individual para pleitear a devida reparação. 6. Recurso especial parcialmente provido.

O objetivo do presente estudo não é o de aprofundar a abordagem do processo coletivo e seus consectários lógicos, mas imprescindível abordar alguns aspectos que poderão ser atingidos por este novo sistema testilhado.

O legislador, prevendo a necessidade de equacionar os problemas resultantes dos litígios em massa, positivou as demandas coletivas com o fito de resolver, no bojo de um único processo judicial, todas as questões envolvidas, por meio da atuação de um legitimado coletivo.

Entretanto, o sistema processual coletivo, instaurado através das inúmeras normas jurídicas, não impede o ajuizamento de demandas individuais correlatas às demandas coletivas. A ausência deste impedimento resta evidente nos artigos 103, §1º ao 3º, e 104, do Código de Defesa do Consumidor, e artigo 22, §1º, da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº12016/2009).

Este sistema prevê a necessidade de intimação, no bojo da demanda individual, do autor da ação para que, no prazo decadencial de trinta dias, exerça o direito de optar (*right to opt*) entre o sistema de inclusão (*right to opt in*) ou o de exclusão (*right to opt out*) da demanda coletiva proposta.

A intimação (*fair notice*) é indispensável para a configuração do sistema, pois a mera publicidade preconizada no artigo 94, do CDC, não tem o condão de garantir a plena ciência da existência de demandas coletivas, versando sobre a mesma situação jurídica das demandas individuais correlatas. Caso não seja conferida ao autor da ação individual a oportunidade processual de se manifestar, restará relegado a oblivio o princípio do acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República), bem como o princípio da efetividade da tutela jurisdicional (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República).

Por este sistema, caso o autor individual queira beneficiar-se do resultado jurídico da demanda coletiva, deverá se manifestar de forma expressa, dentro do prazo fixado, e requerer sua suspensão. Por outro lado, caso o seu desejo seja o de manter-se imune ao resultado da demanda coletiva, bastará sua inércia no prazo fixado. Somente poderá valer-se do transporte *in utilibus*, previsto no artigo 103, §3º, do CDC, o autor individual que optar pela suspensão da sua demanda.

A despeito da semelhança entre as redações, o sistema preconizado na Lei do Mandado de Segurança determina que o impetrante da demanda individual, dentro do prazo decadencial de trinta dias, devidamente intimado para tal desiderato, deverá desistir de sua impetração para se beneficiar do resultado da demanda coletiva.

Tal sistema viola, a nosso sentir, as normas jurídicas ínsitas no artigo 5º, incisos XXXV e LXIX, da Constituição da República, pois retira do cidadão o seu direito de acesso à justiça por meio da utilização de remédio jurídico constitucional adequado. Contudo, para evitar o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma com a devida pronúncia de sua invalidade, aplicar-se-á o microsistema da tutela coletiva. Assim, a norma jurídica do artigo 22, §1º, da Lei nº 12016/2009, deverá ser lida na forma prevista no artigo 104, CDC.

À guisa de conclusão, o sistema do incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no CPC/2015, retira do autor da demanda individual o seu direito de optar por prosseguir ou suspender sua demanda individual, pois permite a suspensão das demandas individuais de ofício pelo magistrado quando versarem sobre situações jurídicas homogêneas.

2.4. Consequência da Aplicação Prática deste Incidente no Microsistema da Tutela Coletiva

A questão mais relevante, no sentido da aplicação prática deste incidente, é saber se haverá revogação tácita das normas da tutela coletiva que trazem a previsão do sistema do *fair notice e right to opt in or out* (artigos 104 do CDC, e 22, §1º, da Lei do Mandado de Segurança).

Considerando as premissas fixadas nos tópicos anteriores, a propositura de ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos é um claro indicio de que há a possibilidade de multiplicação de demandas individuais com mesmo fundamento e objeto.

A rigor, há similaridade entre as ações coletivas que tutelam interesses individuais homogêneos e o incidente em testilha. Entretanto, as semelhanças se encerram somente na primeira análise, qual seja, de resolução da mesma questão posta em juízo, atingido o seio da coletividade, e evitando, com isso, a multiplicação das demandas. Após análise mais detida, conforme doutrina de Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza Cantoario, verifica-se que os institutos são deveras diversos³⁵.

As ações coletivas possuem as seguintes características:

- a) Ação acidentalmente coletiva que agrega inúmeras pretensões individuais que poderiam ter sido propostas autonomamente;
- b) O objeto da cognição enseja um exame conjunto de questões comuns de fato e de direito, pertinentes a uma série de pretensões individuais;
- c) A eficácia da decisão, além de formadora de título executivo judicial, gera projeção *erga omnes*, a depender do resultado da demanda (*secundum eventus litis*). Haverá possível vinculação à autoridade da coisa julgada material;
- d) O titular da pretensão não poderá exercê-la, portanto, será o legitimado coletivo o responsável pela propositura da demanda. Apesar desta restrição, será possível a intervenção individual na forma do artigo 94 do CDC;
- e) A suspensão da demanda individual seguirá as regras dos artigos 104 do CDC, e 22, §1º, da Lei nº12016/2009. Trata-se de suspensão opcional que deverá ser requerida no prazo decadencial de trinta dias, contados da intimação do autor da ação individual.

³⁵ BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: Fux, Luiz (Coord.) et al. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Na opinião de Marinoni, tratar-se-ia de incidente de uniformização de jurisprudência com caráter vinculante. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 177.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, por seu turno, possui as seguintes características:

a) Trata-se de procedimento de resolução de questão jurídica controvertida, comum a várias ações reais, as quais mantêm sua autonomia procedimental;

b) O objeto da cognição consiste no exame conjunto das questões de direito;

c) A decisão acarretará uma vinculação à resolução da questão jurídica. Trata-se de precedente vinculante com projeção *erga omnes* da *ratio decidendi*, da tese jurídica geral reconhecida;

d) Terão legitimidade para suscitar o incidente as partes, o Ministério Público, a Defensoria Pública, o relator e o juiz;

e) Haverá suspensão obrigatória dos processos individuais em que se controverta a respeito da mesma questão jurídica objeto do incidente.

Assim, diante das características dos institutos, podemos concluir pela manutenção do regime previsto para os processos coletivos frente aos processos individuais que versarem sobre a mesma questão de direito. Em outras palavras, as normas jurídicas, ínsitas nos artigos 104, do CDC, e 22, §1º, da Lei nº 12016/2009, manter-se-ão hígidas diante do incidente de resolução de demandas repetitivas.

3. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 48.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: Fux, Luiz (Coord.) et al. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, nº 193, p. 262, mar. 2011.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. *Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 9ªed. Bahia: JusPodivm, v.3, p. 321; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações Repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 196.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

FERRAZ, Antônio Augusto Camargo de Mello. *Et alli, A ação civil pública e a tutela dos interesses difusos, cit.*, p. 42.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 28.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Projeto do novo CPC e sua influênciã no minissistema de processos coletivos. In: Fux, Luiz (Coord.) et al. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ªed. São Paulo. Ed. RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Críticas e propostas*. Ed. RT, 2010, p.178.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2010.

MILARÉ, Édís. *Ação Civil Pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1990, p.11.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *Direito Processual Civil Contemporâneo: introdução ao processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. II, p.1124.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações Repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 192.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: arts. 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil, PLS 166/10*. Disponível em: <<http://www.renatorosa.com/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

Ação Rescisória e a Ação de Invalidação de Atos Processuais Prevista no Art. 966, §4º, do CPC-2015

Rescissory Action, Action for Invalidation of Procedural Legal Acts and the New Brazilian Code of Civil Procedure

Fredie Didier Jr.*
Leonardo Carneiro da Cunha**

Sumário

1. Introdução. 2. Rescindibilidade das Decisões que Homologam Autocomposição. 3. Rescindibilidade da Decisão que Homologa Partilha Amigável. 4. Rescindibilidade da Decisão Proferida em Jurisdição Voluntária. 5. A Ação Rescisória e a Ação “Anulatória” do §4º do Art. 966 do CPC. 5.1. Nota Introdutória. Premissas para a Compreensão do Problema. 5. 2. Análise Dogmática do §4º do Art. 966. 5.2.1. Generalidades e duas primeiras Impropriedades Técnicas. 5.2.2. Atos de Disposição de Direitos Homologados pelo Juízo. 5.2.3. Atos Homologatórios Praticados no Curso da Execução.

Resumo

Este ensaio examina, sob um prisma dogmático, o §4º do art. 966 do CPC, que supostamente pretende regular uma ação de invalidação de atos processuais.

Abstract

This essay examines, from a dogmatic point of view, art.966 §4º of the Brazilian Code of Civil Procedure, that allegedly intends to regulate an action to invalidate procedural legal acts.

* Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente pela USP. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado. fredie@terra.com.br

** Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFPE. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Procurador licenciado do Estado de Pernambuco. Advogado. ljcarneirodacunha@uol.com.br

Palavras-chave

Ação rescisória. Ação anulatória. Decisão homologatória. Partilha. Jurisdição voluntária.

Keywords

Rescissory action. Action for invalidation. Approval by the judge. Disputes over the distribution of inheritance. Jurisdição voluntária.

1. Introdução

O §4º do art. 966 do CPC-2015 é o dispositivo que carrega a maior quantidade de imprecisões técnicas entre todos os que compõem o novo Código.

É muito difícil examiná-lo dogmaticamente.

Ao que tudo indica, ele vem a ser o correspondente ao art. 486 do CPC-1973, servindo como base normativa para a “ação anulatória” de ato jurídico processual.

Sucedede que, em um novo sistema de impugnação da coisa julgada, implantado pelo CPC-2015, o dispositivo não pode ser interpretado com base no repertório dogmático forjado ao tempo do CPC-1973, que, no particular, é bem diferente do CPC-2015. Ainda que o texto do §4º do art. 966 do CPC-2015 fosse idêntico ao do art. 486 do CPC-1973, o que não é, sua interpretação deveria ser repensada, porque o dispositivo está inserido em outro contexto. É muito importante perceber isso.

A interpretação do §4º do art. 966 do CPC-2015 pressupõe a apresentação de algumas premissas em torno da rescindibilidade de algumas decisões: homologatórias de autocomposição e proferidas em jurisdição voluntária.

Em seguida, cuidaremos do dispositivo que é o foco desse pequeno ensaio.

2. Rescindibilidade das Decisões que Homologam Autocomposição

A decisão que homologa a autocomposição, uma vez transitada em julgado, é rescindível¹.

Trata-se de espécie de decisão de mérito (art. 487, III, CPC) e, nessa qualidade, se subsume à hipótese do *caput* do art. 966 do CPC. *Qualquer decisão de mérito é rescindível*. Não há razão para ser diferente nesse caso.

O CPC-2015, ao ampliar o cabimento da ação rescisória também para as decisões de admissibilidade (art. 966, §2º, CPC) e ao falar em “decisão de mérito”, e não mais “sentença de mérito” no *caput* do art. 966, não dá margem a dúvidas quanto a isso.

¹ Nesse sentido, MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Primeiras linhas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC/15. *Doutrina selecionada – processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire (Org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, vol. 6, p. 179.

Aliás, a decisão homologatória é título executivo judicial (art. 515, II, CPC). Nessa condição, o executado somente pode opor-se ao cumprimento de sentença alegando uma das matérias do §1º do art. 525, CPC, sendo-lhe vedado suscitar pontos que deveriam ser enfrentados na fase de conhecimento; só lhe restará alegar matérias pertinentes à própria execução ou fatos supervenientes à decisão homologatória. Essa regra revela, claramente, a existência da eficácia preclusiva da coisa julgada nesse caso (art. 508, CPC). Daí o cabimento da ação rescisória para desconstituí-la.

Assim, deve ser encerrada a polêmica existente ao tempo do CPC-1973 quanto à rescindibilidade das decisões que homologam a autocomposição. A polêmica decorria da necessidade de combinação do art. 485, VIII, do CPC-1973, que previa rescisória nos casos de transação, com o art. 486 do CPC-1973, que falava em “sentença homologatória”².

É rescindível, então, a decisão que homologa transação, reconhecimento da procedência do pedido e renúncia ao direito sobre o que se funda a ação³ (art. 487, III, CPC). A observação é muito importante, para fim de compreensão da abrangência do §4º do art. 966, adiante examinado.

Nesses casos, a ação rescisória pode fundar-se em fatos que digam respeito ao ato homologado⁴ ou à decisão de homologação. É possível, por exemplo, rescindir a decisão que homologou renúncia obtida mediante coação (art. 966, III, CPC) ou que homologou transação em fraude à lei (art. 966, III, CPC)⁵. Também será possível a rescisão, por exemplo, nos casos de incompetência absoluta do juízo que homologou a autocomposição ou no caso de homologação de acordo relativo a incapaz sem prévia intimação do Ministério Público⁶.

Enfim, a ação rescisória pode ser proposta por haver vício na autocomposição, no procedimento que acarretou a homologação, na competência do juízo ou na própria decisão homologatória.

3. Rescindibilidade da Decisão que Homologa Partilha Amigável

A redação originária do art. 2.027 do Código Civil prescrevia: “A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos”.

² Sobre essa polêmica doutrinária, ver, amplamente, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. 5, p. 157-163; CARVALHO, Fabiano. *Ação rescisória: decisões rescindíveis*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66-94; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, vol. 3, p. 407-412.

³ ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1985, vol. 39, p. 14; CARVALHO, Fabiano. *Ação rescisória: decisões rescindíveis*, cit., p. 84 e ss.

⁴ Não admitindo a rescisória por vício no ato homologado, BARIANI, Rodrigo. Da ação rescisória. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. Teresa Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (Coord.). São Paulo: RT, 2015, p. 2.150.

⁵ “Com isso, ainda é possível a rescisão da sentença que se baseou em autocomposição viciada, não só pela própria coação, mas também pelo dolo e pela fraude à lei”. (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1.916).

⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1.924.

Em sua literalidade, permitia o Código Civil que uma partilha “julgada” pudesse ser anulada como um negócio jurídico comum.

Costumava-se interpretar como “julgada” apenas a partilha decidida por sentença. Mas também se deveria compreender como “julgada” a partilha homologada pelo juiz, quando houvesse consenso.

No primeiro caso, há julgamento propriamente dito. Ora, se há julgamento, há aptidão para a coisa julgada. A coisa julgada é estabilidade da decisão que somente pode ser desconstituída por meios típicos, entre os quais sobressai a ação rescisória (arts. 966 e ss., CPC). A sentença de partilha, aliás, é expressamente rescindível nos termos do art. 658, CPC.

No segundo caso, o juiz não a julga, mas a decisão que homologa a partilha consensual é igualmente de mérito (art. 487, III, b, CPC). Essa decisão homologatória também é, pelas mesmas razões, rescindível⁷. Isso decorre da combinação de alguns dispositivos, imprescindíveis para compreender a extensão da mudança no art. 2.027 do Código Civil.

Os arts. 657 e 966, §4º, do CPC, deixam claro que a decisão (transitada em julgado) que homologa partilha amigável é rescindível.

Já havia clara incompatibilidade entre o Código Civil e o Código de Processo Civil de 1973; em relação ao CPC de 2015, a antinomia seria ainda mais evidente. O dispositivo do Código Civil somente poderia ser aplicado às partilhas amigáveis; àquelas que passaram pelo crivo judicial se reservaria a ação rescisória⁸.

Não era caso de revogar o art. 2.027 do Código Civil, pois ele é importante para os casos de partilha não “julgada”. Era preciso, então, redefinir os limites de sua incidência.

O CPC evitou essa antinomia ao alterar a redação do art. 2.027 do Código Civil. O art. 1.068 do CPC determinou a alteração do texto do art. 2.027 do Código Civil, que passou a conter a seguinte redação: “A partilha é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos”.

Com a mudança, ficou claro que a partilha, que pode ser amigável e feita em serventia extrajudicial, é, como qualquer negócio jurídico, anulável. Não há mais menção à decisão da partilha. Isso porque, se há decisão judicial e trânsito em julgado, o caso é de ação rescisória (art. 658, CPC), não de anulatória.

⁷ “Se a partilha amigável foi feita por instrumento particular homologado pelo juiz, pode ela ser anulada por dolo, erro essencial ou incapacidade relativa, ou ter decretação de nulidade, por incapacidade absoluta do figurante. Mas há sentença homologante e essa, como sentença, que é, está sujeita às regras jurídicas do art. 485, I-IX”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, t. 14, p. 276.). O art. 485 do CPC-1973 corresponde ao art. 966 do CPC-2015.

⁸ Entendendo que somente as partilhas julgadas se submetem à ação rescisória – às homologadas não se aplicaria a ação rescisória, mas sim a ação anulatória de ato jurídico: LEITE, Eduardo Oliveira. *Comentários ao Código Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 21, p. 823; PRADO, Maria Isabel. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol. 17, p. 575-576; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Comentários ao Código Civil*: artigo por artigo. Carlos Eduardo Nicoletti Camillo; Glauber Moreno Talavera; Jorge Shiguemitsu Fujita; Luiz Antonio Scavone Jr. (Coords.). São Paulo: RT, 2006, p. 1.397.

Eis, então, a síntese do sistema atual de impugnação de partilha:

a) se a partilha for decidida ou homologada pelo juiz e a respectiva decisão transitou em julgado, o caso é de ação rescisória da sentença que a homologou (arts. 658 e 966, CPC)⁹;

b) se for extrajudicial ou, tendo sido decidida ou homologada pelo juiz, a respectiva decisão ainda não tiver transitado em julgado, cabe ação anulatória da partilha, nos mesmos casos e prazos previstos para os negócios jurídicos em geral (arts. 657, *caput*, e 966, §4º, CPC)¹⁰.

4. Rescindibilidade da Decisão Proferida em Jurisdição Voluntária

Tradicionalmente, diz-se que as sentenças proferidas em procedimento de jurisdição voluntária não se tornam indiscutíveis pela coisa julgada e, por isso, não poderiam ser alvo de uma ação rescisória. Essa é a orientação predominante.

Não é, porém, o entendimento aqui defendido.

As sentenças proferidas nos procedimentos de jurisdição voluntária também são aptas à coisa julgada, tornando-se imutáveis e indiscutíveis. No procedimento de jurisdição voluntária, há pedido, existindo, portanto, mérito. A sentença que acolhe está a resolver o mérito, encaixando-se na hipótese do art. 487, I, CPC. A sentença de mérito, proferida em procedimento de jurisdição voluntária, torna-se imutável e indiscutível, produzindo coisa julgada. Desse modo, transitada em julgado uma sentença num procedimento de jurisdição voluntária, cabe ação rescisória com a finalidade de desconstituir a coisa julgada que se produzir, em razão de alguma das hipóteses previstas no art. 966 do CPC¹¹.

Note que, de acordo com o CPC-2015, até mesmo decisões que não resolvem o mérito da causa podem ser objeto da ação rescisória. Nada há no texto do CPC que impeça a ação rescisória de decisão proferida em jurisdição voluntária, que é decisão de mérito, produzida após contraditório.

⁹ Nesse sentido, enunciado nº 137 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Contra sentença transitada em julgado que resolve partilha, ainda que homologatória, cabe ação rescisória”.

¹⁰ Nesse sentido, enunciado nº 138 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A partilha amigável extrajudicial e a partilha amigável judicial homologada por decisão ainda não transitada em julgado são impugnáveis por ação anulatória”.

¹¹ José Maria Tesheiner, embora entenda não haver coisa julgada na jurisdição voluntária, ressalta existirem decisões de mérito nos processos de jurisdição voluntária, motivo pelo qual não se deve, na sua opinião, pré-excluir o cabimento da ação rescisória, devendo-se, concretamente, investigar o interesse de agir na sua propositura (TESHEINER, José Maria. Ação rescisória no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 244, 2015, p. 212-213). Para Humberto Theodoro Jr., apenas nos casos em que tenha havido resistência no procedimento, a sentença proferida em jurisdição voluntária pode ser objeto de ação rescisória (THEODORO Jr., Humberto. Ação rescisória no Novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Forum, 2015, nº 90, p. 292).

5. A Ação Rescisória e a Ação “Anulatória” do §4º do Art. 966 do CPC

5.1. Nota Introdutória. Premissas para a Compreensão do Problema

A compreensão dos contornos dogmáticos do §4º do art. 966 pressupõe a fixação de algumas premissas.

a) A ação rescisória incorporou os casos de invalidade da sentença. Algumas causas de invalidade da sentença convertem-se em hipóteses de rescindibilidade. Quando se funda em questões de validade, a ação rescisória serve como ação de invalidação da decisão.

b) Decisão judicial transitada em julgado pode ser invalidada por ação rescisória, seja ela de mérito (art. 966, *caput*), seja ela decisão que não tenha examinado o mérito (art. 966, §2º). A regra, como visto, também se aplica às decisões que homologam a autocomposição.

Em dois casos específicos, cabe *querela nullitatis* (art. 525, §1º, I, e art. 535, I, CPC). Isso porque a coisa julgada é situação jurídica que somente pode ser extinta por meio de ação judicial específica. E a coisa julgada pressupõe a existência de decisão judicial transitada em julgado.

c) Decisão judicial que não tenha transitado em julgado pode ser invalidada por recurso, como regra, ou até mesmo, embora seja bem excepcional, *ex officio*, nos casos em que isso for possível (art. 64, § 1º, CPC, por exemplo).

d) Atos processuais praticados pelas partes ou por auxiliares da justiça não são aptos a tornarem-se indiscutíveis pela coisa julgada. São, porém, atos jurídicos e, nessa qualidade, podem ser invalidados. A invalidação desses atos jurídicos costuma ser requerida e decretada nos próprios autos do processo em que o ato foi praticado, incidentalmente. Mas nada impede que se proponha ação com esse propósito.

O §4º do art. 966 do CPC cuida da invalidação dos atos processuais praticados pelas partes ou pelos auxiliares da justiça. *Ele não cuida da invalidação de atos decisórios*, que, conforme visto, será resultado de ação rescisória, *querela nullitatis* ou recurso.

e) O §4º do art. 966 deve ser interpretado em consonância com restante do artigo em que inserido.

O *caput* do art. 966 não deixa margem para dúvida: decisão jurisdicional de mérito é alvo de ação rescisória. O §2º do art. 966 também é bem claro: decisão jurisdicional que não é de mérito também é objeto da ação rescisória.

Assim, ao §4º do art. 966 sobrou o regramento da ação de invalidação de atos processuais não decisórios: os atos das partes ou dos auxiliares da justiça.

f) Por causa disso, o §4º do art. 966 está mal posicionado no CPC. Como nada tem a ver com a ação rescisória, não deveria estar no capítulo a ela dedicado. Dispositivo

sobre a invalidação de atos não jurisdicionais deveria estar no capítulo do CPC dedicado às invalidades processuais¹².

5.2. Análise Dogmática do §4º do Art. 966

5.2.1. Generalidades e duas primeiras Impropriedades Técnicas

Eis a redação do § 4º do art. 966 do CPC: “Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”.

O dispositivo tem um núcleo normativo: cuida da “anulação” de alguns atos jurídicos. É para isso que ele serve. Regula, porém, a invalidação de atos jurídicos em duas situações: atos praticados na fase de conhecimento (primeira parte do §4º, que vai até “homologados pelo juízo”) e os “atos homologatórios”, praticados no “curso da execução”.

O dispositivo normativo contém, ainda, uma série de impropriedades. Esse item é dedicado a examinar as duas partes do §4º do art. 966 e as suas impropriedades.

Uma dessas impropriedades é geral: aplica-se a ambas as situações. Ela se encontra no núcleo normativo do enunciado.

Fala-se que determinados atos processuais estão “sujeitos à anulação”. “Anulação” é uma espécie de invalidação, relacionada às anulabilidades, que, por sua vez, costumam relacionar-se aos vícios de vontade (coação, dolo, erro etc.).

Os atos processuais podem, porém, estar sujeitos à “nulidade”, espécie de invalidação relacionada a defeitos mais graves do ato jurídico, como a incapacidade do agente e a ilicitude do objeto ou da forma. Aliás, o parágrafo único do art. 190 do CPC expressamente fala em “nulidade” da convenção processual atípica, também ela exemplo de ato jurídico processual.

É preciso, então, fazer a correção dogmática do texto normativo: onde se lê “anulação”, leia-se “invalidação”.

Há outra impropriedade “geral” do dispositivo. Na verdade, qualquer ato jurídico processual, porque ato jurídico, é sujeito à invalidação e não apenas aqueles mencionados no §4º do art. 966 do CPC. É preciso não ignorar que o dispositivo deve

¹² Como, aliás, sugerido pela versão do CPC aprovada pela Câmara dos Deputados, em 26.03.2014, com redação tecnicamente muito superior à que restou aprovada: “Art. 284. O ato negocial praticado pela parte ou por participante do processo, homologado ou não em juízo, está sujeito à invalidação, nos termos da lei. § 1º É anulável o ato negocial praticado no cumprimento de sentença e no processo de execução. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo quando o pronunciamento homologatório resolver o mérito e transitar em julgado, caso em que será cabível ação rescisória, nos termos do art. 978”. A numeração refere-se à versão Câmara dos Deputados. O Senado Federal, porém, não aceitou essa sugestão e restaurou o §4º do art. 966. Criticando a colocação do dispositivo como parágrafo do art. 966, embora elogiando a redação (que, para nós, é muito ruim), BUENO, Cassio. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 605-606.

conviver com todo o regramento geral das invalidades processuais (arts. 276-283, CPC) e com o regramento geral das invalidades dos atos jurídicos previsto no Código Civil. Os atos processuais não são passíveis de invalidação por causa do § 4º do art. 966 do CPC; já o seriam independentemente dele, por força de todo o ordenamento jurídico e, mais precisamente, das normas que tratam das invalidades processuais e das invalidades dos atos jurídicos em geral.

5.2.2. Atos de Disposição de Direitos Homologados pelo Juízo

a) A primeira parte do dispositivo cuida dos “atos de disposição de direitos”, “homologados pelo juízo”. Há dois problemas aqui.

a1) Nem todo ato de disposição é homologável. A renúncia ao recurso e a desistência do recurso, por exemplo, dispensam homologação.

A desnecessidade de homologação do ato de disposição de direitos – que, aliás, é a regra geral do sistema¹³, sendo conveniente lembrar o disposto no art. 200 do CPC – não impede a sua invalidação. Ou seja: é possível invalidar atos de disposição de direitos que não foram homologados pelo juiz. A redação do §4º do art. 966 pode levar ao entendimento de que o ato de disposição da parte somente pode ser invalidado após a sua homologação. Assim, é plenamente possível, por exemplo, a invalidação de uma convenção processual atípica, celebrada nos termos do art. 190, e, portanto, não homologada, em que tenha havido disposição de direitos por alguma das partes.

a2) Nem todo ato da parte ou de outro participante do processo é de disposição de direitos. A petição inicial, a outorga de procuração e a confissão (declaração de fato, sem disposição de direito algum)¹⁴, por exemplo, são atos jurídicos processuais que não são dispositivos. Mas eles podem ser invalidados, normalmente, já que se trata de *atos jurídicos*.

b) Se há homologação de negócio jurídico sobre o objeto litigioso (transação, renúncia ao direito sobre o que se funda a ação ou reconhecimento da procedência do pedido), há decisão judicial de mérito, que, uma vez transitada em julgado, somente poderá ser desfeita por rescisória ou *querela nullitatis*¹⁵. Lembre-se que a impugnação ao cumprimento de sentença desse acordo tem cognição limitada (art. 515, II, c/c art. 525, §1º, CPC), não sendo possível versar sobre as questões pertinentes à fase de conhecimento, justamente por causa da coisa julgada e de seu efeito preclusivo (art. 508, CPC).

Assim, a primeira parte do §4º do art. 966 do CPC refere-se à possibilidade de invalidação de atos jurídicos processuais, praticados pelas partes ou por outros

¹³ DIDIER Jr., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, vol. 1, p. 379. Especificamente para as convenções processuais, o enunciado nº 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do *caput* do art. 190 não dependem de homologação judicial”.

¹⁴ Aliás, o art. 393 do CPC expressamente prevê a anulação da confissão.

¹⁵ Adota-se, aqui, a interpretação dada ao art. 486 do CPC-1973, a que em linhas gerais corresponde o art. 966, §4º, CPC-2015: RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979, p. 90; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. 5, p. 144-145; DIDIER Jr., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, vol. 3, p. 410-412; CARVALHO, Fabiano. *Ação rescisória: decisões rescindíveis, cit.*, p. 84.

sujeitos do processo, e homologados pelo juiz, tendo como pressuposto negativo a existência de coisa julgada.

Embora o dispositivo refira-se apenas a “atos homologados” pelo juiz, é evidente que qualquer ato jurídico processual que contenha vício passível de anulação pode ser anulado nos termos da lei. O dispositivo não pode ser interpretado literalmente, com essa restrição. A má redação, de baixa qualidade técnica, precisa ser corrigida por uma interpretação que lhe confira rendimento e não conflite com todo o ordenamento jurídico. Cabe, enfim, uma interpretação sistêmica, concluindo-se que o dispositivo não altera o cenário normativo até então existente.

Se há coisa julgada, a anulação desses atos jurídicos fica impedida. Enquanto não houver coisa julgada, é, porém, possível invalidar o ato ou o negócio jurídico. Assim, cabe ação anulatória de transação homologada, desde que tenha havido recurso contra a sentença de homologação em cujas razões a invalidade não tenha sido requerida. Se requerida a invalidade no recurso, a ação não pode ser proposta, sob pena de caracterizar litispendência. A ação somente poderá ser proposta, se tiver sido interposto recurso no qual a invalidade não tenha sido postulada. Nesse caso, a ação de invalidação é prejudicial à ação em cujo processo a transação fora homologada.

5.2.3. Atos Homologatórios Praticados no Curso da Execução

a) A parte final do dispositivo fala em “atos homologatórios praticados no curso da execução”. O CPC vale-se também do termo “cumprimento de sentença”, para referir-se à fase de execução da decisão judicial. Assim, onde se lê “curso da execução”, compreenda-se “execução fundada em título judicial ou extrajudicial”.

b) Há, ainda, nítida assimetria entre as duas partes do §4º do art. 966.

Na primeira parte, o dispositivo cuida de atos processuais das partes e de outros sujeitos (atos a serem homologados); na segunda, a literalidade do texto remete aos atos do juiz (atos homologatórios). Na primeira parte, o alvo é de uma natureza; na segunda, de outra. Confusão. Não há distinção entre os ambientes (conhecimento, supostamente o ambiente a que se refere a primeira parte, e execução, o ambiente a que se refere expressamente a segunda) que justifique esse tratamento desigual.

O dispositivo inteiro aplica-se apenas aos atos processuais não jurisdicionais. É o ato homologado, enquanto não transitada em julgado a decisão homologatória, ou a ser homologado que está sujeito à anulação nos termos do §4º do art. 966 do CPC⁶. Se o objetivo é invalidar decisão judicial, ainda que homologatória e mesmo que proferida “no curso da execução”, é preciso recordar a premissa: o caso é de ação rescisória ou recurso.

c) Caso se opte pela interpretação literal, chegaríamos a uma situação esdrúxula e incoerente com todo o sistema: apenas as decisões homologatórias em execução

¹⁶ Assim, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, vol. 2, p. 599.

seriam objeto de anulação por meio distinto da ação rescisória. É que o §4º do art. 966 do CPC menciona as decisões homologatórias praticadas “no curso da execução”. Decisões homologatórias “praticadas” no curso do processo de conhecimento seguiriam a regra geral: sujeitam-se a invalidação por ação rescisória ou recurso. Essa interpretação é assistemática e incoerente e a coerência, como se sabe, é um atributo indispensável à dogmática jurídica¹⁷.

A distinção não faria o menor sentido; não há diferença de cognição judicial, para fim de homologação da autocomposição, entre a decisão homologatória proferida na fase de conhecimento e aquela proferida “no curso da execução”.

d) Caso, ainda, se entenda que a segunda parte se refere mesmo a atos do juiz “praticados no curso da execução”, a anulação desse ato deve ser feita, conforme determina o mesmo §4º, “nos termos da lei”. E a lei que cuida da “anulação” de decisão judicial é o próprio CPC – e não a lei civil. Assim, se houve o trânsito em julgado da decisão homologatória praticada no curso da execução, o caso é de ação rescisória; se ainda não houve o trânsito em julgado, por recurso fundado em *error in procedendo*.

¹⁷ PECZENIK, Alexander. Certainty or coherence. *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification*. Festschrift for Aulis Aarnio. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p. 169.

Publicização do Direito Comercial

Jorge Lobo*

Este é um pensamento que expressa uma ideia primária; não é nem reciclagem nem a reembalagem dos pensamentos de outras pessoas. Um ensaio é uma meditação impulsiva, não um relato científico.

Nassim Nicholas Taleb¹

Sumário

I – A Necessidade de um Código Comercial. A – A Elaboração do Código Civil Alemão. B – A Unificação do Direito Privado. C – A Unificação do Direito das Obrigações. D – A Necessidade de um Código Comercial. II – Sistemática Externa ou Estrutura do Código Comercial. III – Divisão do Direito: Direito Público, Direito Semipúblico e Direito Privado. IV – Evolução Histórica do Direito Comercial. A – A Opinião dos Doutos. B – Era das Corporações dos Comerciantes: da Idade Média à Revolução Francesa. C – Era da Codificação das Leis: da Revolução Francesa ao Neoliberalismo. D – Era da Publicização do Direito Comercial: de 1938 aos Nossos Dias.

I – A Necessidade de um Código Comercial

Não nos subordinamos a teses abstratas, visando a elaborar, sob a denominação de “Código Civil”, um “Código de Direito Privado”.

Miguel Reale

O Brasil necessita de um Código Comercial?

A meu ver, sim, *d.m.v.* dos que divergem.

É o que diligenciarei demonstrar a seguir, após (a) transcrever, na íntegra, as abalizadas lições de Eduardo Espínola e Miguel Reale sobre a “memorável polêmica” entre Savigny e Thibaut a respeito da codificação do direito civil na Alemanha; (b) rebater o argumento de que, no país, o direito privado foi unificado com a promulgação do Código Civil de 2002 e (c) refutar a tese da unificação do direito das obrigações pela nova legislação civil.

* Jorge Lobo é Mestre em Direito da Empresa da UFRJ, Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial da UERJ.

¹ *A Lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável*, Ed. Bestseller, 5ª ed., p. 2.

A – A Elaboração do Código Civil Alemão

A propósito das discussões em torno da codificação do direito civil no final do século XIX e começo do século XX, que se aplicam *in totum* ao momento em que vivemos e que podem ajudar a dirimir a controvérsia quanto à necessidade de um novo Código Comercial para o país, o emérito ministro Eduardo Espínola do Supremo Tribunal Federal dissertou:

Tornou-se vencedora, em quase todos os países cultos, a ideia de que a codificação do direito, bem longe de prejudicar a sua formação e o seu desenvolvimento, o apresenta, de forma clara e precisa, como um todo sistemático, cujas partes nada impede que sejam modificadas, sempre que o exijam as novas condições sociais e a consciência jurídica popular. É muito conhecida a célebre controvérsia a que assistiu a Alemanha, logo depois da publicação do Código Civil Francês em 1804, ao qual se seguiu o Código Civil austríaco de 1811, quando apareceu o opúsculo de Thibaut – *Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* – em 1814, a que respondeu Savigny com um notável escrito – *Ueber den Beruf unserer Zeit für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, onde o eminente romanista desenvolve de modo admirável as ideias da escola histórica, da qual se constitui chefe e incansável-defensor. Muitos são, inquestionavelmente, os serviços prestados por essa escola à ciência do direito, mas sua oposição à teoria, então dominante, de que o direito não era mais que a vontade do legislador, levou-a ao excesso oposto de desconhecer a importância que, na confecção do direito positivo, cabe à inteligência humana. O tema veio mostrar que a razão se achava ao lado de Thibaut e o século XIX viu se codificar o direito civil de quase todos os povos civilizados; a própria Alemanha teve em 1896 o seu *Bürgerliches Gesetzbuch* que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1900 e que, com Giorgio Giorgio, “pode-se dizer o ato legislativo mais notável do século passado sobre o direito privado”.²

Miguel Reale, em sua notável Filosofia do Direito, resume o que denominou de “memorável polêmica que se travou no início do século passado entre dois juristas eméritos – Thibaut e Savigny”.

O primeiro advogava a causa de um Código Civil único para a Alemanha, e o segundo se opunha veementemente àquele *desideratum*. Thibaut era um eminente juriconsulto, não destituído de formação histórica, mas ainda ligado aos pressupostos do direito natural de Wolf, o continuador do racionalismo de Leibniz e de Thomasius.

Ele não desconhecia que o Direito é uma realidade histórica, mas nem por isso contestava a necessidade de uma codificação, que lhe parecia instrumento de unidade científica e política.

Savigny, de um historicismo romântico acentuado, contrapôs-se ao ideal de Thibaut, escrevendo um pequeno livro, que ficou na história da Ciência Jurídica como um de seus pedestais – *Da vocação de nosso Tempo para a Legislação e a Jurisprudência* (1814).

² *Sistema de Direito Civil*, Ed. Conquista, 4ª ed., 1º vol., p. 29 a 31.

Nessas vigorosas páginas, Savigny objeta a Thibaut e a todos os que pregavam a codificação, por entender que a Alemanha não formava ainda uma Nação e que, assim sendo, lhe faltava maturidade para realizar a obra codificadora. A codificação só lhe parecia admissível nos momentos culminantes de um processo jurídico e não no início da formação política de uma nacionalidade. Pretendia, portanto, que a iniciativa de codificar fosse adiada para quando houvesse um substrato jurídico mais denso, uma experiência profunda do Direito como trama de “relações sociais”.

Savigny, portanto, manifestava-se contra um plano prematuro de codificação, invocando contra a lei abstrata e racional a força viva dos costumes, tradução imediata e genuína do que denominava “espírito do povo”, pois temia que a precipitação codificadora gerasse leis dotadas de *vigência*, de validade técnico-formal, mas destituídas de *eficácia* ou de efetiva existência como comportamento, como conduta.

O Direito deve ser a expressão do espírito do povo, e este, dizia Savigny, manifesta-se especialmente através de regras de caráter consuetudinário, que cabe ao legislador interpretar: – os costumes devem exprimir-se em leis, porque somente são leis verdadeiras as que traduzem as aspirações autênticas do povo.

Eis em luta, no início do século, as duas orientações que iriam marcar a sístole e a diástole, digamos assim, do processo jurídico da centúria passada e que ainda são o ritmo de nosso tempo: – uma corrente a preferir o direito expresso de maneira abstrata e racional nas leis; e outra a querer o direito tal como ele aparece na vida histórica, na espontaneidade do viver social, tendo como símile o fenômeno da linguagem. Pode-se dizer que nesse contraste já estão postos os dados do problema que a tridimensionalidade pretende resolver, sem partir a linha do pensamento jurídico clássico, mas apenas atualizando suas teses fundamentais e tornando explícitas as teses subjacentes.

A opinião de Savigny não foi a que prevaleceu, porquanto exigências históricas puseram desde logo a necessidade, ou da codificação total, ou de sistematizações particulares. Foi o que aconteceu na Alemanha, onde, mesmo antes de se promulgar o Código Civil, já se elaborara uma grande obra de sistematização do Direito, embora com sentido novo, resultante da atitude científica da Escola Histórica no trato dos problemas sociais e na consideração do direito costumeiro.³

B – A Unificação do Direito Privado

Os que sustentam haver o Código Civil absorvido toda a matéria mercantil não leram a Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Miguel Reale.

De início, ao enunciar as “diretrizes e os princípios fundamentais do futuro Código”, o Prof. Reale destaca, em itálico, que ele será a “*lei básica, mas não global*, do Direito Privado”; logo após, ao cuidar da “Estrutura e Espírito do Anteprojeto”, afirma:

³ Ed. Saraiva, 1987, 12ª ed., p. 422/424, nº 166.

“Em primeiro lugar, cabe observar que, ao contrário do que poderia parecer, não nos subordinamos a teses abstratas, visando a elaborar, sob a denominação de “Código Civil”, um “Código de Direito Privado”, o qual, se possível fora, seria de discutível utilidade e conveniência” e, adiante, assegura: “Não há, pois, falar em unificação do Direito Privado a não ser em suas matrizes, isto é, com referência aos institutos básicos”, para, afinal, arrematar: “... não nos tentou a veleidade de traçar um ‘Código de Direito Privado’”.

Se não houve a unificação do direito privado, teria havido, pelo menos, a unificação do direito das obrigações?

C – A Unificação do Direito das Obrigações

Rubens Requião, em conferência proferida em 13 de agosto de 1975 perante a Comissão Especial do Código Civil, na Câmara dos Deputados, em candente crítica ao Anteprojeto, nega, com veemência, que tenha havido o que a citada Exposição de Motivos, em seu item 10, denominou de “unidade do Direito das Obrigações”.

Sob o enfático título “O fracasso da unificação”, o Prof. Requião explica, com a incontestante autoridade de consagrado mestre de Direito Comercial:

Nossa crítica inicial, por isso, se dirige à estrutura básica do Projeto (...) Muita matéria privatista, com efeito, escapa de seu plano. Consiste a unificação, isto sim, na simples justaposição formal da matéria civil ao lado da matéria comercial, regulada num mesmo diploma. Constitui, repetimos, simples e inexpressiva unificação formal. Isso, na verdade, nada diz de científico e de lógico, pois, na verdade, como se disse na Exposição de Motivos preliminar, o Direito Comercial, como disciplina autônoma, não desaparecerá com a codificação, pois nela apenas se integra formalmente. O artificialismo desse critério criou no Projeto a preocupação de proscrever o adjetivo “comercial” ou “mercantil”.

Dirigindo-se ao presidente da Comissão, Deputado Tancredo Neves, pondera:

Senhor Presidente, a unificação dos Códigos já surgiu, entre nós, natimorta. O Projeto em várias oportunidades se descarta da unificação e, mesmo, da codificação, remetendo a regulação de certos institutos para “a lei especial”, sem motivos de ordem técnica e regulamentar.⁴

De fato, não houve sequer a unificação do direito das obrigações, porque o Código Civil não regulou típicos e frequentíssimos contratos mercantis, como, apenas para exemplificar, os de representação comercial, alienação fiduciária em garantia, *lease-back*, penhor mercantil, gestão de negócios, operações bancárias, comércio exterior, arrendamento mercantil (*leasing*), faturização (*factoring*), franquia (*franchising*), *know how*, cartão de crédito, enfim, inúmeros contratos de massa, comerciais por excelência, que obrigaram à adoção de uma nova técnica, repudiada pelos civilistas: o contrato de adesão⁵.

⁴ Dissertação Crítica ao Projeto de Código Civil, in: *Aspectos Modernos de direito Comercial*, Ed. Saraiva, 1988, 2ª ed., 1º vol., p. 207 e 209, nº 2.

⁵ Sobre o tema, Orlando Gomes, *Direito Econômico*, de Orlando Gomes e Antunes Varela, Saraiva, 1977, p. 39, nº 12.

D – A Necessidade de um Código Comercial

Sob o fecundo influxo do racionalismo da filosofia iluminista⁶, da doutrina econômica da *laissez-faire, laissez-passer*⁷, da teoria política da igualdade de todos perante a lei e da defesa intransigente do indivíduo, do fenômeno sociológico da ascensão da burguesia e da perda de poder e prestígio da nobreza e dos cânones da segurança das relações jurídicas, da liberdade de contratar e da garantia do direito de propriedade, os idealizadores do Código Civil francês ou “Código de Napoleão”, de 1804, tiveram por escopo criar um corpo de normas que primasse pela perfeição formal e substancial e viesse a formar um conjunto homogêneo, integrado, harmônico e sistemático de preceitos jurídicos em substituição ao direito natural (daí falar-se na “positivação do direito natural”), às primitivas e insuficientes normas costumeiras, às regras de direito canônico de difícil interpretação, ao obscuro direito romano comum⁸, ou, como anota Norberto Bobbio, em substituição ao “direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrárias”, autêntico e indisfarçável “direito fenomênico”⁹, enfim, consoante Miguel Reale, no lugar de um “cipoal de leis extravagantes.”¹⁰

Hoje, creio, encontramô-nos em idêntica situação, eis que o aplicador do direito amiúde vê-se às voltas com um “direito fenomênico”, com um “cipoal de leis extravagantes”, com “leis extracodificadas” ou “leis experimentais”¹¹, que não formam um sistema coerente, nem possuem unidade harmônica.

As leis, medidas provisórias, decretos, regulamentos, resoluções, deliberações, circulares, instruções normativas, pareceres de orientação etc., que assolam o país devido à sua desmesurada multiplicação¹², sobressaem pela (excessiva) quantidade e pecam pela (às vezes, péssima) qualidade, porquanto muitas, na prática, são absolutamente inúteis; outras, motivadas por razões políticas ou editadas para satisfazer determinados grupos de pressão; algumas, contraditórias; um sem número – característica do Estado-Providência – simples catálogos de normas diretivas, normas de orientação, normas programáticas, que constituem o esdrúxulo “direito recomendacional”¹³.

⁶ Leia-se *Iluminismo*, por Bronislaw Baczko, Dicionário Crítico da Revolução Francesa, coordenado por François Furet e Mona Ozouf, Ed. Nova Fronteira, 1988, p. 754 e ss.

⁷ Na França, os fisiocratas pregavam a “liberdade para exercer o homem a sua atividade como lhe aprouver, liberdade de conservar o produto do seu trabalho e liberdade, enfim, de plena alienação (...), pois a liberdade gera o bom preço” (Paul Hugon, *História das Doutrinas Econômicas*, Ed. Atlas, 13ª ed., p. 103, § 1º).

⁸ “No período anterior à Revolução Francesa, o Direito era dividido ou fragmentado em sistemas particulares, quer do ponto de vista das classes, quer do ponto de vista material e territorial. Havia um Direito para o clero, como outro havia para a nobreza, e outro ainda para o povo, ao mesmo tempo que cada região possuía seu sistema particular de regras, seus usos e costumes, muitas vezes conflitantes, regendo-se determinadas relações pelo Direito Canônico e outra pelo Direito Estatal.” (Miguel Reale, ob. cit., p. 412).

⁹ *O positivismo jurídico*, Ed. Ícone, 1995, 1ª ed. p. 65.

¹⁰ *Idem*, p. 414.

¹¹ Gustavo Tepedino, “leis extracodificadas”, “leis excepcionais”, in *Temas de Direito Civil*, Ed. Renovar, 3ª ed., p. 4.

¹² Gustavo Tepedino assevera que, por força “da proliferação das leis especiais”, “o Código Civil passaria a ter uma função meramente residual”, tornando-se “um direito civil fragmentado por força de “microssistemas” (ob. cit., p. 12).

¹³ Sobre o tema, leia-se “Os fundamentos da ordem jurídica”, de Simone Goyard-Fabre, Ed. Martins Fontes, 2002, 1ª ed., p. 146 e ss.

Esse vezo, observe-se, não é peculiar apenas ao direito pátrio, mas corriqueiro em muitos países de longa e notável tradição no campo da ciência do direito, como se dá, *v.g.*, na França, consoante doutrina Simone Goyard-Fabre, professora de filosofia na Universidade de Caen e Diretora do *Centre de Philosophie Politique e Juridique* (URA / CNRS): “Nessa profusão de textos torna-se impossível reconhecer as características clássicas de obrigatoriedade e de efetividade que se vinculam à ordem jurídica”¹⁴ e, aduzo, encontrar os predicados de generalidade, impessoalidade e abstração próprios e indispensáveis às regras jurídicas, pondo, destarte, em risco o “princípio da legalidade.

É o que resta patente desta eloquente passagem do capítulo “A encruzilhada do século XX”, da excelente monografia *Os fundamentos de direito*:

As bases do *corpus* jurídico hoje já não se deixam decifrar em termos de racionalidade ou de formalismo lógico, aliás, a esfera do direito (pelo menos na França) não está isenta de contradições patentes ou potenciais. As ab-rogações e as transformações de que é objeto, operando-se uma cadência rápida demais, tornam-se intempestivas: pensemos, por exemplo, no reformismo que gangrena a instituição universitária na qual a reforma das reformas cria um mal-estar endêmico; mas a legislação fiscal, o direito do trabalho, o direito das empresas (...) sofrem dessa mesma febre, sintoma de uma tendência geral à instabilidade.

Assim fica claro que, na profusão galopante dos textos de direito, legislativos ou regulamentares, um reformismo permanente lhes abala a ordem, o sentido e o alcance. O “princípio de legalidade” que, na concepção constitucionalista do direito, era uma das vigas mestras da normatividade jurídica, desaparece diante da preocupação, prática ou tática, de mergulhar as raízes do direito na vivência cotidiana. Decerto não se trata nem de substituir a racionalidade pela irracionalidade, nem de desencadear uma nova disputa, dessa vez entre os “modernos” e os contemporâneos; mas, em todos os níveis, o jurislador, sem ser contra a razão racional, desvia-se de suas vias dedutivas para priorizar uma estratégia “pragmática” em que não há lugar para a generalidade, a impessoalidade e o rigorismo. Vemos multiplicarem-se então os procedimentos ab-rogatórios – por exemplo, a anistia que, hoje em dia na França, ocasiona verdadeiros desvios do processo legislativo – e derogatórios –, por exemplo, os favorecimentos ensejados pelas “isenções”, no direito fiscal contemporâneo –; invocam-se também procedimentos de um tipo novo como a negociação, o consenso, os regulamentos transacionais, os compromissos. (...) Com isso, não se trata de introduzir na compreensão do direito nuanças ou variações de grau; mas de conferir à própria forma do direito uma *diferença de natureza*. Com

¹⁴ Ob. cit., p. 147.

efeito, esses procedimentos não se inserem num processo aperfeiçoado de lógica subsuntiva; fazem parte de uma ética da discussão *ou da negociação* simbolizada pela imagem, frequentemente utilizada, das “mesas-redondas”. Por trás dessas referências e desse símbolo, perflha-se, mais ou menos bem compreendido, o tema filosófico da “comunicação” que se pretende uma das conquistas do final do século XX.

Seja qual for essa pretensão filosófica, à qual teremos a oportunidade de retornar, lembremos que François Terré, para explicar essas novas formas da juridicidade, propôs o conceito de “leis experimentais”. Nesse fenômeno jurídico, evidente, sobretudo, nas sociedades ocidentais avançadas – mas a história anda depressa e esse fenômeno não tardará a se expandir –, manifesta-se um processo de *invasão do direito pelo fato*; os âmbitos da razão jurisladora ficam, dizem, mais flexíveis com o contato com a experiência.¹⁵

Por isso, um corpo de princípios e normas, orgânico, integrado, sistemático e harmônico, que privilegie tanto a forma quanto o conteúdo, que “positivo” o direito vivo, o direito concreto, que componha “em unidade harmônica o abstrato e o concreto, o valor estrutural e certo das normas de Direito com o seu conteúdo histórico-social”¹⁶, e seja, ao mesmo tempo, suficientemente flexível para atender às miríades de relações diuturnas no âmbito e em torno da empresa e da atividade economia e que revogue, expressa ou implicitamente, as leis extravagantes, que com ele não se conciliem, é indispensável ao nosso país, sobretudo se se considerar que, após a doutrina tratar da “industrialização do direito comercial”, da “generalização do direito comercial” e da “generalização ou mercantilização do direito civil”¹⁷, se faz mister, com urgência e em profundidade, estudar, refletir e debater a “publicização do direito comercial” no propósito de dotar o Brasil de um Código Comercial moderno, que contemple as influências do direito público sobre o direito comercial e as inúmeras e significativas mudanças ocorridas na economia e na sociedade brasileiras nas últimas décadas e que venha a constituir-se em um instrumento de transformação e de progresso.

Para atingir esse *desideratum*, será indispensável, adverte Miguel Reale, “seguir à risca o programa traçado por Scialoja; “O teórico não pode conseguir clareza em nossas matérias se não e enquanto se proponha a tese da aplicação prática. Diga ele a si mesmo: – Tudo o que estou em vias de formular, que consequências produzirá no campo das relações práticas? Produzirá alguma? E se produz, quais serão as suas consequências?”¹⁸

¹⁵ *Idem*, p. 148 e 149.

¹⁶ Miguel Reale, *ob.cit.*, p.420, nº 164.

¹⁷ Leia-se Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, Imprenta Aguirre, 7ª ed., tomo, I, p. 31, nº 4, e, também, Gustavo Tepedino, *idem*, p. 2, quando trata, com proficiência, da socialização, publicização, constitucionalização, despatrimonialização do direito privado.

¹⁸ A lição de Miguel Reale diz respeito à codificação na Itália, que serve também para nós (*ob. cit.*, p. 420, nº 164).

E prossegue o notável jusfilósofo pátrio:

Para invocar senão mais dois exemplos dessa inclinação fundamental que se traduz em uma prevalecente afirmação “normativa”, sem olvido do substrato “social” concreto, eis duas significativas afirmações de Vittorio Emmanuele Orlando e de Cesare Vivante: “Na base da abstração jurídica está toda uma série de processos reais, verificados no mundo exterior e em nosso ser interno”, afirmou o constitucionalista emérito opondo reservas ao formalismo conceitual de Jellinek. “É uma deslealdade científica, é um defeito de probidade falar de um instituto para fixar-lhe a disciplina jurídica sem o conhecer a fundo na sua realidade”, pondera, por sua vez, o comercialista insigne.¹⁹

II – Sistemática Externa ou Estrutura do Código Comercial

Podemos dividir as legislações do mundo ocidental quanto à disciplina da matéria comercial em quatro grupos:

(a) a do Reino Unido, que não possui Código Comercial, sendo a ordem jurídica constituída por um conjunto de leis (*Statutes*), pelo direito comum (*Common Law*), pelas convenções constitucionais e a prática;

(b) a da Itália, onde a matéria comercial é regulada pelo Código Civil devido à unificação do direito privado em 1942, existindo, todavia, farta legislação sobre sociedades anônimas, falências, títulos de crédito, entre outras;

(c) a da maioria dos países da Europa Ocidental (Portugal, Espanha, França, Alemanha, entre outros) e da América do Sul (Argentina, Uruguai, Chile, entre outros), nos quais há Código Comercial, mas que contam, também, com leis especiais sobre sociedades anônimas, mercado de capitais, falências, títulos e valores mobiliários etc.²⁰

(d) a da França, cujo Código de Comércio, dividido em nove livros e estes subdivididos em diversos títulos, cuida, extensamente, “do comércio em geral”, “das sociedades comerciais e dos grupos de interesses econômicos”, “de algumas formas de venda e cláusulas de exclusividade”, “da liberdade de preços e da concorrência”, “dos efeitos do comércio e das garantias”, “das dificuldades das empresas”, “dos Tribunais de Comércio e a organização do comércio”; “de algumas profissões regulamentadas” e, por último, “das disposições relativas aos Departamentos Ultramar”.

A meu ver, o novo Código Comercial, consoante ocorreu em 1850, deveria inspirar-se no modelo francês, aperfeiçoando-o, todavia, e o legislador deveria reunir,

¹⁹ *Loc. cit.*

²⁰ Anote-se que os Estados Unidos da América têm um Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code – UCC*), promulgado em setembro de 1952, que sistematiza a lei de vendas e outras transações comerciais nos cinquenta estados americanos, conforme destaca o ilustre Prof. Modesto Carvalhosa, *ob. cit.*, p. 305).

em um só estatuto, a disciplina do registro do comércio, das obrigações e contratos comerciais e bancários, da propriedade intelectual, das sociedades simples, das sociedades limitadas, das sociedades anônimas, do mercado de capitais, dos títulos de crédito e valores mobiliários, das falências e da recuperação de empresas etc., compilando as leis em vigor sobre essas matérias, atualizando-as, se imprescindível, reenumerando os artigos, tal qual fez o Código de Comércio francês, precedidas por uma parte geral, que se inspire, reproduza e sistematize os princípios e normas que compõem o capítulo da Ordem Econômica da Constituição Federal, atentos à primorosa lição de Simone Goyard-Fabre a propósito da codificação das leis:

O trabalho [de codificação] não deve constituir em “simplificar tudo” nem em “prever tudo”; uma simplificação excessiva, que faça desaparecer, por exemplo, as categorias profissionais, seria nefasta; quanto a “regrar tudo e prever tudo”, essa é uma ambição impossível e, além disso, perigosa: pode anular a função do juiz e eliminar o recurso à “razão natural”, o que imobilizaria o direito num sistema fechado e lhe impediria qualquer evolução. Seria um erro pensar que pudesse existir um corpo de leis que provesse de antemão a todos os casos possíveis, e que ainda assim estivesse ao alcance de menor cidadão, [aliás], governa-se mal quando se governa demais.²¹

III – Divisão do Direito: Direito Público, Direito Semipúblico e Direito Privado

“Tout devient droit public”. (Ripert)²²

No Brasil, no curso de bacharelado e nos livros de Introdução à Ciência do Direito, Teoria Geral do Direito e Direito Civil, o estudo do direito e de suas divisões (direito objetivo e direito subjetivo, direito público e direito privado) começa por enfatizar a distinção, concebida pelo pragmatismo dos juristas romanos, entre direito público e direito privado, após, naturalmente, delimitar as relações entre a moral e o direito e as diferenças entre o direito natural e o direito positivo.

A invenção das leis²³ é, porém e por óbvio, muito anterior ao surgimento e desenvolvimento do direito romano²⁴, eis que a Mesopotâmia, a partir de 2.430 a.C.,

²¹ Ob. cit., p. 114.

²² *Le déclin du droit*, apud MM. Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, Ed. Freitas Bastos, 6ª ed., vol. I, p. 30, nº 6.

²³ Este sumário “reduzidíssimo” foi baseado no capítulo “O homem descobre a semente e inventa o Estado” e, em particular, no item “A invenção das leis” e seguintes da excelente obra *Criatividade* de Domenico de Masi, Ed. Sextante, 2002, p. 86 a 121.

²⁴ “*Décia BLACKSTONE que las antigüedades de la jurisprudência no parecerán inútiles al hombre que se dé cuenta de que las doutrinas antiguas, son el fundamento de las que hoy están vigentes, y BOUCHARD, insiste em aquella afirmación, asegurando que nadie llegará a ser jamás jurista, si ignora el origen Del Derecho; si no sabe quiénes fueron los autores y em qué época fue establecido.*” (José de Benito Mampel, *Por qué Roma ignora la separación Del Derecho civil y el mercantil*, in: *Estudios de Derecho Mercantil em homenaje a Rodrigo Uría*, Ed. Civitas, 1ª ed., p. 31).

foi pródiga na elaboração de editos e leis, os quais, compilados, no 21º século a.C., na cidade de Ur, formaram um código com 32 artigos; a Babilônia produziu uma legislação ainda mais rica e sofisticada, que legou às gerações futuras o Código de Hamurábi com 282 artigos e, entre outros povos, a Grécia²⁵, onde surgiram as primeiras constituições: a de Atenas, de índole aristocrática; a de Esparta, com estrutura democrática; em ambas, o Estado soberano e todo-poderoso impondo-se ao indivíduo, cumprindo observar que os gregos, apesar de sua notável capacidade de abstração, da doutrina platônica da formulação de categorias e da sistematização do conhecimento, da importância teórica e das consequências práticas da lógica aristotélica e do intenso comércio ateniense, sequer cogitaram da dicotomia do direito.

Os romanos, conscientes da excelência da constituição ateniense, fizeram dela: “um ponto de partida, não de chegada. Por isso, em 462 a.C., foi enviada a Atenas uma comissão de cinco especialistas para estudar as leis, reportá-las a Roma e, com base naquele arquétipo, formular uma legislação mais adequada ao povo latino, e mais avançada”²⁶, que redundou, dez anos após, nas famosíssimas “12 tábuas de bronze” (a “Lei das Doze Tábuas”), que “codificava o procedimento civil e penal, o direito de família, as sucessões, a propriedade e o direito penal”²⁷, passando um milênio até surgir, no sexto século d.C., o *Corpus Iuris Civilis*²⁸, “o modelo jamais superado de sistema jurídico”.²⁹

Ao tratar da “evolução histórica” da “divisão do direito positivo”, Miguel Maria de Serpa Lopes ensina que o “*ius civile* dos romanos consagrava a distinção entre o direito público e o direito privado³⁰, mas, atente-se, também adverte: “(...) entretanto, nada obstante os lindes assim traçados, as normas dos dois ramos do Direito muitas vezes se interpenetravam”.³¹

Após discorrer sobre o tema calcado na autoridade de Bonfante, Serpa Lopes aduz: “(...) ao passo que entre os romanos os dois Direitos eram antitéticos, entre os germanos, ao contrário, a união era perfeita e o Direito abrangia indistintamente todas as relações, fossem ou não distintas”³², concepção, assinala, que dominou na Idade Média, só se retornando à dicotomia romana com a revolução francesa e a consequente consagração dos ideais de liberdade e igualdade, com a promulgação

²⁵ Filomusi Guelfi, ao estudar a clássica divisão perfilhada pelos civilistas, observa que “os grandes pensadores gregos não chegaram à compreensão do direito privado, ainda que tivessem diante dos olhos o rico desenvolvimento do direito privado ateniense” (*apud* Eduardo Espínola, ob. e vols. cit., p. 59, nota 1).

²⁶ Domenico de Masi, ob. cit., p. 120.

²⁷ *Loc. cit.*

²⁸ Para Norberto Bobbio, “somente com a legislação napoleônica temos um código propriamente dito, tal como o entendemos hoje, isto é, um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas. O *Corpus Iuris Civilis* é, ao contrário, uma coletânea de leis anteriores; mesmo o Digesto (uma de suas quatro partes) não é de fato um código, mas antes uma antologia jurídica, sendo constituído por trechos (ditos ‘fragmentos’) dos principais juristas romanos distribuídos por matéria e geralmente ligados entre si e adaptados às exigências da sociedade bizantina pelo sistema das ‘interpolações’ (isto é, acréscimos, modificações ou cortes feitos pelos compiladores).” (Ob. cit., p. 64.)

²⁹ Domenico de Masi, *loc. cit.*

³⁰ Ob. e vol. cit., p. 25, nº 5.

³¹ *Loc. cit.*

³² *Idem.*

do Código Napoleão (e os princípios, que o orientaram, da autonomia da vontade, do consensualismo, da força obrigatória dos contratos e da eliminação às restrições à livre iniciativa, à liberdade ampla e irrestrita de contratar e ao direito de propriedade).

Porém, como acentua Julliot de la Morandière:

Quando triunfavam as ideias liberais, o papel do Estado reduzia-se ao mínimo, afastando-se sua intervenção no domínio econômico. O direito privado tinha um domínio considerável e primordial. Na hora atual, as concepções sociais tendem a alargar o império do Estado: intervém por toda parte, implantando a justiça social, resultando daí não só a multiplicação dos serviços públicos e dos funcionários, como, conseqüentemente, a extensão do domínio do direito público em detrimento do direito privado.³³

É, outrossim, o que recorda Serpa Lopes nesta elucidativa passagem de seu notável Curso de Direito Civil:

Entretanto, com o passar dos tempos, com as transformações econômicas, sobretudo a partir da Guerra de 1914, esse conceito de liberdade individual ficou debilitado e não pode mais sobreviver com a amplitude, pelo menos, da época napoleônica. Já os juristas dos nossos tempos falam do fenômeno da "publicização" do Direito Civil. M. Flour defende o ponto de vista de que, nesta evolução contemporânea do Direito Público sobre o Direito Privado, "não há uma subordinação de natureza, de caráter permanente", senão "*um phénomène nouveau, le droit privé d'aujourd'hui se publicise*".³⁴

E, também, o que preleciona o saudoso e inesquecível Prof. Caio Mario da Silva Pereira, meu ilustre examinador no Concurso para Livre Docência em Direito Comercial da Faculdade de Direito da UERJ, juntamente com o emérito Prof. Fran Martins:

Publicização. A influência absorvente do Estado e a necessidade de se instituírem, com mais segurança e amplitude, fórmulas cada vez mais dirigidas no sentido de realizar finalidade precípua do direito que se positiva e se afirma no propósito de garantir e proteger o bem-estar do indivíduo *in concreto*, cogitando da normação social em atenção ao bem do homem, geram a tendência à publicização da norma jurídica. Em consequência deste movimento acentua-se

³³ *Apud*, Eduardo Espínola, ob. e vol. cits., p. 66.

³⁴ Ob. e vol. cits., p. 29, nº 6.

a restrição da liberdade individual, tomando corpo a estatização de numerosos serviços e intervindo o Estado em matérias que antes eram relegadas exclusivamente ao arbítrio de cada um. O direito de família tende ao direito público, em razão da relevância cada vez maior em que o organismo familiar é tido no ordenamento jurídico. O direito de propriedade sofre este impacto nas restrições que o proprietário encontra à utilização e à disponibilidade do bem. O contrato, antes expressão maior da autonomia da vontade, sofre interferências a benefício do economicamente inferior. O princípio da responsabilidade civil amplia-se na medida em que avulta o risco criado pelo desenvolvimento dos meios de produção, do maior aparelhamento técnico das indústrias e do aceleração das vias de transporte. Por toda parte se desenvolve a tendência à instituição de princípios de ordem pública, substituindo as velhas normas que, a pretexto de assegurarem a liberdade humana, permitiam à atividade individual a faculdade de sacrificar ao seus exercícios a órbita pessoal de outros indivíduos.³⁵

Em verdade, a bipartição do direito em público e privado tem sido, com apoio em diferentes fundamentos, profligada por autores de escol, que a reputam sem base científica e, anote-se, por oportuno, muito maior é ainda a divergência quanto ao critério delimitativo, definidor das duas categorias, havendo, todavia, certo consenso quanto ao fato notório de que o direito privado encerra muitas matérias de direito público³⁶ e, outrossim, há quem sustente “que os estudos de direito público podem dispensar quase inteiramente o conhecimento de direito privado” (Planiol) e “que o direito público não é apenas a tutela do direito privado, como disse Bacon, mas também a base sobre a qual o direito privado se desenvolve”³⁷. (Filomusi-Guelfi)

Por isso, a partir de meados do século XIX e durante o século XX, a doutrina foi compelida a atentar para as constantes e intermináveis mutações do direito civil e a cunhar as expressões “socialização ou proletarização do direito civil”, “comercialização ou mercantilização do direito civil”, “publicização do direito civil”³⁸ e, outrossim, a refletir sobre as transformações do direito mercantil, que

³⁵ Instituições de Direito Civil, *Introdução ao Direito Civil*, Forense, 21ª ed., p. 18.

³⁶ Eduardo Espínola, em nota de rodapé, esclarece: “COSACK (loc. cit.) aponta o art. 87 do Cód. Civil alemão que encerra matéria de direito público. CROME refere-se ao art. 89 que se ocupa das pessoas jurídicas de direito público e aos arts. 407 e 411. SCHEEP escreveu uma monografia sobre o direito público no Cód. Civ. AL. (Das öffentliche Recht im R. G. B., 1899). Vide também DERNBURG – Bürgerliches Recht, vol. 1º, pág. 50 e COGLIOLLO (loc. cit.). Em sentido inverso afirma DERNBURG (loc. cit.) que o direito público alemão se acha enxertado de elementos de direito privado. O Código Civil, além de diversas disposições de direito público, que foram eliminadas do Projeto Beviláqua, tem os art. 14 e 15, que foram conservados”. (ob. e vol. cits., p. 60, nota 7)

³⁷ *Apud* Eduardo Espínola, ob. e vol. cits., p. 65, nota 14.

³⁸ A ponderação, sempre arguta, de Gustavo Tepedino a respeito da suposta absorção do direito privado pelo direito público merece séria reflexão. Ei-la: “As respostas de certa maneira poderão servir para que melhor se compreenda o exato significado dos adjetivos que vêm acompanhando, cada vez com maior

culminaram em inúmeras referências sobre a “industrialização do direito comercial” e a “generalização do direito comercial”³⁹.

Agora, a meu ver, os doutos devem debruçar-se, com igual profundidade e espírito crítico, sobre o fenômeno da “publicização do direito comercial”, cientes e conscientes da advertência de Escarra: “*La cuestión de la autonomía del Derecho mercantil toma ahora una orientación desatendida: no se trata ya de la autonomía del Derecho mercantil frente al Derecho civil, sino de la posible absorción del Derecho mercantil por el Derecho público*”⁴⁰ em decorrência, acrescento, das profundas modificações políticas, econômicas, jurídicas e sociais provocadas, nas últimas décadas, pelo neocapitalismo, em que o direito é um instrumento a serviço da consecução dos fins do Estado.

A propósito do tema, Orlando Gomes pontifica, com percuciência:

Chegados a esta divisa, não será temerário concluir que esse *economismo* saturado de espírito comercial repercute nas *formas jurídicas*, superando as clássicas distinções morfológicas. *Direito público* e *direito privado* não mais se distinguem pelos critérios orgânico e teleológico. As *técnicas* utilizadas não são mais específicas e uma nova origem econômica desponta nos países de *economia privada*. Assim, não são apenas as formas que estão mudando, mas as próprias estruturas jurídicas e, notadamente, o *espírito* com que se aplicam as velhas regras, influenciado pelo novo sentido da crença na validade das leis sobrevividas à reorganização da sociedade em termos economistas.

O novo modelo jurídico é, realmente, como observa Farjat, a *antítese* do modelo jurídico liberal. Sua expressão dogmática, o *direito econômico*, considera-se autônomo ramo da árvore jurídica ou simples método de encarar e tratar com novo espírito filosófico relações dantes distribuídas por disciplinas de direito privado e de direito público justapostas. Do ponto de vista sociológico, as novas regras orientam o curso da atividade social dos indivíduos, sendo, pois, *válidas* não apenas por que figurem em *leis*.

freqüência, o direito privado, tido, por inúmeras vozes, como socializado, publicizado, constitucionalizado, despatrimonializado. Tais designações estariam a significar, afinal, uma absorção do direito privado pelo direito público ou, muito ao contrário, indicariam tão somente uma reformulação conceitual dos institutos jurídicos – do direito privado e do direito público –, a exigir do intérprete redobrado esforço elaborativo para compreender o fenômeno?” (ob. cit., p. 2)

³⁹ “Impondo-se como o instituto que, ao lado do trabalho, exerce hoje função predominante na experiência jurídica, a empresa renovou os quadros do Direito Comercial, emprestou-lhes maior significação no território do direito privado, esvaziou o capítulo civilístico dos direitos reais, amorteceu a contraposição do Direito Comercial ao Direito Civil e concorreu significativamente para a generalização das normas mercantis, determinando, numa palavra, a “virada histórica do Direito Comercial”, na observação de ASQUINI. Reconheceu-se, em síntese, que o direito privado deve voltar-se para o trabalho e para a empresa, antes que para a propriedade, o instituto-chave ultrapassado.” (Orlando Gomes, *in*: ob. cit., p. 66, nº 3).

⁴⁰ *Apud* Aurélio Menéndez Menéndez, *Código de Comercio y reforma de la Legislacion Mercantil*, *in*: La Reforma de la Legislacion Mercantil, Ed. Civitas, 1979, p. 51.

Estão penetradas, para encerrar, daquele difundido *espírito mercantil* que, no plano dogmático, se transferiu nas *instituições civis*, comercializando o *direito privado*, e, no plano pragmático, conquistou a *vida civil*, orientando a conduta das pessoas na *sociedade de consumo* que prefigurou.

Se a um jurista fiel a seu juramento um voto se consente ao termo desta algaravia, é o de que o *direito econômico* venha a ser, a fim de se dignificar, um meio, um instrumento, uma técnica para ajudar o homem a se libertar da *necessidade*.⁴¹

Em consequência das imensas repercussões do dirigismo econômico e da intervenção do Estado na vida das pessoas e das empresas⁴², o Prof. Antunes Varela foi instado a declarar que “esse novo Estado militante, que faz valer suas prerrogativas” provocou o “estouro das muralhas que separavam o Direito Público do Direito Privado”.

A proliferação de regras legais e regulamentares editadas por esse Estado intervencionista, para disciplinar, minuciosa, casuística e, por vezes, tautologicamente, a atividade empresária e a de todos os agentes que gravitam em torno da empresa, redundou no deslocamento do direito comercial do direito privado em direção ao direito público⁴³ e, outrossim, resultou em sua transformação em direito da economia⁴⁴, no direito público, todavia, não se inserindo, nem por ele sendo absorvido, mas ficando em uma posição intermediária entre o direito público e o direito privado, por conseguinte, na categoria de um direito semipúblico com método, espírito e objeto próprios, distintos dos do direito civil e do vetusto direito comercial.

⁴¹ Ob. cit., p. 69/70.

⁴² Leia-se Joaquín Garrigues, ob. e tomo cit., p. 35, V, que aborda a “manifestação do intervencionismo estatal na sociedade anônima”, destacando que o Estado, “impulsionado por fins de política social”, estabelece que os *obreros y empleados* participem dos lucros e por meio de seus representantes formem parte do conselho de administração com iguais direitos dos representantes do capital (...), fazendo entrar em crise um postulado clássico do Direito mercantil liberal”. A propósito, confira-se também sobre o tema o estudo “Publicização e funcionalização do direito societário” de Rodrigo Costenaro Cavali, in: *Revista de Direito Empresarial*, Ed. Juruá, coordenada por Márcia Carla Pereira Ribeiro e Oksandro Gonçalves, nº 3, p. 171 e ss.

⁴³ “Longe da verdade não estão, pois, quantos afirmam que o direito econômico constitui um desdobramento do direito comercial, o direito dos empresários, o direito da sociedade industrial. Nos países que já o codificaram, o Direito Comercial lhe foi incorporado e o Código Civil, conservado. E ninguém ignora hoje em dia que o direito econômico “desmantelou” o Direito Civil. O ordenamento jurídico da empresa assume, por todas as razões expostas, um relevo que o ergue ao primeiro plano nesse desdobramento, por isso que ele absorve hoje a maior parte da atividade econômica, ultrapassando a velha contraposição entre direito comum e direito especial e superando o antigo enfoque que via na unificação simples inovação sistemática. Não parou aí a expansão da empresa, nem a projeção de sua noção econômica jurídica, deslizou para o direito público; o Estado também é empresário.” (Orlando Gomes, ob. cit., p. 68). Ver também Joaquim Garrigues, ob. e tomo cit., p. 36, nº 2.

⁴⁴ Não se trata de uma mudança pura e simples de denominação, mas de uma necessidade imperiosa, que retrate uma nova realidade, muitíssimo diferente daquela que deu origem, nas cidades medievais italianas, ao *ius mercatorium*, e que reflita a profunda e radical transformação, no que diz respeito à natureza, conteúdo e finalidades, do vetusto direito mercantil, do secular direito comercial, que, literalmente, significa *cum mercium*, isto é, “aproximar quem produz de quem consome”, vale dizer, interpor-se entre produtores e consumidores, daí muitos considerarem a atividade comercial como parasitária, pois não acrescentaria valor algum à coisa objeto da venda.

Destarte, é urgente e imprescindível a criação de um código que (a) retrate e abarque essa realidade, responda e atenda aos reclamos e anseios e necessidades de uma sociedade do conhecimento, da tecnologia da inovação, da informática etc., e (b) seja um meio adequado e eficaz para mediar as relações entre produtores de bens e serviços, comerciantes e consumidores e, sobretudo, (c) venha a constituir-se em um conjunto sistemático e harmônico de princípios⁴⁵ e normas capaz de ordenar o mundo dos negócios resultante das irreversíveis mudanças políticas, econômicas, jurídicas e sociais vividas pelo país desde 1850, data da promulgação do revogado Código Comercial, como se irá expor.

IV – Evolução Histórica do Direito Comercial⁴⁶

A – A Opinião dos Doutos

Eminentes mestres do direito comercial, nacionais e estrangeiros, de ontem e de hoje, a quem devoto profundo respeito e merecida admiração, dividem a história do direito comercial em Antiguidade⁴⁷, Idade Média e Idade Moderna.

De minha parte, divido-a em Era das Corporações dos Comerciantes, Era da Codificação das Leis e Era da Publicização do Direito Comercial.

B – Era das Corporações dos Comerciantes: da Idade Média à Revolução Francesa

Com a queda do Império Romano, sob o influxo das ideias do cristianismo e do florescimento de mercados e feiras de produtos, surgiram as corporações de classes, e, nas corporações, formou-se o direito comercial a partir dos usos e costumes e dos estatutos, decorrentes (a) das decisões dos pretores, sob a inspiração da equidade, (b) das opiniões dos comerciantes idosos e (c) das assembleias gerais dos comerciantes.

O direito comercial, então chamado subjetivista, porque fundado na figura do comerciante, era de âmbito local, corporativo, profissional, especial e autônomo em relação ao direito civil, e, frise-se, tinha como característica básica a liberdade individual.

A partir da metade do século XV, com o mercantilismo como doutrina econômica e o absolutismo monárquico como doutrina política, o poder central toma o lugar dos feudos e passa a compilar o direito comercial, constituído pelos estatutos das corporações e pelos usos e costumes do comércio, sob a forma de ordenanças.

⁴⁵ Sobre o tema, leia-se Fábio Ulhoa Coelho, *Princípios do Direito Comercial*, Ed. Saravia, 2012, 1ª ed., p. 26 e ss.

⁴⁶ Sobre o tema, leia-se Cássico Cavali, *Direito Comercial*, passado, presente e futuro, Ed. Elsevier, 2012; Paula A. Forgioni, *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada.

⁴⁷ A propósito da inexistência do direito comercial em Roma, leia-se *Por quê Roma ignoró la separación del Derecho Civil y el mercantil*, de José de Benito Mampel, in *Estudios de Derecho Mercantil em homenagem a Rodrigo Uría*, Madrid, Ed. Civitas, 1978, p. 32.

São inúmeras as ordenanças na França de Luiz XIV e seu poderoso ministro Colbert; na Espanha, no reinado dos reis católicos Fernando e Isabel; na Itália, Portugal, Alemanha e demais nações, pois nessa fase surge a ideia de nação como organismo econômico e veta de políticas nacionais e não mais locais ou regionais, permanecendo, todavia, como princípio fundamental do ordenamento jurídico a liberdade individual do comerciante.

C – Era da Codificação das Leis: da Revolução Francesa ao Neoliberalismo⁴⁸

A Era da Codificação das Leis tem início com a Revolução Francesa⁴⁹, a extinção dos privilégios de classes, a proibição do funcionamento das corporações e a promulgação do Código Comercial francês de 1807 de caráter objetivista, quando o direito comercial deixa de ser o direito dos comerciantes e passa a ser direito dos atos de comércio, sendo certo que, se, na Era das Corporações dos Comerciantes, houve a compilação, a consolidação do direito comercial das corporações, na Era da Codificação das Leis deu-se a sistematização dos usos e costumes, dos estatutos e das ordenanças, sob a inspiração do liberalismo como doutrina econômica e dos princípios fundamentais de liberdade e igualdade da Revolução Francesa como doutrina política, que redundaram, no campo jurídico, nos dogmas da autonomia da vontade, do consensualismo e da força obrigatória dos contratos, subsistindo a liberdade individual do comerciante como mola propulsora da atividade mercantil.

Ocorre, todavia, que, com o tempo, houve a “mercantilização do direito civil”; a “generalização do direito comercial”; a intervenção do Estado no domínio econômico; o fim da Guerra Fria e a decepção com as ideologias socialistas; o aparecimento de novas potências no cenário mundial; a aceleração da globalização e a “internacionalização dos interesses dos grupos transnacionais, aliás, cada vez mais difusos, não mais se concentrando em setores estratégicos e de alta tecnologia, mas estendendo-se a outros setores como alimentação, vestuário e entretenimento”; a “mundialização das marcas”; a vertiginosa, incessante e irrefreável “transferências de capital e de conhecimento”; “a democratização da informação”; “a aceleração do processo histórico”, enfim, “tudo o que gira em torno de uma nova etapa do Capitalismo na primeira metade do século XXI, que Manuel Castells chamou de “Capitalismo Informacional”⁵⁰, impõe uma nova visão, uma nova leitura, um novo enfoque, um novo paradigma e exige profunda pesquisa e alentado estudo do que denomino de “publicização do direito comercial”, a partir da “teoria do direito social” de Léon Duguit.

Simone Goyard-Fabre sintetiza, de forma brilhante, no primoroso livro *Os fundamentos da ordem jurídica*, a lição de Duguit: “Com essa rejeição das ‘doutrinas

⁴⁸ Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Ed. Forente, 4ª ed.

⁴⁹ A propósito da “influência deste período histórico e dos valores do liberalismo nas relações contratuais”, Gustavo Tepedino recomenda a leitura de N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milão, Giuffrè, 1976, p. 9, e sobre “o ambiente cultural, político e filosófico que antecedeu o Código Napoleão”, G. Tarello, *Le ideologie della codificazione nel secolo XIX*, Genova, ECLG (ob. cit., p. 3, nota 1).

⁵⁰ Cf. Heródoto Barbeiro, introdução à edição brasileira do livro *O Relatório da Cia*, Ediouro, 1ª ed., p. 11 a 35.

democráticas', que, desde a *Constituição* de 1791, inspiram o direito político moderno, Duguit não pretende retornar às teorias teocráticas", também elas "metafísicas", portanto "anticientíficas": é indubitável que "há um fundamento puramente humano da regra jurídica". Mas o grande erro dos teóricos do direito moderno reside, diz ele, no individualismo liberal que converteram em seu axioma de base: trata-se de uma afirmação *a priori*, pois "o homem natural, isolado, que nasce livre e independente dos outros homens e com direitos e constituídos por essa liberdade [...] é uma abstração sem realidade [...] O homem nasce membro de uma coletividade; sempre viveu em sociedade e só pode viver em sociedade". Portanto, se "o ponto inicial de toda doutrina sobre o fundamento do direito deve ser o homem natural, este não é "o ser isolado e livre das filosofias do século XVII: é o indivíduo considerado em seus vínculos da solidariedade social".

Assim, o Estado é "o produto de uma evolução social". "O que se deve portanto afirmar não é que os homens nascem livres e com direitos iguais, mas que nascem membros de uma coletividade e por isso submetidos a todas as obrigações que a manutenção e o desenvolvimento da vida coletiva implicam."

A doutrina que Duguit elabora, influenciado pela sociologia de A. Comte e de E. Durkheim, "funda o direito no caráter social e nas obrigações sociais do homem", aliás, denomina-a *teoria do direito social*. Explica que, sob a influência conjunta dos sentimentos de socialidade e de justiça, o homem tem consciência de que uma regra é essencial para a manutenção da *solidariedade social* e que "é justo sancioná-la". A lei social é, portanto, uma primeira e irrefutável verdade. Em consequência, são as "normas sociais, isto é, os hábitos gravados na vida do grupo, que se transformam em *normas jurídicas*. As regras "normativas" da comunidade possuem um caráter de espontaneidade e cabe ao Estado, pura e simplesmente, integrá-las num ordenamento de conjunto que lhes confira suficiente tecnicidade para que se tornem aplicáveis e as garanta contra os riscos, sempre possíveis, da instabilidade social, por um sistema de coação e de sanção: assim, de "normativas" elas se tornam "construtivas" e asseguram a "realização da norma".

Nesse esquema, Duguit insiste no fato de que o caráter "construído" da regra jurídica não reflete o voluntarismo ou o decisionismo do poder do Estado; é antes o aval com que os poderes públicos consagram um estado de fato ou, simplesmente, um "fato social". As regras "construtivas" do direito extraem sua dimensão prescritiva e obrigatória tão somente da forma espontânea das regras "normativas" do grupo social. Portanto, não há "separação absoluta", "muro intransponível", como se tende a pensar, entre o direito público e o direito privado. Isso só teria sentido se o Estado *criasse* o direito; ora, o fundamento do direito é o *fato* da solidariedade espontânea do grupo. Portanto, no fundo há penas uma única regra de direito e sempre a mesma: *cooperar para a solidariedade social*.⁵¹

⁵¹ Simone Goyard-Fabre, ob. cit., p. 154/155.

D – Era da Publicização do Direito Comercial: de 1938 aos Nossos Dias

Em 1938, às vésperas da 2ª Grande Guerra, surge o neoliberalismo, cujos fundamentos científicos foram expostos, em 1946, por Jacques Rueff, no livro *“L’orde social”*, doutrina econômica que provocou, e continua a provocar até hoje, sobretudo nos países emergentes, profundas mudanças na forma de encarar, reagir e disciplinar os fatos, situações e fenômenos que se multiplicam no mundo atual e, “a partir de 1970, o capitalismo informacional, que se consolidou na primeira década do século XXI”⁵², com profundo impacto em todos os setores da atividade humana, em especial no campo do direito, quando o interesse particular, privado, egoístico do homem, que prevaleceu durante o liberalismo, cede lugar e espaço ao interesse social, ao interesse coletivo, ao interesse público, na linha da doutrina de Léon Duguit, que “funda o direito no caráter social e nas obrigações sociais do homem”, consoante a sua “teoria do direito social”.

Essa nova Era é marcada pela intervenção contínua, crescente e ininterrupta do Estado no domínio econômico, pela universalização do conhecimento, da tecnologia e da informação, pela mundialização de marcas, produtos e serviços em um mundo sem fronteiras e pela função social do direito.

Esses novos fatos, que geraram novos institutos, reclamam uma nova disciplina jurídica, radicalmente diferente da que tínhamos na Era das Corporações dos Comerciantes e na Era da Codificação das Leis, em que era plena, completa, total a liberdade de contratar e soberanos os princípios da autonomia da vontade, do consensualismo e da força obrigatória dos contratos.

Nesta nova Era, na área política, o Estado passa a tutelar o indivíduo e a dirigir a economia; na área econômica, a liberdade de contratar foi substituída pela forte presença do Estado, inclusive como empresário; na área jurídica, deu-se a superação do individualismo, que floresceu no mercantilismo, agigantou-se no liberalismo e, no neoliberalismo e no “capitalismo informacional”, deu lugar à ordem social do Estado, pois o indivíduo deixa de ser um fim e se transforma em ser social e os direitos privados passam a ter uma função social, daí a função social da propriedade privada e a função social da empresa, tudo desaguando no que se denominou “a ordem pública da economia”, e, em consequência, na limitação da liberdade individual.

Esta é a Era em que vivemos e, para bem entendê-la, é mister invocar a doutrina de Thomas Samuel Kuhn, Prof. de Harvard e filósofo da ciência, que, após longa e exaustiva pesquisa, demonstrou que a ciência, qualquer ciência, portanto as ciências culturais, como o Direito, não evoluem através de lentos e contínuos aperfeiçoamentos e correções de erros, mas através de revoluções, representadas por mudanças de paradigmas, de mudanças dos elementos essenciais da ciência em um determinado momento, em virtude de o paradigma anterior, até então aceito

⁵² Heródoto Barbeiro, ob. cit., p. 25.

e aclamado⁵³, não atender mais às necessidades e aos reclamos da sociedade, da política e da economia.

À vista desses fatos e fenômenos, o paradigma do direito comercial foi profundamente alterado e fez surgir um direito comercial absolutamente diferente do direito comercial conhecido e estudado ao longo de mais de mil anos, eis que, como demonstrado: (a) o direito comercial, para muitos, foi absorvido pelo direito público; (b) para outros, tornou-se um direito semipúblico; (c) “na hora atual, as concepções sociais tendem a alargar o império do Estado: intervém por toda parte, implantando a justiça social, resultando daí a extensão do domínio do direito público em detrimento do direito privado” (Julliot de la Morandière); (d) “o direito privado hoje se publiciza” (M. Flour); (e) enfim, “no propósito de garantir e proteger o bem estar do indivíduo *in concreto*, cogitando da normação social em atenção ao bem do homem, “surge” a tendência à publicização da norma jurídica” (Caio Mário), “senão a possível absorção do direito mercantil pelo direito público” (Escarra), eis que o “direito público e direito privado não mais se distinguem pelos critérios orgânicos e teleológico” (Orlando Gomes), fazendo, destarte, desmoronar o “muro intransponível” que os separava (Duguit).

Por força das especialíssimas características desta nova Era, em que:

- (a) o direito é subordinado aos imperativos da economia;
- (b) a lei comercial deixa de fundar-se na ideia de justiça e passa a ser considerada por sua eficácia técnica, sem prejuízo dos princípios da certeza e segurança jurídicas⁵⁴;
- (c) a regra de direito deixa de ser abstrata e geral e passa a ter uma função meramente instrumental e a visar a um fim determinado de caráter político, econômico ou social;
- (d) há a primazia do dirigismo contratual com base no direito da economia e não nas tradicionais regras do direito privado;
- (e) a tradição deve ceder lugar ao progresso e a estabilidade, à mudança;
- (f) a propriedade tornou-se uma “concha vazia” no dizer Karl Renner,
- (g) a dogmática do direito envelheceu e se desacreditou, eis que o mundo não parou no século XIX, apesar da tradição romana ter sido renovada pela ciência alemã há

⁵³ O direito comercial sempre foi considerado um “direito corporativo”, um “direito profissional”, um “direito de classe”, situação, a meu ver, *d.v.*, incompatível com os dias atuais. A respeito do direito comercial como “direito profissional”, Messineo deixou patente, fazendo eco da opinião pacífica da doutrina universal: “A razão essencial da conservação reside na circunstância de não se ter abolido (e não se poderia fazê-lo) o caráter peculiar do direito comercial, que é ser um direito de categoria, isto é, um direito profissional. Só abstraído da profissionalidade do exercício da atividade econômica, faltaria a relevância jurídica. Além disso, segundo o art. 2.195, do Código Civil, a atividade comercial e a empresa comercial constituem um centro lógico, em torno do qual se coordenam todas as normas que, direta ou indiretamente, se referem à atividade comercial e industrial”, apud Eduardo Espinola, *ob. e vol. cit.*, p. 68, nota 23.

⁵⁴ A respeito dos princípios da certeza, segurança e justiça, leia-se Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, Coimbra, Ed. A. amado, 1979, 6ª ed., p. 159, § 9º.

mais de cem anos, sou de opinião que, ao realizar uma revisão da legislação comercial em vigor, apenas e tão somente reunindo algumas matérias em um código, ao invés de empreender uma profunda e radical reforma, inspirada em novos paradigmas, o Projeto de Código Comercial, em discussão na Câmara dos Deputados, não atende, *datissima maxima venia*, às necessidades e aos anseios da sociedade brasileira, o que obriga os operadores do direito, em especial os dedicados ao direito comercial, a lutar por mudanças inovadoras de forma e de fundo no Projeto, compatíveis com o fato incontestável de que estamos vivendo a “Era da Publicização do Direito Comercial”.

Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade^{1*}

Jorge Miranda*

Resumo:

O texto discorre sobre as relações entre Estado e religião, considerando a laicidade do Estado (separação entre Estado e religião) e a liberdade religiosa (concebida como direito fundamental na Constituição de Portugal de 1976). Discorre-se, ainda, acerca do ensino religioso nas escolas públicas.

Palavras-chave:

Estado. Religião. Liberdade Religiosa. Laicidade.

Abstract:

This paper deals with the relationship between state and religion, considering the secular State (separation between State and religion) and the religious freedom (conceived as a fundamental right in the Portuguese Constitution of 1976). It also discusses religious education in public schools.

Keywords:

Secular State. Religion. Religious Freedom. Secularism.

1. O Fenómeno Religioso e o Estado

I – Como fenómeno que penetra nas esferas mais íntimas da consciência humana e, simultaneamente, se manifesta em grandes movimentos coletivos, o fenómeno religioso tem tido sempre importantíssima projeção política e jurídico-política. Tem influído constantemente não só na história cultural mas também na história política. Nenhuma Constituição deixa de o considerar e repercute-se ainda no Direito internacional.

Apresentam-se, no entanto, muito diferentes, conforme as épocas e os lugares, os tipos de Estado e os regimes políticos, o sentido da sua relevância e o teor das relações entre poder público e confissões religiosas. E não admira que seja assim,

¹ Conferência proferida, em Brasília, em 18 de Junho de 2011 no Seminário sobre “O Estado laico e a liberdade religiosa”, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça. Texto mantido segundo a norma culta portuguesa, sem adaptações para a norma brasileira.

* N.E. bras.: Foi respeitada a grafia original do artigo, que foi publicado, originalmente, em 2011, em separata, no Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, nº 1, jan./jun. 2014. ISSN: 1982-4564.

* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

em consequência da própria diversidade de religiões, das concepções subjacentes à comunidade política, das finalidades assumidas pelo Estado, de todos os mutáveis condicionanismos culturais, económicos e sociais.

II – Pode esquematizar-se da seguinte maneira o quadro das relações entre Estado e confissões religiosas, tal como as revelam a história e o Direito comparado:

A) Identificação entre Estado e religião, entre comunidade política e comunidade religiosa (Estado confessional)	Com domínio do poder religioso sobre o poder político		– <i>teocracia</i>
	Com domínio do poder político sobre o poder religioso		– <i>cesaropapismo</i>
B) Não identificação (Estado laico)	Com união entre o Estado e uma confissão religiosa (religião do Estado)	União com ascendentes de um dos poderes sobre o outro	<i>Clericalismo</i> (ascendente do poder religioso) <i>Regalismo</i> (ascendente do poder político)
		União com autonomia relativa	
	Separação relativa (com tratamento especial ou privilegiado de uma religião)		
	Com separação		Separação absoluta (com igualdade absoluta das confissões religiosas)
C) Oposição do Estado à religião	Oposição relativa	– <i>Estado laicista</i>	
	Oposição absoluta	– <i>Estado ateu</i> (ou de confessionalidade negativa) ²	

² Cfr., entre tantos, PASSERIN D'ENTRÈVES, *Dottrina dello Stato*, Turim, 1967, p. 191 e ss., e *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, cit., p. 195 e ss.; RAMÓN COMAS, *El Estado y las Iglesias por separado*, Barcelona, 1971; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., 1, 10ª ed., p. 403 e ss.; VALERIO ZANONE, *Laicismo*, in: *Dizionario di Politica*, 1976, p. 511V e ss.; GIUSEPPE CAPUTO, *Stato e Chiesa*, *ibidem*, p. 1004 e ss.; UMBERTO POTOTSCHNIG, *La laicità dello Stato*, in *Jus*, 1977, p. 247 e ss.; STEVEN RUNCIMAN, *The Byzantine Theocracy*, 1977, trad. *A Teocracia Bizantina*, Rio de Janeiro, 1978; *Constitución y relaciones Iglesia y Estado en la actualidad*, obra colectiva, Salamanca, 1978; R. DA COSTA MEIRELES, *Igreja e Estado*, in *Polis*, III, p. 396 e ss.; ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, *Iglesia y Estado en la Edad Moderna (siglos XVI e XVII)*, in: *El Estado Español em su dimensión histórica*, obra colectiva, Barcelona, 1984, p. 129 e ss.; PIER GIOVANNI CARON, *Corso di Storia dei Rapporti fra Stato e Chiesa*, 2 vols., Milão, 1985; BERNARD CUBERTAFOND, *Théocraties*, in: *Revue du droit public*, 1985, págs. 277 e ss.; BERTRAND BADIE, *Les deux États – Pouvoir et société en Occident et en Terre d'Islam*, Paris, 1986, págs. 20 e ss. e 67 e ss.; CARLOS CORRAL, *Sistemas actuais de relações entre Igreja e Estado*, in: Brotéria, 1987, p. 145 e ss.; JÓNATAS MACHADO, *Pré-compreensões na disciplina jurídica do fenómeno religioso*, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992, p. 165 e ss., e *A liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra, 1996 págs. 13 e ss., 53 e ss. e 128 e ss.; CHRISTIAN STARCK, *Le Christianisme et les Église dans leur signification pour l'identité de l'Union Européenne et des ses États membres*, in: *Perspectivas Constitucionais*, obra colectiva, I, 1996, págs. 737 e ss.; *Il principio di laicità nello Stato democratico*, obra coletiva ed. por MARIO TEDESCHI, Catanzaro, 1996; PAULO PULIDO ADRAÇÃO, *A liberdade religiosa e o Estado*, Coimbra, 2002; ROSA DIONIZIO NUNES, *Das relações da Igreja com o Estado*, Coimbra, 2005; FERNANDO CATROGA, *Entre Deuses e Césares – Secularização, laicidade e religião civil*, Coimbra, 2006; *Estado y religión en la Europa del siglo XXI*, obra coletiva, Madrid, 2008; MARIO SCATOLLA, *Teologia Política*, trad., Lisboa, 2009.

III – *Identificação*, sob a forma de teocracia, encontrava-se na Antiguidade oriental, do Egito à Pérsia, e, de certa maneira, nas Cidades-Estado da Grécia, fundadas no culto dos mesmos antepassados.

Também a doutrina dos dois gládios de alguns Papas da Idade Média, do tempo da *Respublica Christiana*, levava ao ascendente do poder espiritual sobre o temporal, ainda que tivesse defrontado sempre resistências dos reis e do Imperador do Sacro Império Romano Germânico.

Mas é, sobretudo, hoje, o fundamentalismo islâmico – apesar de não ser o único fundamentalismo religioso em expansão nos nossos dias – que mais fortemente afirma não poder existir separação entre a esfera política e a esfera religiosa, identifica a comunidade de cidadãos com a comunidade de crentes e pretende que a lei religiosa vigore como lei civil.³

IV – *Identificação*, sob a forma de *cesaropapismo*, assumiu diferentes configurações na história das nações entre os monarcas e o Cristianismo.

Como escreve ANTÓNIO LEITE:

Os imperadores romanos pagãos eram, ao mesmo tempo, sumos sacerdotes (*Pontifices Maximi*) do culto oficial de Roma, isto é, detinham a suprema autoridade civil e religiosa. Quando se converteram ao cristianismo, tiveram de renunciar ao sumo sacerdócio pagão, mas conservaram o hábito de intervir em assuntos religiosos, quer de ordem disciplinar quer até dogmáticos, sobretudo quando eles interferiam de algum modo com a ordem pública. Estas ingerências foram tanto mais facilmente aceites quanto, em geral, vinham acompanhadas de protecção e benefícios para a Igreja. O imperador Constantino, depois da conversão, gostava de se intitular “bispo do exterior”, e intrometeu-se muitas vezes em assuntos eclesiásticos. (...)

O imperador Justiniano (527-565) promulgou numerosas leis sobre a disciplina eclesiástica, consolidando e dando assim forma ao cesaropapismo bizantino, que havia de perdurar até a queda do império do Oriente (1453). A responsabilidade não foi toda dos imperadores e dos seus áulicos, pois os bispos e outros eclesiásticos demasiadas vezes recorriam ao poder civil para obterem quer favores

³ A República Islâmica do Irão, proclamada em 1979, apresenta-se com a experiência mais radical de realização desta ideia e a sua Constituição, de 1986, patenteia-a bem impressivamente. Assim, a República Islâmica é um “sistema baseado na fé” (art. 2º), em que o povo é “chamado à virtude” e “os crentes, homens e mulheres, são amigos uns dos outros, rejubilam no Bem e proíbem o Mal” (Alcorão, 9:71) (art. 8º).

Os princípios islâmicos são limites aos direitos dos cidadãos e critério de ação do Estado (arts. 21º, 24º, 27º e 28º), embora o governo e todos os muçulmanos sejam obrigados a conduzir-se “com moderação, justiça e equidade” para com os não muçulmanos e devam salvaguardar os direitos destes (art. 14º, 2ª parte) e a nacionalidade seja um “direito absoluto” de todos os cidadãos (art. 41º).

Por outro lado, logicamente, os poderes soberanos exercem-se sob a supervisão dos dirigentes religiosos (art.57º).

e bens materiais quer protecção nos constantes conflitos que sempre dilaceraram as Igrejas do Oriente. Este cesaropapismo bizantino teve a sua continuação na Rússia, que recebeu o cristianismo de Constantinopla. Sobretudo a partir de Pedro I, o Grande (1682-1725), os czares tomaram-se verdadeiros chefes da Igreja Russa.

No Ocidente, depois da queda do império (476), quase se extinguiu o cesaropapismo, pois os novos Estados bárbaros sofreram antes o influxo da Igreja, tendo, no entanto, os monarcas muitas vezes tentado interferir na vida desta. Até que, com Carlos Magno (768-814), o cesaropapismo surge em toda a sua extensão: o imperador intervém em toda a vida da Igreja, nomeia bispos, reúne sínodos, reforma dioceses e mosteiros, imiscui-se até em controvérsias doutrinárias, ainda que, em geral, com aceno e notável proveito para a Igreja. Os seus sucessores não se mantêm à mesma altura (...)

Com a Reforma, o cesaropapismo estabeleceu-se em diversos Estados protestantes: Henrique VIII de Inglaterra, depois de romper com Roma, proclamou-se “único chefe da igreja da Inglaterra” (1534) Este acto de supremacia foi revogado por Maria Tudor e restabelecido com todo o rigor pela rainha Isabel. Desde então os reis ingleses são também chefes da Igreja Anglicana, exercendo os seus poderes por meio do Parlamento e do Governo. Lutero a princípio procurou manter a Reforma independente do poder dos príncipes alemães; mas, pouco a pouco, muitos destes, ao converterem-se ao protestantismo, passaram a exercer também autoridade sobre as igrejas reformadas dos seus Estados, o que foi uma das causas do progresso da Reforma. Posteriormente, as diversas confissões protestantes tentaram subtrair-se a este domínio da autoridade civil.⁴

V – *Não identificação* significa distinção entre a esfera política e a esfera religiosa, não inclusão entre as atribuições do Estado de atribuições em matéria de religião e de culto, laicidade.

O Estado moderno de matriz europeia, com a centralização do poder real, o Renascimento e a Reforma, tem no seu bojo este princípio, ainda que a sua plena concretização tenha levado séculos a ser alcançada e, em alguns países europeus, ainda nem sequer tenha sido alcançada plenamente.

Numa primeira fase, mais longa, o Estado tem uma religião oficial (no século XVII dizia-se *Cujus Régio, Ejus Religio*⁵ e, mesmo se diversas, há relações institucionais

⁴ Cesaropapismo, in: *Verbo* (ed. do séc. XXI), 6, 1998, p. 806 e ss. e Autores citados.

⁵ Situação excepcional foi a da França, com o Editto de Nantes de 1598, que permitiu aos Huguenotes o exercício da liberdade de culto nas terras onde estivessem estabelecidos; seria revogado em 1685.

permanentes entre ele e a correspondente Igreja. Numa segunda fase, não há mais religião de Estado, afirma-se o princípio de liberdade e estabelecem-se regimes de separação.

VI – No regime de união, prevaleceu historicamente a tendência para o *regalismo*, resquício ou continuador do cesaropapismo. Com formas ora mais moderadas, ora mais acentuadas, traduzia-se na intervenção dos Estados na vida interna das Igrejas, em especial na designação dos bispos e no provimento dos ofícios eclesiásticos. A pretexto de proteção da religião, redundava em maior ou menor dependência das autoridades religiosas.⁶

As monarquias absolutas dos séculos XVII e XVIII, protestantes ou católicas, foram regalias. E, não muito atenuado, foram no outrossim as monarquias constitucionais do século XIX, as quais, só tardiamente, iriam admitir o princípio da liberdade de religião.⁷

Clericalismo não houve verdadeiramente na Europa, mas nele poderiam talvez integrar-se as *reduções* jesuíticas constituídas em certas áreas da América, incluindo parte do que é hoje o Rio Grande do Sul. Aliás, um dos motivos invocados pelo Marquês de Pombal contra os jesuítas era considerá-los inimigos da autoridade real.

VII – No regime de *separação* ou de Estado secular não há religião oficial, todas as confissões são reconhecidas e os governantes abstêm-se de qualquer decisão sobre a sua vida interna, assim como elas se afastam do contraditório político.

Foi nos Estados Unidos – país criado por fiéis de diversos cultos, fugidos da Europa para os poderem livremente celebrar – que este regime surgiu. O 1º Aditamento à Constituição, de 1791, expressamente proíbe o estabelecimento de uma religião do Estado. No Brasil, cem anos mais tarde, a Constituição de 1891 vedaria aos Estados e à União estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de qualquer culto (art. 10º). Na França e em Portugal, a separação seria decretada em 1905 e em 1911, respetivamente, mas em termos conflituais.

Em países com grande divisão religiosa, impõe-se, naturalmente, um regime de separação absoluta. Já em países com religião largamente maioritária e com grande fundo histórico, por vezes adota-se um tratamento preferencial, e não raro privilegiado, dessa religião, sem prejuízo da liberdade religiosa. É o caso da Inglaterra hoje ou da Grécia e, foi, de certo modo, o caso de Portugal entre 1935 e 1974.

Mas separação não determina necessariamente desconhecimento da realidade social e cultural religiosa, nem relegar as confissões religiosas para a esfera privada. A existência das confissões e das suas atividades não pode ser ignorada ou secundarizada e nada impede mesmo que se firmem laços de cooperação delas com o Estado em diversos domínios.

VIII – Está aí a principal diferença que traz o *laicismo* com oposição (relativa) do Estado às religiões.

⁶ Cfr. ANTÓNIO LEITE, *Regalismo*, in: *Verbo*, 24, 2002, p. 1153 e ss.

⁷ Apesar de a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, prescrever que ninguém poderia ser inquietado pelas suas opiniões religiosas (art. 10º).

Laicidade significa não assunção de tarefas religiosas pelo Estado e neutralidade, sem impedir o reconhecimento do papel da religião e dos diversos cultos. *Laicismo* significa desconfiança ou repúdio da religião como expressão comunitária e, porque imbuído de pressupostos filosóficos ou ideológicos (o positivismo, o cientismo, o livre pensamento ou outros), acaba por pôr em causa o próprio princípio da laicidade. A França e Portugal conheceram esse estado de espírito aquando das suas leis de separação.

IX – *Oposição* absoluta à religião constitui fenómeno recente, ligado aos totalitarismos modernos: os marxista-leninistas e o nacional-socialista.⁸

Como o Estado pretende ser *total* e conforma ou visa conformar toda a sociedade, destituída de autonomia, pela sua ideologia, a religião deixa de ter espaço e ou se submete ou tem de se reduzir à clandestinidade.

X – Bem diversamente, o fenómeno religioso tem consagração no âmbito da proteção internacional dos direitos do homem.

Lê-se na Declaração Universal, de 1948: “Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião: este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou a convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos” (art. 18º).

Todos os tratados gerais de direitos, sejam a nível universal, sejam a nível regional, desenvolvem este princípio, e existe mesmo desde 1981 uma Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância ou de discriminação por causa da religião ou da convicção.

Como se sabe, são muitos os Estados, onde, ou por causa de fundamentalismo religioso ou do totalitarismo político, a liberdade religiosa está longe de ser garantida e se verificam perseguições. Noutros, na Ásia e na África, eclodem frequentes conflitos confessionais, não raro determinados por factores políticos.

Todavia, esta matéria está fora do escopo do presente seminário.

2. A Liberdade Religiosa ao Longo do Constitucionalismo Português

I – Numa visão sintética e tomando como ponto de referência as Constituições que vigoraram em Portugal nos últimos duzentos anos, pode dizer-se que desde o início do constitucionalismo até aos nossos dias se tem verificado um crescente alargamento da liberdade e da igualdade no domínio da religião.

De um regime de religião de Estado, com mera tolerância das demais confissões, passar-se-ia a um regime de separação, com pleno reconhecimento constitucional da liberdade de consciência e de religião (considerada hoje um dos direitos insusceptíveis de suspensão em estado de sítio e limite material de revisão constitucional).⁹

⁸ Cfr., por todos, HANNAH ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, trad. port. *O sistema totalitário*, Lisboa, 1978.

⁹ Cfr., na doutrina, LOPES PRAÇA, *Estudos sobre a Carta Constitucional e o Acto Adicional de 1852*, I, Coimbra, 1878, p. 57 e ss., e *O Catolicismo e a Nação Católica – Das liberdades da Igreja Portuguesa*, Coimbra, 1881;

A evolução não foi, no entanto, sem vicissitudes, por vezes graves.

II – As três Constituições da monarquia liberal tinham de comum declararem a religião católica apostólica romana religião oficial do Estado (art. 25º da Constituição de 1822, art. 6º da Constituição de 1826, art. 3º da Constituição de 1838). Distinguiam-se pelo diferente modo de encararem a manifestação de religião das pessoas.

A primeira dessas Constituições – cujo preâmbulo começava com a invocação da Santíssima Trindade – considerava, entre os deveres dos cidadãos, o de venerar a Religião (art. 19º) e admitia a censura pelos Bispos dos escritos públicos sobre dogma e moral (art. 8º). Só aos estrangeiros era permitido o exercício, e exercícios particulares, dos respectivos cultos. (art. 25º, 2ª parte).

A Carta Constitucional e a Constituição de 1838 avançavam algo, ao estabelecerem que “ninguém pode ser perseguido por motivos de religião, uma vez que respeite a do Estado” (arts. 145º, § 4º, e 11º, respetivamente). Mas na Constituição de 1826 continuavam a ser apenas os estrangeiros a ter garantido o exercício dos outros cultos “em casas para isso destinadas, sem forma alguma de templo” (art. 6º, 1ª parte).

As três Constituições mantinham a interferência do Rei na designação dos Bispos (art.123º V da Constituição de 1822; art. 75º, § 2º, da Carta; art. 82º IV da Constituição de 1838) e previam o Beneplácito Régio (arts. 123º XII, 75º, § 14º, e 82º XII, respetivamente). A Constituição de 1822 prescrevia a celebração de missa na abertura das assembleias de voto (art. 53º) e o juramento religioso dos Deputados (art. 78º). E o Ato Adicional à Carta de 1835 declarava o Patriarca de Lisboa e os Arcebispos e Bispos membros vitalícios da Câmara dos Pares (art. 6º, § 2).¹⁰

A prática mostrar-se-ia ambivalente. Se a Igreja Católica gozaria sempre de uma posição predominante e quase exclusiva (até porque eram pouquíssimos os fiéis

MARNOCO E SOUSA, *Direito Eclesiástico*, Coimbra, 1909, e *Constituição Política da República Portuguesa – Comentário*, Coimbra, 1913, p. 59 e ss.; ANTUNES VARELA, *Lei da Liberdade Religiosa e Lei de Imprensa*, Coimbra, 1972; ANTÓNIO LEITE, *A Religião no Direito Constitucional Português*, in: *Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, II, 1978, p. 265 e ss.; declaração de voto do juiz de Sousa e Brito anexa ao acórdão n.º 174/93 do Tribunal Constitucional, de 17 de Fevereiro, in: *Diário da República*, 2ª série, n.º 127, de 1 de Junho de 1993, p. 5716 e ss.; JÓNATAS MACHADO, *op. cit.*, p. 107 e ss.; MANUEL BRAGA DA CRUZ, *A liberdade religiosa na história contemporânea de Portugal*, in: *Lusitania Canonici – Liberdade religiosa – Realidade e perspectiva*, Lisboa, 1998, p. 29 e ss.; PAULO PULIDO ADRAGÃO, *op. cit.*, p. 279 e ss. E ainda, EDUARDO DALLY ALVES DE SÁ, *Dos Direitos da Igreja e do Estado a respeito da Ereção, Supressão, União, Divisão e Circunscrição das Dioceses e Metrópoles*, Coimbra, 1872; ALBERTO XAVIER, *Política republicana em matéria eclesiástica*, Lisboa, 1912; ALFREDO PIMENTA, *As Igrejas e o Estado no regime da separação*, Lisboa, 1913; JOAQUIM MARIA LOURENÇO, *Situação jurídica da igreja em Portugal*, Coimbra, 2ª ed., 1943; JOSÉ EDUARDO HORTA CORREIA, *Liberalismo e Catolicismo – O problema congregacionista (1820-1823)*, Coimbra, 1974; ROQUE LINO, *Inexistência de liberdade religiosa em Portugal*, in: *3º Congresso da Oposição Democrática – Organização do Estado e Direitos do Homem*, obra colectiva, Lisboa, 1974, p. 225 e ss.; CARLOS NEVES DE ALMEIDA, *Os direitos fundamentais nas Constituintes de 1821-1822*, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1990, p. 313 e ss.; VITOR NETO, *O Estado a Igreja e a Sociedade em Portugal (1832-1911)*, Lisboa, 1998.

¹⁰ Também no Brasil, a Constituição de 1824, fonte da Carta Constitucional portuguesa, conferia ao Imperador o poder de nomear bispos e prover os benefícios eclesiásticos e de conceder ou negar o beneplácito aos decretos dos concílios e letras apostólicas e quaisquer outras constituições eclesiásticas que se não opusessem à Constituição e, precedendo aprovação da Assembleia, se contivessem disposição geral (art. 102º, nºs 2 e 14).

de outras religiões), a um estatuto jurídico-administrativo de corporação pública¹¹ corresponderia alguma diminuição da sua liberdade efetiva.¹² Entretanto, a presença das ordens e congregações religiosas e a introdução do casamento civil (facultativo) no Código Civil de 1867¹³ despertariam debates apaixonados na opinião pública sobre as relações entre a Igreja e o Estado.

III – A proclamação da República em 1910 foi acompanhada de uma crise sem precedentes, provocada pelo Decreto de Separação de 22 de Abril de 1911, obra do Governo Provisório,¹⁴ marcado pelo anticlericalismo difuso em certos sectores da população urbana e pelo positivismo e jacobinismo do partido republicano. A legislação dos primeiros meses do novo regime assumiu uma intenção vincadamente laicista e anticatólica e chegou a haver prisões, desterros e expulsões de bispos, de sacerdotes e de religiosos.

Paradoxalmente, porém (ou só na aparência), o Decreto de Separação das Igrejas do Estado criava um novo regalismo, pois o Governo arrogava-se vários poderes em relação à prática da religião e aos ministros do culto e continuava a prever-se o Beneplácito.

A Constituição de 1911 foi marcada por este espírito (embora dela não conste expressamente o princípio da separação das Igrejas do Estado). Por um lado, garantiu formalmente a liberdade de consciência e de crença e a igualdade política e civil de todos os cultos (art. 3º, nº 4 e 5); por outro lado, adotou medidas restritivas da atividade das confissões religiosas, dirigidas especialmente contra a Igreja Católica.

Ninguém podia ser perseguido por motivo de religião, nem perguntado por autoridade alguma acerca da que professasse (art. 3º, nº 6); ninguém podia, por motivo de opinião religiosa, ser privado dum direito ou isentar-se do cumprimento de qualquer dever cívico (art. 3º, nº 7); as casas escolhidas ou destinadas pelos crentes de qualquer religião poderiam sempre tomar forma exterior de templo (art. 3º, nº 8); era livre a prática de todos os cultos religiosos nos cemitérios públicos (art. 3º, nº 9).

Todavia, ao mesmo tempo, estabelecia-se que o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos e particulares fiscalizados pelo Estado seria neutro em matéria religiosa (art. 3º, nº 10) e mantinha-se “a legislação em vigor que extinguiu e dissolveu em Portugal a Companhia de Jesus, as sociedades nela filiadas e todas as congregações religiosas e ordens monásticas” (art. 3º, nº 12).

A partir de 1918 haveria um apaziguamento no conflito.

IV – O regime autoritário institucionalizado pela Constituição de 1933 beneficiaria da questão religiosa para, durante largo tempo, procurar obter apoio dos católicos. E conseguiria, por certo, soluções normativas mais conducentes à liberdade religiosa dos católicos, se bem que pouco atentas à igualdade plena de direitos dos outros crentes.¹⁵

¹¹ Assim, MARNOCO E SOUSA, *Direito Eclesiástico*, cit., p. 299.

¹² Cfr. A crítica de OLIVEIRA MARTINS (Liberdade de Culto, in: *Política e História – 1868-1878*, ed. da Guimarães Editores, Lisboa, 1957, p. 69 e ss.).

¹³ V., por último, SAMUEL RODRIGUES, *A polémica sobre o casamento civil (1865-1867)*, Lisboa, 1987.

¹⁴ V. JOÃO SEABRA, *O Estado e a Igreja em Portugal no século XX – A lei de separação de 1911*, Cascais, 2009; LUÍS SALGADO DE MATOS, *A separação do Estado e da Igreja*, Lisboa, 2010.

¹⁵ Cfr. MANUEL BRAGA DA CRUZ, *O Estado Novo e a Igreja Católica*, Lisboa, 1998.

A liberdade religiosa apareceria não apenas na sua dimensão individual de liberdade e inviolabilidade de crenças e práticas religiosas, com tudo quanto isso implicava (art. 8º, nº 3, da Constituição), mas também na sua dimensão institucional de liberdade de organização de todas as confissões (art. 45º). O princípio da separação das Igrejas do Estado seria constitucionalmente consignado pela primeira vez (art. 46º). Nenhum templo, edifício, dependência ou objecto de culto afecto a uma religião poderia ser destinado pelo Estado a outro fim (art. 47º).¹⁶

Importa, contudo, distinguir três fases nesse período relativamente longo: uma primeira até 1940 (ou até 1951); uma segunda, até 1971; e uma terceira, posterior a 1971.

A primeira fase (expressão ainda do compromisso político subjacente à feitura originária da Constituição) é, curiosamente, a mais próxima das concepções actuais. Nela, antes de mais, vão desaparecendo os ressaibos laicistas e anti-religiosos: designadamente, se o ensino ministrado pelo Estado é independente de qualquer culto, não o deve hostilizar; e não depende de autorização o ensino religioso nas escolas privadas (art. 43º, §§ 3º e 4º). Ao mesmo tempo, a todas as religiões atribui-se o direito de constituir, de harmonia com a sua hierarquia e disciplina, associações ou organizações a que o Estado reconhece personalidade jurídica (art. 45º).

Uma inflexão dá-se logo aquando das primeiras modificações da Constituição, ao restringir-se o direito de livre organização das confissões (art. 45º, após a Lei nº 1885, de 23 de Março de 1935) e ao prescrever-se que o ensino ministrado pelo Estado visaria à formação das virtudes morais, “orientadas pelos princípios da doutrina e moral cristãs, tradicionais do País” (art. 43º, § 3º, após a Lei nº 1910, de 23 de Maio de 1935).

Entretanto, seria celebrada com a Santa Sé a Concordata de 10 de Maio de 1940.¹⁷ Ela soluciona o que havia a solucionar do contencioso entre a Santa Sé e o Estado Português e a regular, de modo estável, a situação jurídica de Igreja Católica em Portugal. Apesar de tudo, “concordata de separação”, iria subsistir durante décadas mesmo para além da mudança de regime.

A revisão constitucional de 1951 consideraria a religião católica “religião da Nação Portuguesa” (novo art. 45º da Constituição, após a Lei nº 2048, de 11 de Junho, que, entretanto, não deixaria de reiterar a regra da separação). E traçaria um tratamento diferenciado dela e das demais confissões (art. 46º), nos seguintes aspectos: 1º) enquanto que as relações entre a Igreja Católica e o Estado seriam objecto de concordatas e outros acordos com a Santa Sé, as relações com as outras confissões religiosas dependeriam da lei, a qual regularia “as manifestações exteriores” dos respectivos cultos; 2º) enquanto que a personalidade jurídica das associações e organizações católicas continuava a ser reconhecida *ope legis*, a das associações e organizações doutras confissões apenas podia ser reconhecida; 3º) às confissões não católicas ligava-se a proibição da “difusão de doutrinas contrárias à ordem estabelecida” (§ único do art. 46º).

¹⁶ E mantinha-se (art. 48º) a norma sobre cemitérios vinda da Constituição de 1911.

¹⁷ V. A Obra colectiva *A Concordata de 1940 – Portugal – Santa Sé*, Lisboa, 1993.

Uma terceira e brevíssima fase seria aberta em 1971 com a última revisão da Constituição de 1933 (Lei nº 3171, de 16 de Agosto) e com a publicação de uma lei de liberdade religiosa (Lei nº 4/71, de 21 de Agosto).

“O Estado, consciente das suas responsabilidades perante Deus e os homens...” declara a liberdade de culto e de organização de todas as confissões religiosas “cujas doutrinas não contrariem os princípios fundamentais da ordem constitucional” (art. 45º)¹⁸; só depois a Constituição se refere à religião católica, qualificada agora como “religião *tradicional* da Nação Portuguesa” (art. 46º). Por outro lado, a matéria da liberdade religiosa (ou da liberdade religiosa individual) é incluída na reserva de competência legislativa da Assembleia Nacional [arts. 8º, § 2º, e 93º, alínea d)].

A lei de liberdade religiosa, por seu turno, afirmaria o direito das confissões religiosas a igual tratamento, “ressalvadas as diferenças impostas pela sua diversa representatividade” (base II, nº 2) e previu um sistema de reconhecimento das confissões não católicas, se bem que em moldes restritivos (bases IX e ss.).

V – Finalmente, a Constituição de 1976 vem garantir a liberdade religiosa sem aceção de confissões e sem quaisquer limites específicos. É um estádio mais avançado do que os sucessivos regimes anteriores de união, de neutralidade laicista e de relação preferencial com a Igreja Católica¹⁹, e a separação (art. 41º, nº 4) serve essencialmente de garantia da liberdade e da igualdade.²⁰

Para esta situação concorreram vários factores: a superação da questão religiosa da 1ª república e também a superação (até pelo decurso do tempo) quer das correntes jacobinas quer das tendências ultramontanas; o Concílio Vaticano II, com a sua Declaração sobre a Liberdade Religiosa, *Dignitatis Humanae*²¹; o crescente pluralismo político dos católicos portugueses; a maior inserção das confissões não católicas na vida colectiva do país; a abertura europeia de Portugal; a própria coerência do Estado de Direito democrático, cerne da nova ordem constitucional.

A revisão constitucional de 1982 poucas alterações trouxe neste domínio e as posteriores nenhuma – o que só por si, em confronto com as múltiplas alterações sofridas por tantos outros preceitos da Constituição, não deixa de dever ser assinalado como sinal do grande consenso alcançado na sociedade portuguesa.

¹⁸ É uma invocação do nome de Deus no interior do articulado constitucional – o que é pouco frequente em Direito comparado. Em 1959 (e também em 1971) tinha-se tentado, sem êxito, inseri-la no preâmbulo.

¹⁹ De certo ângulo, poderia dizer-se ser também uma síntese dessas orientações diversas.

²⁰ A Constituição, no entanto, não declara Portugal um Estado laico, ao invés do que fazem outras Constituições, como a francesa (art. 2º), a de São Tomé e Príncipe (art. 8º), a moçambicana (art. 12º) ou a angolana (10º).

²¹ Cfr. ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO, *A Liberdade Religiosa e o Projecto do Código Civil*, Braga, 1967; ANTÓNIO MONTES MOREIRA, *A liberdade religiosa*, Braga, 1971; JOÃO SEABRA, *Liberdade religiosa e Concordata?*, in: *A Concordata de 1940*, obra colectiva, p. 87 e ss., BORGES DE PINHO, *Liberdade religiosa e ecumenismo*, in: *Liberdade religiosa – realidade e perspectivas*, obra colectiva, Lisboa, 1998, p. 283 e ss.

3. A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Actual

I – A liberdade religiosa aparece indissociável, como não podia deixar de ser, da liberdade de consciência. No entanto, não se lhe assimila, visto que a liberdade de consciência é mais ampla e compreende quer a liberdade de ter ou não ter religião (e de ter qualquer religião) quer a liberdade de convicções de natureza não religiosa (filosófica, designadamente); e, depois porque a liberdade de consciência vale, por definição, só para o foro individual, ao passo que a liberdade religiosa possui (como já se acentuou) também uma dimensão social e institucional.²²

Numa análise sistemática do texto constitucional cabe apontar diferentes níveis de conteúdo da liberdade religiosa: os direitos individuais, os direitos institucionais e as respetivas garantias; os direitos conexos e as garantias institucionais; e as interferências com outros direitos e garantias.²³

II – A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável (art. 41º, nº 1). E ela compreende:

- A liberdade de manifestar a religião, separadamente ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto ou pelos ritos (art. 18º da Declaração Universal)^{24 25};

- Ninguém pode ser perseguido, privado de um direito ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa (art. 41º, nº 2);

- Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou práticas religiosas, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder (art. 41º, nº 3);

- A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes à fé religiosa (art. 35º, nº 3);²⁶

²² Cfr. JOSÉ LAMEGO, *Sociedade aberta e liberdade de consciência*, cit., AUGUSTO SILVA DIAS, *A relevância jurídica – penal das decisões de consciência*, Coimbra, 1986, p. 65 e ss.; Liberté de consciência, obra colectiva, Conselho da Europa, Estrasburgo, 1993; MARIA DA GLÓRIA GARCIA, Liberdade de consciência e liberdade religiosa, in: *Direito e Justiça*, 1997, 2, p. 73 e ss.; PEDRO GARCIA MARQUES, anotação em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2ª ed., Coimbra, 2010, p. 893 e ss.

²³ Sobre a liberdade religiosa à face da actual Constituição, v. ANTÓNIO LEITE, *op. cit., loc. cit.*, p. 286 e ss.; JORGE MIRANDA, Liberdade religiosa, Chiesa e Stato in Portugal, in: *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1988, p. 204 e ss.; JÓNATAS MACHADO, O regime concordatário entre a “Libertas Ecclesiae” e a liberdade religiosa, Coimbra, 1993, p. 26 e ss.; Liberdade religiosa..., *cit.*, p. 220 e ss. e 305 e ss., e A Constituição e os movimentos religiosos minoritários, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1996, p. 193 e ss.; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, I, 4ª ed., Coimbra, 2007, p. 607 e ss.; JORGE MIRANDA em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, I, 2ª ed., p. 909 e ss.; PAULO PULIDO ADRAGÃO, *op. cit.*, p. 364 e ss.

²⁴ Porque os preceitos constitucionais e legais relativos a direitos fundamentais devem ser interpretados de harmonia com a Declaração Universal.

²⁵ Devendo a educação favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todos os grupos religiosos (art. 26º, nº 2, da Declaração).

²⁶ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, A protecção de dados informatizados e o fenómeno religioso em Portugal, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1993, p. 181 e ss.

– É garantido o direito à objeção de consciência nos termos da lei (art. 41º, nº 6), e não se confinando a objeção ao serviço militar²⁷, pois pode abranger quaisquer adstrições colectivas que contendam com as crenças e convicções;

– A liberdade de consciência e de religião é um dos direitos fundamentais que, em caso algum, podem ser suspensos em estado de sítio ou em estado de emergência (art. 19º, nº 6);

– A separação das Igrejas do Estado e a liberdade religiosa constituem limites materiais de revisão constitucional, cláusulas pétreas [art. 288º, alíneas c) e d)].

III – No plano institucional, a Constituição assegura:

– As Igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização (art. 41º, nº 4, 1ª parte);

– As Igrejas e outras comunidades religiosas são livres no exercício das suas funções e do culto (art. 41º, nº 4, 2ª parte);

– É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão (art. 41º, nº 5, 1ª parte);

– É garantida a utilização de meios de comunicação social próprios das confissões religiosas para o prosseguimento das suas actividades (art. 41º, nº 5, 2ª parte) – e, por conseguinte, os jornalistas que neles trabalhem não podem intervir na sua orientação editorial [art. 38º, nº 2, alínea a), 2ª parte].²⁸

IV – Conexas ou complementares da liberdade religiosa são, muito particularmente, as regras que estabelecem:

– O direito à reserva da intimidade da vida privada (art. 26º, nº 1);

– A diversidade de formas de celebração do casamento, com requisitos e efeitos regulados por lei (art. 36º, nº 2) – formas essas que devem propiciar a celebração do casamento de harmonia com as crenças e convicções dos nubentes;

– O direito e o dever dos pais de educação dos filhos (art. 36º, nº 5), incluindo a educação religiosa (ou não religiosa);

– Não poder o Estado atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes religiosas (art. 43º, nº 2); ou seja, não poder afetar o pluralismo religioso, nem interferir nas opções e orientações de sentido religioso que se manifestem no domínio da educação e da cultura;

– Não ser o ensino público confessional (art. 43º, nº 3) – o que carece de ser devidamente interpretado, conforme se tentará fazer mais adiante;

– Ser garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas (art. 41º, nº 4) – as quais podem optar por projectos educativos mais consentâneos com esta ou aquela religião.

²⁷ Os objetores ao serviço militar ficam obrigados a serviço cívico de duração e penosidade equivalentes (art. 276º, nº 4).

²⁸ De notar a variedade de expressões: igrejas [arts. 41º, nº 4, 51º, nº 3, e 288º, alínea c)]; comunidades religiosas (art. 41º, nº 4); Confissões (arts. 41º, nº 5, e 55º, nº 4).

V – Interferências com outros direitos ou delimitação do âmbito da liberdade religiosa e de outros direitos (para garantia dela e destes) vêm a ser ainda:

– Não poderem os partidos políticos, sem prejuízo da filosofia ou ideologia inspiradora do seu programa, usar denominação que contenha expressões diretamente relacionadas com quaisquer religiões ou Igrejas, bem como emblemas confundíveis com símbolos religiosos (arts. 51º, nº 3, e 205º);

– Serem as associações sindicais independentes das confissões religiosas (art. 55º, nº 4).

VI – A lei de liberdade religiosa de 1971 foi revogada – com grande atraso sobre a feitura da Constituição democrática – por uma nova lei, a Lei nº 16/2001, assente nos seis grandes princípios da liberdade, da igualdade, de separação, de não confessionalidade, de cooperação e de tolerância (arts. 1º a 5º e 7º).

No essencial, o princípio da não confessionalidade consiste em o Estado não adotar nenhuma religião, nem se pronunciar sobre questões religiosas (art. 4º, nº 1).

O Estado cooperará com as igrejas e comunidades religiosas radicadas em Portugal²⁹, tendo em consideração a sua representatividade, com vista designadamente à promoção dos direitos humanos, do desenvolvimento integral de cada pessoa e dos valores da paz, da liberdade, da solidariedade e da tolerância (art. 5º).

Segundo o princípio da tolerância, os conflitos entre a liberdade de consciência, de religião e de culto de uma pessoa e a de outras ou outras resolver-se-ão com tolerância, de modo a respeitar quanto possível a liberdade de cada uma (art. 7º).

A lei depois trata, sucessivamente, dos direitos individuais de liberdade religiosa (arts. 8º e ss.), dos direitos coletivos (arts. 8º e ss.) – tudo de acordo com o princípio da igualdade – do estatuto das Igrejas e comunidades religiosas (arts. 33º e ss.), dos acordos entre pessoas coletivas religiosas e o Estado (arts. 45º e ss.), da Comissão de Liberdade Religiosa (arts. 52º e ss.) e da Igreja Católica, ressaltando a Concordata entre Portugal e a Santa Sé (art. 58º).

Nas comunidades religiosas avultam as *radicadas* – aquelas com mais de 30 anos de presença social organizada em Portugal e as igrejas ou comunidades religiosas fundadas no estrangeiro há mais de 60 anos (art. 37º, nº 2). São elas, ou as suas federações, que celebram acordos com o Estado sobre matérias de interesse comum (art. 45º), sujeitos a aprovação do Parlamento (art. 48º).

Quanto à Comissão de Liberdade Religiosa é um órgão consultivo, em que entram pessoas designadas pelas confissões religiosas e que, à semelhança de outros órgãos existentes no Direito português³⁰, é instrumento de defesa e de realização desse direito fundamental.

VII – Do princípio fundamental da separação entre o Estado e as Igrejas não resulta qualquer imposição constitucional da adoção de uma regulamentação geral

²⁹ Cfr. o art. 19º-I, *in fine*, da Constituição brasileira, consignando, “na forma de lei, a colaboração de interesses públicos” da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios com os cultos religiosos e igrejas.

³⁰ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 4ª ed., Coimbra, 2008, p. 451 e ss.

totalmente indiferenciada do fenómeno religioso – numa lógica de estrita e absoluta separação – em detrimento de uma regulamentação pactícia das relações entre o Estado e as confissões religiosas.³¹ Daí a admissibilidade e a razão de ser da nova Concordata do Estado Português com a Santa Sé, de 2004, e dos acordos com outras Igrejas, comunidades religiosas radicadas no País ou as federações em que as mesmas se integram.

Pode perguntar-se se este dualismo se compagina com a ausência de qualquer menção específica à Igreja Católica no texto constitucional, ao contrário do que faziam as Constituições anteriores, menos a de 1911, e do que ainda fazem Constituições doutros países.³² Mas o essencial consiste em que qualquer diferenciação não envolva privilégio ou discriminação; se não envolverá, não poderá considerar-se inconstitucional.^{33 34}

Trata-se, de resto, de um dualismo muito menos significativo do que *prima facie* se suporia, porque, no essencial, o novo estatuto concordatário não se afasta do regime da Lei nº 16/2001 e porque o sentido útil hoje do artigo 58º deste diploma não é senão o de não aplicar à Igreja Católica as disposições relativas às Igrejas ou comunidades religiosas inscritas ou radicadas no País. De resto, a diferença entre a Concordata e os acordos com outras confissões está em que estes são atos de Direito interno e a Concordata é um tratado, por a Santa Sé, organização suprema da Igreja Católica, ser um sujeito de Direito internacional.

4. A Laicidade ou Não Confessionalidade em Concreto

I – Como disse o Tribunal Constitucional no Acórdão nº 423/87, “a separação e a não confessionalidade implicam a neutralidade religiosa do Estado, mas não já o seu desconhecimento do facto religioso enquanto facto social. O Estado não é um ente alheio aos valores e interesses da sociedade, antes constitui um instrumento ao seu serviço, assumindo a obrigação de garantir a formação e o desenvolvimento livre das consciências (católicas ou ateias), e assume esta obrigação em função da procura social (...). A neutralização estatal significa radical indiferença por toda a valoração religiosa do facto religioso (o Estado não valora ou desvalora, em atitude confessional, a consciência de certa religião relativamente a uma outra), mas não já enquanto facto constitutivo de uma certa procura social”.³⁵

a) Assim, o *princípio da laicidade ou da não confessionalidade do Estado* exige, antes de mais, por respeito pela *liberdade de todos os cidadãos*:

– A não confessionalidade dos atos oficiais e do protocolo do Estado;

³¹ RUI MEDEIROS, anotação, in: JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição...*, III, Coimbra, 2007, p. 938.

³² Italiana (art. 7º), espanhola (art. 16º, nº 3), polaca (art. 25º, nº 4).

³³ Assim, parecer nº 17/82 da Comissão Constitucional, in: *Pareceres*, XIX, p. 253 e ss., e acórdão do Tribunal Constitucional nº 423/87, de 27 de Outubro, in: *Diário da República*, 1ª série, de 26 de Novembro de 1987.

³⁴ *Cfr.*, em crítica radical, JÓNATAS MACHADO, *O regime concordatário...*, cit., loc. cit., p. 59 e ss. E em posição oposta, JORGE MIRANDA, A Concordata e a ordem constitucional portuguesa, in: *Direito e Justiça*, 1991, p. 155 e ss.; ou PAULO OTERO, Direitos históricos e tipicidade não pretérita de direitos fundamentais, in: *AB UNO AD OMNES*, obra coletiva, Coimbra, 1998, p. 1066.

³⁵ *Cfr.*, doutra perspectiva, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, Relativismo, Valores, Direito, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008, p. 711.

– A proscrição do juramento religioso ou, pelo menos, segundo os ritos de qualquer religião;

– Um dever de reserva dos titulares de cargos públicos (até para se atalhar a aproveitamentos incorretos num ou noutro sentido), o que não os impede, naturalmente, de, como quaisquer cidadãos, professarem em público as suas crenças;

– Um simétrico dever de reserva das Igrejas ou comunidades religiosas, não intervindo em atos ou acontecimentos políticos (por exemplo, aconselhando o voto nesta ou naquela candidatura), o que também, naturalmente, não os impede de manifestarem as suas posições doutrinárias;

– A ausência de símbolos de qualquer religião em edifícios públicos, salvo quando tenham carácter histórico ou correspondam a arreigada tradição cívico-cultural, variável de região para região.³⁶

b) Tal como requer, por respeito pela *liberdade dos que têm religião*:

– As garantias de assistência religiosa e de ensino de religião e moral;

– O reconhecimento da eficácia jurídica do casamento religioso;

– A inadmissibilidade de proibição de uso de símbolos religiosos por funcionários e agentes de entidades públicas, bem como por alunos de escolas públicas, e até do uso de trajos identificados com uma religião, desde que tal não revista intenção ostentatória e provocatória ou ofensiva da dignidade da pessoa humana;

– A existência de tempo de emissão religiosa na rádio e na televisão públicas;

– A punição do genocídio de grupos religiosos (artigo 239º do Código Civil), o incitamento à discriminação, ao ódio e à violência (artigo 240º), a destruição ou o dano de estabelecimentos afetos ao culto religioso (artigo 242º);

– A punição também do ultraje por motivo de crença religiosa (artigo 251º) e de impedimento, de perturbação ou do ultraje a ato de culto (artigo 252º);³⁷

– O agravamento das penas em caso de homicídio ou ofensa à integridade física determinado por ódio religioso ou contra ministro de culto religioso, no exercício das suas funções ou por causa delas [artigos 132º, nº 2, alíneas e) e j), e 146º, nº 2] ou em caso de dano de coisa alheia afeta ao culto religioso [artigo 213º, nº 1, alínea e)].

c) *Por respeito pelas crenças religiosas e, ao mesmo tempo, por imbricação histórica e cultural*, com a laicidade ou não confessionalidade não colidem:

– A consagração dos feriados religiosos tradicionais;

³⁶ Cfr. a jurisprudência europeia examinada por PEDRO ALVES, Sinais de identificação e símbolos religiosos nas escolas públicas, in: *Estudos em memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos*, obra colectiva, II, Coimbra, 2005, p. 241 e ss. Recentemente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por acórdão de 18 de Março de 2011, admitiu a exposição de crucifixos nas salas de aulas, já que não existiriam elementos que pudessem provar que ele afetasse eventualmente alunos de confissões diversas da cristã.

³⁷ Cfr. as anotações de J. M. DAMIÃO DA CUNHA, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, obra colectiva, II, Coimbra, 1999, p. 637 e ss.

– A conservação dos símbolos religiosos em lugares e espaços públicos (por exemplo, cruzeiros em praças ou no alto dos montes);

– A preservação do património cultural religioso, com a contrapartida do direito de vigilância do Estado.

d) Tendo em conta a *função social que as confissões religiosas desempenham*, o princípio da laicidade não impede:

– O reconhecimento e o apoio às instituições religiosas de solidariedade social;

– E em justa medida, a concessão de benefícios fiscais.

e) Por último, e *não tanto por causa da laicidade quanto para garantia de independência das confissões religiosas*:

– A já referida vedação de partidos com designações e símbolos religiosos;

– A não aceitação de cargos políticos, eletivos ou não, e de cargos de confiança política pelos ministros de culto.³⁸

II – Em plano próximo fica o problema da relevância da moral religiosa dentro do ordenamento jurídico estatal tendo em conta as diferenças (ou não) entre relativismo e pluralismo.

5. O Problema Particular do Ensino de Religião nas Escolas Públicas

I – Não há contradição entre o ensino de religião e moral nas escolas públicas e a regra da não confessionalidade do ensino público (art. 43º, nºs 2 e 3, da Constituição), contanto que os dois termos sejam corretamente apreendidos e enquadrados.³⁹

Com efeito, a não confessionalidade do ensino público significa que o ensino público se não identifica com nenhuma religião, convicção, filosofia ou ideologia; não significa que as religiões, as convicções, as filosofias ou as ideologias não devam ter expressão no ensino público. O Estado não pode impor nenhuma; pode permitir – *deve permitir* – todas, em liberdade e igualdade.

O que a Constituição pretende é evitar a unicidade da doutrina de Estado; não é – sob pena de se pôr em causa a própria educação e cultura – evitar a presença da religião, da filosofia, da estética, da ideologia nas escolas. Nem se compreenderia que, numa sociedade pluralista, o pluralismo não entrasse igualmente nas escolas; ou que

³⁸ Embora a lei eleitoral para a Assembleia da República, Lei nº 14/1979, de 16 de Maio, se confine a considerar inelegíveis os ministros de qualquer religião ou culto onde exerçam jurisdição (art. 6º).

³⁹ Algumas Constituições dão logo explícita resposta positiva ao problema: assim, art. 17º da lei constitucional austríaca de 1867, recebida pelo art. 149º da Constituição de 1920; art. 42º, nº 2, da Constituição irlandesa; art. 7º da Constituição alemã; art. 10º da Constituição maltesa; art. 23º da Constituição holandesa; art. 210º, § 1º, da Constituição brasileira; art. 32º, nº 7, da Constituição romena; art. 40º da Constituição lituana; art. 53º, nº 4, da Constituição polaca. Para um relance comparativo v. *Stati e Confessioni Religiose in Europa – Modelli di finanziamento pubblico – Scuola e Fattore Religioso*, obra coletiva, Milão, 1992; *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1996, p. 131 e ss.; SONIA DUBOURG-LAVROFF, *L'expression des croyances religieuses à l'école em Grande-Bretagne et en France*, in: *Revue française de droit constitutionnel*, 1997, p. 269 e ss.

numa Constituição que o salvaguarda, no sector público da comunicação social, o não viabilizasse nas escolas públicas.^{40 41}

O direito dos pais de assegurarem educação aos filhos de acordo com as suas convicções religiosas e filosóficas (consagrado também no art. 13º, nº 3, 2ª parte, do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, no art. 2º do Protocolo Adicional nº 1 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no art. 5º da Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião e na Convicção e no art. 14º, nº 3 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia) manifesta-se tanto fora como dentro de escolas públicas – sobretudo quando o Estado não assegura o acesso a escolas particulares confessionais, independentemente das condições económicas.

O art. 41º, nº 5, aludindo a “ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão”, não infirma este entendimento.

Em primeiro lugar, porque esta disposição compadece-se com uma interpretação diferente da que *prima facie* lhe poderá ser dada, com a interpretação segundo a qual ela não vem senão garantir o ensino assumido por cada confissão religiosa, enquanto tal, livremente, sem interferência de orientações estranhas.

Em segundo lugar, porque, ainda quando se acolha uma leitura restritiva, nada obsta – em face da cláusula aberta do art. 16º, nº 1, da Constituição – a que a lei ou uma regra de direito internacional amplie o âmbito do direito.

II – Tudo depende, em qualquer caso, de três requisitos:

1) Livre opção dos pais (ou de alunos a partir de 16 anos); o que implica – pois o direito ao ensino religioso decorre do direito à religião – que esse direito seja exercido de forma positiva;

2) Igualdade de todas as confissões, assegurando-se o acesso de todas às escolas públicas;

⁴⁰ Cfr. ALAIN TOURAINE, *Qu'est-ce que la démocratie?*, Paris, 1994, p. 278, conjugando laicidade e ensino de crenças religiosas nas escolas públicas.

⁴¹ Vale a pena transcrever o seguinte passo do já citado Acórdão nº 423/87 do Tribunal Constitucional: “um entendimento dos princípios da separação do Estado e das Igrejas e da não confessionalidade do ensino público que conduzisse, pura e simplesmente, ao banimento do ensino religioso nas escolas públicas (diz-se nas escolas públicas e não das escolas públicas, o que, como é manifesto, traduz realidade inteiramente distinta), tendo em atenção os especiais enquadramentos históricos e culturais da sociedade portuguesa, haveria de redundar em afrontamento ao princípio da liberdade religiosa na sua componente positiva.

“Com efeito, a concepção da liberdade religiosa com um mero conteúdo formal, entendida como esfera de autonomia frente ao Estado e reduzida ao livre jogo da espontaneidade social, parece não satisfazer, por insuficiência, as consciências dos nossos dias.

“Porque a dimensão real da liberdade, de todas as liberdades, e por isso também da liberdade religiosa, depende fundamentalmente das situações sociais que permitem ou impedem o seu desfrute existencial como opções reais, a questão deve centrar-se na transformação do conceito de liberdade autonomia em liberdade situação, isto é, no significado positivo de liberdade enquanto poder concreto de realizar determinados fins que constituem o seu objecto, não só pela remoção dos entraves que impedem o seu exercício como também pela prestação positiva das condições e meios indispensáveis à realização (cf. A. Fernandez-Miranda Campoamor, “Estado laico y libertad religiosa”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 6, p. 68)”.

3) Ensino ministrado por docentes indicados por cada confissão, sob a responsabilidade e com programas por ela definidos.⁴²

III – A Lei nº 16/2001 assegura o cumprimento destes requisitos (arts. 11º e 24º).

Resta o problema da localização do ensino religioso no horário escolar, se dentro (tendo como alternativa para os que o não queiram seguir, uma disciplina de formação moral e cívica), se fora.⁴³

⁴² Donde a inconstitucionalidade, – até por também brigar com o princípio da separação das Igrejas do Estado – da Portaria n.º 333/1986, de 2 de Julho, ao admitir a possibilidade de ensino nas escolas primárias pelo próprio professor de turma. V. o nosso comentário ao acórdão n.º 174/1993 do Tribunal Constitucional, de 17 de Fevereiro (que decidiu em sentido diverso), in: *O Direito*, 1995, p. 190 e ss.

⁴³ N.E.: Problema esse não abordado no presente artigo.

Questões que Envolvem a Denominada “Audiência de Custódia”

Marcellus Polastri Lima*

Sumário

1. Introdução. 2. A Audiência de Custódia, sua Origem e Implantação no Brasil. 3. A Regulamentação Deve Ser Feita por Lei ou Existe a Possibilidade de se Fazer a Regulamentação por Resoluções de Tribunais? 4. As Resoluções dos Estados e o Confronto com a mais Defeituosa: a do Estado do Rio de Janeiro 5. Conclusão. Referências.

Resumo

A chamada “audiência de custódia”, adotada no Brasil como a forma de se representar o “sem demora” na apresentação do preso ao juiz, vem sendo implantada por resoluções, atos ou provimentos de Tribunais dos estados no país. O presente estudo procura identificar a origem da garantia e, principalmente se está ou não correto esse modo de implantação do instituto. Procura, ainda, depois de análise de algumas resoluções ou provimentos estatais, e principalmente se detendo na resolução do Rio de Janeiro, resolver questões que envolvam o tema e que precisam ser solucionadas, como são os casos do prazo ideal de apresentação do preso, a forma do procedimento e, ainda, se é possível que esse procedimento fique em sigilo, não sendo juntado nos autos do flagrante e, por consequência, não acompanhe a futura denúncia.

Palavras-chave

Prisão Provisória. Audiência de Custódia. Implantação. Prazo. Previsão legal.

1. Introdução

O presente estudo pretende analisar o instituto que é chamado de “audiência de custódia” e sua regulamentação, sendo que procura delinear a origem, as condições para implantação no Brasil e seus reflexos.

Além de fazer uma crítica sobre a questão da implantação e suas impropriedades, traz exemplos das regulamentações experimentais que estão sendo feitas no Brasil e,

* Marcellus Polastri Lima é Doutor e Mestre em Direito pela UFMG, Professor da Graduação e do Mestrado da UFES – Universidade Federal do Espírito Santo – (Direito Processual Penal e Recursos Excepcionais e Ações de Impugnação), pesquisador visitante em Processo Penal Comparado no Instituto de Ciências Criminais do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional na Georg-August Universität de Göttingen-Alemanha (até 2014), Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e Procurador de Justiça no Rio de Janeiro.

especificamente, traz a lume a regulamentação levada a efeito no estado do Rio de Janeiro, procurando mostrar suas imperfeições, contra as quais vêm se insurgindo membros do *Parquet* fluminense, ressaltando-se, diga-se de passagem, que essa Instituição não participou da Comissão de Estudos do Judiciário (Presidência e órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro) que resultou na redação da referida Resolução, o que era aconselhável, já que o Ministério Público é uma Instituição, acima de tudo, *custos legis*.

Na verdade, a apresentação do preso ao juiz “sem demora” apesar de ser uma garantia recomendada por Convenções Internacionais, como se verá, no Brasil são evidentes as imperfeições e a falta de simetria das regulamentações administrativas feitas por Judiciários dos estados-membros, o que vem gerando, na prática, um problema jurídico crônico no país, a partir do momento em que o CNJ lançou a bandeira em prol da criação de projetos-piloto para a implantação experimental do sistema nos estados brasileiros.

Assim, depois de fazer um introito sobre a medida e sua adoção no Brasil, o estudo irá se deter no exemplo de algumas regulamentações de alguns Estados, fazendo um paralelo com a Resolução do Rio de Janeiro, que tem, como já referido, graves defeitos.

Por fim, se concluirá sobre a melhor forma de se regulamentar a matéria, preservando a legalidade e sem incidir em vícios formais, além de que, segundo se pensa, com a solução que será apontada melhor se atenderá à prática do foro e o intuito tanto do legislador federal ordinário como das próprias Convenções Internacionais.

2. A Audiência de Custódia, sua Origem e Implantação no Brasil

É sabido que a apresentação do preso provisório ao juiz, em ato que no Brasil se convencionou chamar de audiência de custódia, é prevista em vários Tratados Internacionais de Direitos Humanos, podendo ser elencados os seguintes:

1. Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, ou Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), art. 7.5, *verbis*:

Art 7.5 Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...).

2. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), art. 9.3:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)

3. Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), art. 5.3:

Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c, do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais(...)

Mas, entre nós, o que deve ser examinado, em vista da ratificação da Convenção Interamericana pelo Congresso Nacional, é o chamado Pacto de São José de Costa Rica, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (a CADH ou CIDH) e a respectiva aplicação da chamada audiência de custódia no Brasil.¹

As previsões ou recomendações da CIDH, daqui para diante assim denominada neste estudo, geralmente demoram a ser implantadas ou regulamentadas pela lei federal no Brasil, como foi o caso da impossibilidade de se processar a pessoa que não tivesse conhecimento da acusação (art. 366 do CPP), hipótese que só veio a ser regulamentada no CPP em 1996.

Situação mais demorada ocorre com a recomendação de apresentação do preso provisório ao juiz e, mesmo tendo havido em 2011 uma reforma acerca das cautelares pessoais no Brasil, que resultou na alteração e inclusão de vários dispositivos do CPP, e mesmo tendo, à época, sido aventada a questão sobre a implantação de uma chamada "audiência de custódia", tal medida, ao final, acabou por não ser reconhecida no texto final da reforma.

O que fez a reforma foi somente se determinar o "imediato" encaminhamento da cópia do flagrante (o que chamam de auto, mas na verdade o que encaminha é uma cópia) ao juiz (como já estava previsto e determinado na Constituição Federal), até porque, como previsto no art. 10 do CPP, o auto de prisão em flagrante, na delegacia de polícia, dá início ao "inquérito policial de investigado preso" que tem o prazo de dez dias para encaminhamento ao Ministério Público que, com base nele, apresentará denúncia ao juiz competente.

Assim, na forma do art. 310 do CPP o juiz, ao receber o "auto de flagrante" da Polícia (que pode enviá-lo ao juiz até o último minuto da 24ª hora da prisão, de acordo com o artigo 306 do CPP, deve se manifestar por uma dessas medidas: 1. Decretação da prisão preventiva; 2. Decretação de liberdade provisória; 3. Reconhecimento de eventual relaxamento de prisão; 4. Ou, ainda, substituição por medida alternativa (art. 319 do CPP).

O ponto é importante de ser aqui ressaltado, pois, apesar da CIDH já ter sido ratificada no Brasil desde 1992, até hoje não foi regulamentada em lei e, mesmo a reforma de 2011 sobre cautelares pessoais que poderia fazê-lo, não o fez, só se estabelecendo o envio dos autos "imediatamente" ao juiz, mas não a apresentação do preso "sem demora" (a chamada audiência de custódia) como preconiza a CIDH.

¹ A Convenção foi adotada pelo Brasil pela promulgação do Decreto nº. 40/1991.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem decisões a respeito da necessidade de apresentação sem demora do preso ao juiz, sendo que, por exemplo, em uma delas, julgou que a apresentação do preso, nos termos da Convenção,

é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal (...) o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração ante o juiz ou autoridade competente².

Mas, o que se deve indagar é se a Convenção Internacional poderia ser aplicada diretamente no Brasil ou se, primeiro, precisaria ser regulamentada por lei federal³, o que se examinará no tópico seguinte.

3. A Regulamentação Deve Ser Feita por Lei ou Existe a Possibilidade de se Fazer a Regulamentação por Resoluções de Tribunais?

Como se sabe, o STF, anteriormente, já tinha decidido que, havendo conflito entre a lei e o tratado ou convenção internacional, a respectiva norma do tratado ou convenção deveria se igualar à lei federal, mas sempre rechaçava qualquer prevalência de tratados ou convenções internacionais sobre a Constituição Federal ou mesmo equiparação à norma constitucional.

Assim, consoante o STF, os tratados e convenções poderiam até ser equiparados à lei ordinária, mas sempre que não viessem a ferir a Constituição.

² Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador*. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 24/06/2005, § 78 e: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 01/02/2006, § 87; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 22/11/2005, § 221.

³ “A ADEPOL adentrou com ADI para ver reconhecida a inconstitucionalidade de resolução paulista que implantou a audiência de custódia em São Paulo. Porém o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, se manifestou pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) questionando provimento que instituiu “audiência de custódia” em São Paulo. A ADEPOL sustentava que a audiência de custódia é uma inovação no ordenamento jurídico paulista, não prevista no Código de Processo Penal (CPP), e somente poderia ter sido criada por lei federal e jamais por intermédio de tal provimento autônomo, já que o poder de legislar sobre a matéria é do Congresso Nacional. Além disso, segundo a entidade, a norma repercutiu diretamente nos interesses institucionais dos delegados de polícia, cujas atribuições são determinadas pela Constituição (artigo 144, §§4º e 6º). Porém não foi concedida a liminar e o PGR, Rodrigo Janot, em sua manifestação afirma que a regulamentação da audiência de custódia pela resolução paulista de forma experimental não seria inconstitucional e só “objetiva permitir que a autoridade judicial não só analise de pronto a existência dos pressupostos de manutenção da prisão e de imposição de outras medidas cautelares, mas também permita o exame da existência de indícios de tortura ou abuso de poder na prisão dos cidadãos”. Completando: “Infelizmente, como se sabe, a despeito da maioria de policiais honestos e dedicados, ainda são numerosos e frequentes os episódios de tortura e abuso perpetrados por policiais contra cidadãos, sobretudo os de condição econômica vulnerável, como é notório e apontam entidades nacionais e internacionais de defesa de direitos fundamentais”.

Com a Emenda Complementar nº 45, houve modificação no art. 5º, § 3º, da CF, e, agora, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Ou seja, se aprovados pelo *quorum* especial terão força constitucional.

Assim, a partir da Emenda os Tratados e Convenções internacionais que forem apenas ratificados pelo Brasil após a Reforma Judiciária (EC nº 45) terão somente força de lei ordinária ou mesmo poderão ter primazia sobre a lei ordinária, mas, para que tenha equiparação constitucional, se exigirá um *plus*, ou seja, um quórum idêntico aquele exigido para a reforma constitucional (Emenda Constitucional) na aprovação pelo Congresso Nacional.

A questão foi apreciada no julgamento ocorrido no dia 03.12.2008 perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no HC 87.585-TO. A Corte, instada sobre o *status* da norma inserida em tratados internacionais referentes a direitos humanos ratificados pelo Brasil, por maioria, julgou que qualquer que seja a norma proveniente de convenções ou de tratados internacionais que verse sobre qualquer direito (ou seja, até mesmo sobre direitos humanos), se tiverem sido aprovadas antes da emenda complementar 45, independentemente de que tenha sido aprovação com quórum qualificado no Congresso ou não, possuem somente *status* supralegal, não tendo, assim, valor constitucional, só podendo o juiz aferir a convencionalidade de sobreposição sobre a lei em caso concreto a ser examinado. Segundo o Pleno do STF as normas de Convenções ou Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos só teriam equiparação ou *status* de norma constitucional se aprovados ou ratificados no Congresso Nacional com o *quorum* especial (quórum qualificado) de 3/5.

Como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos foi ratificada em 1991 (antes da EC 45), vigorando em 1992, e sem quórum qualificado e, portanto, a norma que estabelece a apresentação "sem demora" do preso ao juiz somente pode, segundo os parâmetros traçados pelo STF, ser considerada uma norma supra legal, e nunca ser equiparada a uma norma constitucional.

Destarte, o que é certo é que no Brasil o juiz, caso a caso, pode aferir a convencionalidade de uma lei federal em contraposição à norma da Convenção, ou seja, fazer com que se aplique, em detrimento do disposto em lei, norma do Tratado ou Convenção (e, no caso, é o que pode ser feito em relação à norma da CIDH que determina a apresentação sem demora do preso ao juiz). Mas atente-se: caso a caso, ou em hipótese concreta.

O que se deve indagar é se, prevendo o Pacto Internacional *de San José da Costa Rica* a apresentação do preso "sem demora" ao juiz e considerando que esse Pacto Internacional foi ratificado pelo Brasil, o mesmo já teria uma aplicação direta ou se necessitaria de uma lei federal para regulamentá-lo antes da aplicação da regra da CIDH no país. E, de outra parte, se indagar, ainda, se já se poderia adiantar sua aplicação direta, administrativamente, mediante resoluções do judiciário, como se está fazendo no Brasil.

Como é sabido, procurando fazer uma “experiência” de implantação da audiência de custódia no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Ministério da Justiça lançaram um plano piloto o “Projeto Audiência de Custódia”, advindo daí a Resolução do TJ/SP visando, de forma experimental, que os presos em flagrante fossem apresentados ao juiz no prazo de 24 horas.

A “experiência” já foi seguida por outros estados no Brasil, com o defeito de serem as normas de cada estado diferentes, ou seja, cada Tribunal está dispondo de forma diversa.

É muito questionável essa experiência feita por portarias, provimentos ou resoluções do Judiciário, pois o correto é que tudo deveria ser feito por lei federal, como já alertou Lenio Streck:

[...] pode-se dizer que a disciplina do CNJ a partir daí foi “além das suas sandálias”, que misturou alhos com bugalhos e que, a pretexto de dar consequência a uma garantia, acabou invadindo competência legislativa, ao dar nova rotina às prisões em flagrante, criando uma espécie de “etapa” para a sua conversão em preventiva. E, neste caso, dando até mesmo um tratamento desarmônico nessa coisa de subverter a “garantia de ser ouvido ao final” (pelo visto, se o legislador tivesse adaptado o CPP à Convenção, esse dispositivo não teria sido aprovado...). De todo modo, insisto, trata-se de uma questão que deveria ser debatida no plano da legislação e de uma alteração do CPP, adaptando o direito processual penal à norma da Convenção (uma vez respondida a questão dos limites desta em relação à Constituição). Cabe à legislação fazer isso [...]. Embora a AC seja uma medida bem-vinda em face da realidade de descumprimentos da própria Constituição – uma vez que a “comunicação imediata” já de há muito deveria ter resolvido o imbróglio – *isso não quer dizer que o judiciário, mormente por via administrativa, possa vir a fazer a regulamentação, mesmo que para “acatar” um dispositivo de uma Convenção. Quem deve fazer essa adaptação é o parlamento, com sanção ou veto do poder executivo [...]* (grifo nosso).⁴

É que o controle de convencionalidade não pode substituir uma lei que deveria regulamentar a matéria e, ainda mais, o fazendo por via administrativa (já que a Audiência de Custódia no Brasil vem sendo criada por iniciativa administrativa do poder judiciário e não sendo interpretada por uma atividade jurisdicional, como

⁴ STRECK, Lenio. *Site Senso Incomum*. CONJUR. Desde 1992, a falta de Audiência de Custódia pode anular condenações? Consultado em 23 de julho de 2015.

deve ser no controle de convencionalidade). Esse é, assim, um problema de ordem constitucional-formal.

É preciso atentar ainda que, na verdade, a Constituição Federal "exige somente uma comunicação imediata (art. 5º LXII) da prisão", o que já foi, inclusive, regulamentado pela Lei Federal em 2011, mas a CIDH vai muito mais longe do que isso, pois recomenda a r necessidade da apresentação do próprio preso ao juiz, sem demora.

Assim, a Convenção Internacional dispõe de uma outra forma do que reza a Constituição e, portanto, não pode ser aplicada diretamente, pois aqui não se tem uma Convenção se sobrepondo à Lei, mas sim se sobrepondo à própria Constituição. Ora, é a Constituição que agora passaria a ser lida em conformidade a uma norma supralegal? Ou o correto seria o inverso?

Evidente que deveria ser o inverso. A se defender que a norma da Convenção Internacional se aplicaria diretamente sem necessidade de uma lei federal, seria forçoso se reconhecer que aquela norma da CIDH estaria em vigor desde a ratificação da mesma pelo Congresso em 1991 e, assim, todas as prisões provisórias no Brasil desde àquela época (1992) seriam ilegais e sujeitas à anulação, o que seria absurdo.

Aliás, isso também foi notado prontamente por Lenio Streck:

[...] reconhecida a necessidade de implantação da AC, como se dará a modulação dos efeitos dessa providência? Soltemos todo mundo? Apresentemos todos os presos imediatamente aos respectivos Juizados, para "esquentarmos" as prisões? Consideremos o passado como "mera irregularidade"? [...] É claro que não é assim, a machadadas, que se trata desse tipo de coisa. Ou seja: se a Convenção vale – como norma supralegal – em Pindorama desde 1992 e só agora será cumprida, não seria bom fazer uma lei regulamentando a AC, inclusive com modulação de efeitos, para evitar uma enxurrada de ações exigindo anulação de todas as ações penais em que a Convenção não foi cumprida? Ou indenizações? Não esqueçamos que os EUA pensavam que uma nulidade decorrente de inconstitucionalidade tinha efeito *ex tunc*, até que veio a primeira anulação de uma lei penal. Aí se deram conta de que, nestes casos, tinham que dar efeito *ex nunc*. As razões eram óbvias. Por aqui o CNJ pensou nisso? Já que estão pensando em análise econômica, indenizações poderiam/poderão ser um tiro no pé da Viúva⁵.

Por todos estes motivos é que se vê que se faz necessária a aprovação de uma lei para que se legitime e se regule a medida. Só com uma lei federal teríamos uma efetiva implantação de uma "Audiência de Custódia" no Brasil de forma

⁵ STRECK, artigo citado.

efetiva, geral, e legítima, e não apenas uma “mera experiência, o que não se pode dar diretamente somente em vista da ratificação da Convenção Internacional, ou apenas sendo regulada administrativamente por resoluções do Judiciário. Em caso de uma mudança de lei processual penal, aí sim, teríamos a implantação efetiva a nível nacional da audiência de custódia, e com o advento de uma nova lei processual teríamos o efeito *ex nunc* (*tempus regit actum*) e, assim, a norma passaria a ter exigida sua aplicação a partir dessa lei, não havendo nulidades de procedimento diverso para casos anteriores à lei.

Na verdade, assim, a normatização da audiência de custódia no Brasil deve ser feita pela lei federal, sobretudo fixando-se um prazo que seja razoável como significativa da expressão “sem demora” e se estabelecendo normas de procedimento, pois se é verdade que, supletivamente, o Estado-membro pode até fazer regulamentações que se traduzam em experiências temporárias, como está sendo feito, certas normas de validade geral e nacional têm que constar de lei federal, sob pena de se incidir em uma inconstitucionalidade formal e se dar um conflito com o CPP e, assim, ser passível de impugnação.

Se pretender aplicar direto um termo vago da Convenção (o “sem demora”) fixando-se prazos por resolução, e, ainda, de forma diferente em cada local ou estado do país, com regras diversas, de molde a se obrigar autoridades policiais e do Ministério Público e mesmo do Judiciário a cumprir tais normas, sem uma lei federal que tenha feito a regulamentação, é a meu ver muito temerário e pode incidir em vício de forma, já que é prevista a lei ordinária para tal fim na própria Constituição Federal (art. 22). Ademais, outras regras como o processamento da “audiência” seu registro e consequências do mesmo, se forem disciplinadas somente em resoluções administrativas acabarão por trazer vício de forma quando houver a confrontação disforme com a Constituição e o próprio Código de Processo Penal (os dois diplomas dispõem de outra maneira a respeito).

Além de tudo isso, necessária a implantação de uma estrutura para que a nova regra seja aplicada em todo país (e não só em algumas capitais e/ou locais como está se fazendo com as experiências feitas pelo Judiciário), tendo que ser levado em conta o risco, diante de uma provável falta de gestão adequada (o que é comum no Brasil), o que acabaria por implicar em um não cumprimento da futura norma, que ficaria só na lei (a tal da “lei que não pega”, como dito no popular). Pois, faltando estrutura, não se efetiva a Lei.

4. As Resoluções dos Estados e o Confronto com a mais Defeituosa: a do Estado do Rio de Janeiro

Grande parte dos Estados do Brasil tem aproveitado Varas Criminais ou órgãos já previstos em Organização Judiciária e com competência para atuar em flagrantes criminais para se determinar que ali se realize a chamada audiência de custódia, como se dá em São Paulo que aproveitou a estrutura do DIPO, só aumentando o número efetivo de juízes ali lotados, sendo que os juízes lotados no DIPO já seriam

"competentes" para atuar em flagrantes e, assim, se bem que de maneira duvidosa, já existiria em São Paulo obediência ao princípio constitucional do "Juiz Natural".

Após essa primeira implantação experimental em São Paulo, outros estados brasileiros também aderiram à experiência, como se vê das hipóteses mais importantes abaixo elencadas:

1. O Provimento 24.2014 do estado do Maranhão, implantou nesse estado a experiência que se dá principalmente na capital, cabendo ao juiz competente para o inquérito (central de inquéritos) ou do plantão, a realização da audiência de custódia, fixando-se, assim, um juiz natural.

De forma correta, ali se prevê o "prazo de 48 horas", como é comum na Europa e países Latinos Americanos, sendo nesse ponto elogiável, pois com a aplicação do CPP se já se dá o envio imediato dos autos e, assim, o "sem demora" deve ser ato posterior, como deflui de pura lógica (art. 2º do provimento).

Do exame do provimento, se vê que a audiência se dá "nos autos do flagrante" e ali fica registrado, não havendo qualquer "apartamento" ou o que é pior, imposição de sigilo, dizendo o art. 5º que:

Finda a audiência de custódia, a Secretaria Judicial competente deverá:

I – lavrar ata de audiência, com a decisão judicial e assinaturas dos presentes;

II – gerar cópia em mídia física (CD, DVD ou similar) da gravação da audiência, para juntada aos autos, certificando a providência.

2. A Resolução 796/2015 de Minas Gerais, fixou que a implantação na Capital e interior seria gradativa, sendo o preso encaminhado em 24 horas, junto com os autos de flagrante (art. 2º) e dispõe o §4º do art. 5º que: "§4º A audiência de custódia deverá ser registrada, preferencialmente, por meio digital, sempre que tal medida seja viável, anexando-se a respectiva mídia ao auto de prisão em flagrante".

3. Na Resolução nº 14 de Mato Grosso, se estabelece que o ato da audiência de Custódia "será juntado ao flagrante", consoante se vê no §5º do artigo 3º: "O termo de audiência, instruído, se for o caso, com a mídia, será anexado ao auto de prisão em flagrante delito, cabendo à equipe de apoio providenciar o imediato encaminhamento, ao Juízo competente, fazendo o registro respectivo".

4. Já a Portaria nº 1272/2015 do estado do Amazonas, estabelece que o preso será encaminhado em 24 horas a Juízo, "mas tal se dará somente após o encaminhamento do auto de flagrante ou da cópia do mesmo a Juízo, e assim, na prática, a apresentação do preso se dará, na verdade, em 48 horas". Acertada a medida, pois diferencia o termo "imediatamente" do termo "sem demora", como faz a legislação da maioria dos países do mundo.

Haverá um juiz natural de custódia e o juiz e todos os presentes assinam o ato, de acordo com art. 7º será lavrado auto, com preparo processual (art. 5º) e tudo se dará, como é o correto, nos autos do flagrante (art. 3º).

5. Na Resolução nº 17 de Tocantins, a apresentação do preso também “se dará em 24h depois da comunicação da prisão” e, assim, na prática, “o agente será encaminhado 48 horas depois de preso”.

E, como se vê do §7º do art. 6º: “§7º Após a realização da audiência de custódia, os autos serão encaminhados ao juízo competente”.

6. Na Resolução do OE/TJ nº14/2015 do Ceará só se dará a “audiência” na Comarca de Fortaleza, sendo remetido o auto de prisão em flagrante e o preso em 24 horas ao CIAAC, com intimação obrigatória do MP e defesa, para o ato, e dispõe o §12 do art. 4º: “Concluída a audiência de custódia, cópias dos termos serão disponibilizadas ao atuado e às partes, tomando-se a ciência de todos”.

E, conforme o art. 5º, “os autos deverão ser dirigidos ao Juízo para o qual for distribuído o expediente”.

7. Na Resolução nº 35/2015 do estado de Goiás, existe o Juízo Natural, que é o Juízo da Sétima Vara Criminal da Comarca de Goiânia, que além de aferir as providências dos artigos 310, 318 e 319 do CPP, fará a audiência de Custódia, sendo que não haverá audiência durante plantões ordinários e fins de semana.

Mas, como todas as demais resoluções até agora examinadas, não haverá qualquer “sigilo” ou “apartamento” do ato, pois, na forma dos artigos. 2º e 4º sempre se dará a audiência de custódia nos próprios autos de prisão em flagrante.

8. Por fim, a Resolução nº 1087/2015 do Rio Grande do Sul a audiência de custódia acertadamente “é feita depois do encaminhamento dos autos do flagrante conforme o CPP , ou seja, será realizada em 48 horas”.

Existe um Juiz natural, que é o Juízo da 2º Vara de Execução Penal, e é obrigatória a ciência e presença tanto do MP como da defesa.

O ato da audiência de custódia acompanhará, também, os autos de flagrante, *verbis*: “Art. 6º Parágrafo único. A mídia será encartada em envelope que acompanhará o auto de prisão em flagrante”

Mas, de todas as Resoluções ou Provimentos feitos pelo Judiciário dos estados do Brasil para se implantar experimentalmente a chamada audiência de custódia, sem dúvida que a pior é a do Estado do Rio de Janeiro.

Nessa Resolução apenas se prevê uma “designação de juízes” (art. 9º) o pior que ainda o faz “temporariamente” (§2º), em um órgão que a resolução chama de CEAC – Central de Audiências de Custódia (art. 3º), sendo que a tal CEAC não é prevista em Lei de Organização Judiciária ou no Código de Normas da Corregedoria de Justiça. Ao contrário, a Organização Judiciária do Rio de Janeiro já dispõe sobre a competência dos juízes na área criminal e, em nenhum momento, se traz uma competência exclusiva (ou atribuição) para funcionar em flagrantes ou inquéritos policiais. Assim, existe um

vício formal evidente na Resolução do TJ/RJ, ou seja, a afronta ao princípio do Juiz Natural e, nesse ponto, poderá ser impugnada.

E, além disso, a Resolução no artigo 6º, estranhamente dispõe que: "Art.6º Aberta a audiência, o preso será ouvido a respeito das circunstâncias da prisão e suas condições pessoais, manifestando-se, em seguida, o MP e defesa, se presentes ao ato". (grifo nosso)

Ora, pelo exame do dispositivo se vê que tanto a defesa como o próprio Ministério Público não precisariam estar presentes ao ato de audiência de custódia, pois só se manifestariam na audiência "se presentes ao ato".

Procura retomar assim, a Resolução do Rio de Janeiro, de forma absurda, o sistema inquisitivo do Medievo, pois, pela letra da mesma, o juiz poderá realizar a audiência sem presença das partes, só ele e o preso, agindo, portanto, de ofício ao decretar uma medida cautelar, como se isso fosse possível em vista da Constituição e do próprio Código de Processo Penal.

Afronta, assim, a Constituição ao ferir o princípio acusatório insculpido no art. 129, I, sabido que, constitucionalmente, a promoção da ação penal é ato privativo do Ministério Público. Podem querer alegar que ao se realizar a "audiência de custódia" não se tem ainda processo, mas, na verdade, o que ocorre é que nessa audiência será decretada uma medida cautelar, seja uma prisão ou seja uma liberdade provisória ou mesmo uma medida alternativa à prisão preventiva e o juiz não pode fazer isso de ofício, conforme, aliás, reza o art. 282,§2º, do CPP. Ademais o juiz não pode sair de sua imparcialidade, agindo de ofício e procedendo de forma inquisitória.

Diga-se o mesmo da falta de defesa. Como agir em uma audiência sem o defensor do preso?

E uma vez decretada uma medida cautelar, não caberia recurso ou ação de impugnação? Ora, a vingar a possibilidade de se realizar a "audiência" sem presença das partes, essas nem estariam ali para exercer o direito de impugnar qualquer ato ou recorrer.

O defeito já foi detectado por Gustavo Badaró, um dos maiores defensores da "audiência de custódia" no Brasil, mas que logo apontou o desvio da Resolução do Rio de Janeiro, *verbis*:

[...] é criticável a previsão de facultatividade da presença do Ministério Público e do defensor na audiência de custódia [...] invocando o posicionamento da CADH, a presença do Ministério Público e do defensor é obrigatória em tal ato. A presença do defensor é fundamental para fazer respeitar os direitos do preso, por exemplo, o de permanecer calado, bem como para assegurar a legalidade na realização da própria audiência. Além disso, possibilitará que argumentos estritamente jurídicos sobre a legalidade da prisão e mesmo sobre a necessidade e adequação de sua manutenção, substituição e revogação, possam ser expostos em paridade

de armas com o Ministério Público [...] o juízo a ser realizado na chamada audiência de custódia é complexo ou bifronte: não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar. Por outro lado, a presença do Ministério Público, tratando-se de ato jurisdicional, ainda que praticado na fase de investigação, também será obrigatória. Mais do que isso, com a presença do Promotor de Justiça, será possível efetivar a regra do artigo 282, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, que não permite que o juiz decrete, *ex officio*, medidas cautelares na fase de investigação. Logo, se o Ministério Público não estiver presente na audiência de custódia, e não houver requerimento de que a prisão em flagrante seja “convertida” em alguma medida cautelar, no termos do artigo 310, *caput*, do mesmo código, o juiz não poderá decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, por falta de requerimento do Ministério Público. A audiência de custódia converte-se em ato essencial para completar o ato complexo e de duração continuada que se transformou a prisão em flagrante. Sem a presença de defensor e do Ministério Público, a prisão em flagrante não poderá ser convertida em qualquer medida, devendo ser considerada ilegal e relaxada a prisão [...]”⁶

Além do mais, a Resolução do Rio de Janeiro, também de forma lacônica, não define o que seria o “sem demora” ou qual o prazo de apresentação do preso, dispondo o seu artigo 2º *caput* que: “Art. 2º Toda pessoa presa em flagrante delito será apresentada, *sem demora*, ao juiz competente, a fim de realizar-se audiência de custódia” (grifo nosso).

Ora se o primeiro ponto a ser fixado nas Resoluções Estaduais é exatamente esse, no Rio de Janeiro o Tribunal de Justiça e o seu Órgão Especial ao menos se preocuparam com o óbvio, ou seja, se fixar o prazo em que o preso deveria ser apresentado. Assim, se um juiz entender que o prazo seria de dez dias poderia exigir que a audiência se realizasse nesse prazo, ou se outro magistrado, de forma mais restritiva, entender ser o prazo de oito horas, também estaria atendendo a Resolução.

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Yvahy. *Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes*. Disponível no site CONJUR DE 09.09.2015.

O defeito também foi notado por Gustavo Badaró:

(...) o artigo 2º, *caput*, limita-se a estabelecer que o preso será apresentado "sem demora", ao juiz. De todos os tribunais que disciplinaram em atos normativos internos a Audiência de Custódia, o Rio de Janeiro foi o único que não adotou um prazo cronologicamente definido, limitando-se a repetir os termos do artigo 7.5 da CADH. Toda e qualquer prisão cautelar deve estar sujeita ao princípio da legalidade, e a utilização de uma expressão sem contornos precisos aumenta a discricionariedade, o que se mostra uma opção criticável.⁷

Mas o maior defeito da Resolução do TJ/RJ (e esse é intransponível!!), é a previsão existente no parágrafo único do seu art. 6º, *verbis*: "Parágrafo único. As declarações do preso colhidas, preferencialmente, por meio digital, *serão lacradas e mantidas em separado*".(grifo nosso)

A disposição afronta o CPP e é inconstitucional na medida em que faz entender que ficarão as declarações efetuadas na "audiência de custódia" em segredo e "não sendo acessíveis" as declarações, seja para o Ministério Público, seja para a defesa.

De uma só vez afronta o art. 129, I, e VI, da CF, pois se retira o poder de promoção e tomada de providências do *Parquet* em um devido controle externo de atividade policial, em caso de haver abuso de autoridade, tortura, prática de atos passíveis de instauração de procedimento investigatório ou mesmo denúncia contra coautores (pode haver delação, chamada de corrêu etc), e o art. 40 do CPP, no qual se estabelece encaminhamento ao Ministério Público de notícia de crime e, ainda mais, fere mortalmente o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, pois impede que o *Parquet* tome conhecimento de fato que possa se constituir em crime e, dessa forma, obsta a imediata promoção pelo órgão que, privativamente deve agir de imediato.

Trata-se, assim, de norma totalmente afrontosa à lei e à CF e, portanto, também passível de impugnação.

Tal previsão não tem identidade com outras resoluções do país, como se pode ver, por exemplo, do Provimento Paulista, que no ponto dispõe nos parágrafos 4º, 5º e 6º art. 6º, que:

§4º A audiência será gravada em mídia adequada, lavrando-se termo ou ata sucintos e que conterá o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz, salvo se ele determinar a integral redução por escrito de todos os atos praticados.

⁷ Obra citada.

§5º A gravação original será depositada na unidade judicial e uma cópia instruirá o auto de prisão em flagrante.

§6º As partes dentro de 48 (quarenta e oito) horas, contadas do término da audiência, poderão requerer a reprodução dos atos gravados, desde que instruem a petição com mídia capaz de suportá-la.

Como argumenta Lenio Streck ⁸, tal audiência de custódia se trata de uma “audiência” “com a presença das partes”, sendo que nessa poderá haver notícia de crime, até porque será realizado exame pericial, e o acusado, mesmo tendo direito ao silêncio, pode narrar prática de crimes por outrem, o que exigirá imediato agir do Ministério Público.

Assim, é imperioso que fique o ato registrado nos autos de flagrante, e uma vez juntado ao auto do flagrante, deve se dar a obediência à Súmula Vinculante 14 do STF, ou seja, o acesso aos autos para a defesa e, quanto ao Ministério Público, é de uma clareza solar que não pode lhe ser subtraído o teor do ato. E, em se afrontando a Súmula Vinculante, seria passível até de ser impugnada a norma experimental administrativamente implantada pelo TJ/RJ por Reclamação Constitucional.

Não se pode querer entender que o “lacramento” evitaria a “contaminação” do juiz do processo pelas declarações do preso. Pois, ao contrário disso, não se pode tirar da apreciação do juiz do processo uma declaração que é produzida em audiência jurisdicionalizada, mesmo que em fase de investigação. A Itália tentou retirar a vista dos elementos de investigação do futuro juiz do processo quando de sua reforma processual penal, eliminando-se dos autos que formariam o processo penal as peças de investigação preliminar (*indagine preliminari*), para não “contaminar o juiz,”⁹ mas, na própria Itália leis posteriores mudaram esse sistema, ante a falência na luta contra o crime.

Aliás, os legisladores da reforma processual brasileira de 2008 não adotaram a novidade que quiseram implantar na Itália, pois, apesar de proposta inicial naquele sentido, foi aprovada emenda ao art. 155 do CPP, que anteriormente dizia que não poderia ser considerado o constante em inquérito ou investigação policial em decisão futura no processo, e com a emenda ficou constando do artigo 155, inserido pela Lei nº11.690/2006 de 2008, a expressão “exclusivamente”¹⁰, o que deixa transparecer

⁸ “(...) devemos tentar ler isso sob a sua melhor luz. Se for para considerar a Audiência de Custódia uma garantia, deve-se dar a ela um tratamento harmônico com as demais garantias consagradas às pessoas sob esta condição (presas). Não se pode, por exemplo, reduzir a coisa ao ponto de simplesmente levar o sujeito à presença do juiz, *sem que possa dizer nada ou sem que o juiz deva perguntar coisas a ele.* (...)” – grifo nosso – (obra citada *supra*).

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Milano: Cedam, 1997, p.568; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Influência do Código – Modelo Penal para a Ibero-América na Legislação Latino Americana. Convergências e Dissonâncias com os Sistemas Italiano e Brasileiro in: O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.227.

¹⁰ “Art. 155 O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

que tais elementos investigatórios (os inquisitoriais) ainda podem ser examinados e utilizados em fundamentação de decisões, desde que não exclusivamente, ou seja, se ratificados por provas judiciais, justamente para que não ficasse o juiz impedido de se utilizar de elementos inquisitoriais quando ratificados por provas colhidas mediante o contraditório.

Neste sentido Audrey Borges de Mendonça:

A restrição constante é que o magistrado considere *exclusivamente* os referidos elementos. A *contrario sensu*, é possível que sejam reputados na sentença condenatória elementos produzidos durante o inquérito policial, desde que apenas como reforço às provas produzidas em juízo... Dito de outra forma: o juiz pode levar em conta as provas produzidas no inquérito desde que conjuntamente com provas produzidas em *contraditório judicial*.¹¹

E pergunta-se, uma simples resolução de um estado-membro poderia dispor de forma diferente da legislação ordinária federal. É evidente que não!

A propósito, bem alertou Lenio Streck:

Alguns preconizam que esse depoimento não seja valorado como prova, ou que o juiz que o colheu fique impedido de julgar (problema: em uma análise econômica – que não é minha, é claro – isso gerará mais despesas...). Ok, mas como e por que, no sistema que temos? Seria incompreensível a não valoração. Vejamos: *Primeiro*, se nem o juiz que tomou contato com a prova ilícita fica impedido (por força do veto ao parágrafo 4º do artigo 157 do CPP), não é possível que se crie administrativamente um impedimento para o juiz que fez essa audiência, que, no mínimo, nada teria de ilegal. Senão, imaginem o paradoxo: o juiz que teve contato com uma confissão obtida mediante tortura vai poder julgar o processo, mas o juiz que ouviu o réu em audiência, na presença de defensor, fica impedido. *Segundo*, não há fundamento para declarar essa prova inadmissível. Se entendermos que o ato é realizado por imposição convencional (ou seja, com fundamento jurídico), a prova não tem nenhum vício processual. Qualquer provimento administrativo que diga o contrário é inconstitucional na medida em que, quando menos, interfere em questão jurisdicional, de interpretação da lei processual¹²

¹¹ MENDONÇA, Audrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 155.

¹² STRECK, artigo citado.

Assim, não se pode impedir que o depoimento do agente não seja valorado posteriormente pelo juiz, ou que o magistrado que o colheu fique impedido de julgar, já que nem o juiz que tomou contato com a prova ilícita fica impedido (por força do veto presidencial ao parágrafo 4º do artigo 157 do CPP ocorrido no texto reforma processual penal de 2008), e não é possível se criar administrativamente um “impedimento” para o juiz.

E, completamos que, por coerência, nem uma futura lei poderá fazê-lo, pois, caso contrário, teríamos o absurdo de que um juiz que teve contato com uma confissão obtida mediante tortura continuar podendo julgar o processo, mas aquele juiz que ouviu o réu em audiência (a de custódia), na presença de defensor, tudo de forma regular ficaria impedido. Verdadeiro contrassenso.

5. Conclusão

A apresentação do preso provisório em juízo “sem demora” é medida que deverá ser regulamentada no Brasil, já que prevista em Pacto Internacional ratificado pelo Congresso brasileiro. Porém, tal regulamentação deve ser feita por lei federal, não podendo ser regulamentada de forma definitiva por normas administrativas do Judiciário, até porque a Constituição Federal só determina que os autos sejam encaminhados ao juiz imediatamente, o que a lei ordinária já regulamenta nos arts. 306 e seguintes do CPP, e assim, uma resolução que regulamenta situação diversa, que é a apresentação da pessoa presa “sem demora”, está modificando a lei e adentrando em tema que não foi disciplinado na CF. Haveria, assim, um vício formal-constitucional.

Isso não quer dizer que não possam ser feitos projetos-piloto ou experiências, como têm sido feitos, enquanto não vem a lei federal, mas há de se ter o cuidado para que tais experiências não se tornem regulamentações definitivas, e se ter o mínimo de coerência e uniformidade dentre essas resoluções administrativas do Judiciário, sendo que o que está ocorrendo no Brasil é uma regulamentação disforme e contraditória, em uma verdadeira prática de um condenável ativismo judicial-administrativo.

Exemplo claro disso é a Resolução do Estado do Rio de Janeiro que trata da matéria, pois somente repete os termos da convenção, não estipulando qualquer prazo para apresentação do preso e, ainda, faz entender a desnecessidade da presença do Ministério Público e defesa ao ato.

Além desses claros defeitos, afronta o princípio do juiz natural, já que o órgão para o qual se dá a apresentação do preso não é previsto em lei estadual, ou seja, o juiz da audiência de custódia fixado pela resolução é um juiz meramente designado, a sabor de discricionariedade da Presidência do Tribunal e do Órgão Especial, em clara afronta ao princípio do juiz natural que é princípio constitucional.

E, ainda, na Resolução do TJ/RJ existe uma inconstitucional previsão de sigilo do ato, ou seja, o seu “lacramento” e, com isso, afronta o art. 129, I, e VI, da CF, pois retira o poder de promoção e tomada de providências do *Parquet* em controle externo de

atividade policial, em caso de haver abuso de autoridade, tortura, atos passíveis de instauração de procedimento investigatório ou mesmo denúncia contra coautores (pode haver delação, chamada de corrêu etc) maculando, ainda, o art. 40 do CPP, no qual se estabelece encaminhamento ao Ministério Público de notícia de crime.

Ora, é evidente ser necessário que o ato fique registrado nos autos de flagrante, e uma vez juntado, deve se dar obediência à Súmula Vinculante 14 do STF, ou seja, o acesso aos autos para a defesa, e não pode ser subtraído do Ministério Público o teor do ato, pois esse órgão exerce, privativamente, a promoção da ação penal pública e lhe cabe o controle externo da atividade policial.

Todo este desencontro entre as resoluções estaduais elaboradas pelos respectivos Tribunais de Justiça dos estados no Brasil, vem demonstrar como se faz urgente e necessária a aprovação de uma lei federal que implante o modelo no País, com regras uniformes e com alteração do CPP, tudo com efeito *tempus regit actum*.

Outro ponto importante é a fixação razoável do que seria o "sem demora", já que como visto já existe o envio imediato encaminhamento do auto de flagrante (ou cópia) para o juiz e, assim, o sem demora deveria ser algo posterior, até porque, com o encaminhamento do flagrante, já poderá o juiz ter relaxado a prisão, concedido a liberdade provisória, ou aplicado medida alternativa ao investigado que estava provisoriamente preso em flagrante, tornando, assim, desnecessária a chamada audiência de custódia.

O prazo, a exemplo do que ocorre em algumas resoluções de estados do Brasil, deve ser igual ou superior a 48 horas.

Aliás, somente à guisa de exemplificação trazemos alguns exemplos alienígenas, *verbis*:

- Reino Unido: 24 horas sem comunicação e depois dois dias para a apresentação ao juiz;
- França: crimes leves 24 horas, mas em crimes com pena de mais um ano 48 horas e, em circunstâncias especiais, 76 horas. Crimes de especial gravidade de 96 a 120 horas (ex. terrorismo).
- Espanha: prazo de 72 horas.
- Alemanha: "no dia seguinte", o que se entende ser um máximo de 47 horas e 59 minutos.
- Portugal: após 48 horas.
- Suécia: prazo de 72 horas.
- Colômbia: 36 horas.
- Chile e México: promotor em 12 e juiz em 24 horas.
- África do Sul: 48 horas.

No Congresso Nacional já existe proposta legislativa de alteração da redação para o art. 306 do CPP, *verbis*:

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Projeto de Lei nº 554/2011).

Em 2013 foi aprovado substitutivo que acrescentou parágrafos, delineando participação da defesa e Ministério Público na audiência, inclusive com manifestação prévia do *Parquet* e prevendo inquirição do preso por este órgão.

O projeto, entretanto, ainda pode ser aperfeiçoado, tendo em vista a consideração das seguintes possíveis modificações:

1. o estabelecimento de uma não obrigatoriedade da condução do preso, que ficaria dependente de requisição judicial, após o exame da legalidade da cópia do auto de prisão em flagrante que lhe seria encaminhado imediatamente (em até 24 horas, inclusive);

2. a dilação do prazo da audiência (passando para 48 h) e a necessária juntada do auto da audiência no flagrante integrando o feito criminal (Notas Técnicas nº 14/2014 do Ministério Público de São Paulo, e 05/2015 da CONAMP).

E, evidentemente, trata-se de “audiência” com presença de partes onde será decretada uma cautelar ou contracautela e, assim, é necessária a presença das partes e não se pode se falar em “sigilo” ou “lacramento” do ato, que deverá acompanhar o flagrante que servirá de base ao início da ação penal.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Yvahy. *Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes*. Disponível no site CONJUR de 09.09.2015

FERRAJOLI, Luigi. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Milano: Cedam, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Influência do Código-Modelo Penal para a Ibero-América na Legislação Latino Americana. Convergências e Dissonâncias com os Sistemas Italiano e Brasileiro in: O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

STRECK, Lenio. *Site Senso Incomum*. CONJUR. Desde 1992, a falta de Audiência de Custódia pode anular condenações? Consultado em: 23 de julho de 2015.

Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por Atos do Ministério Público em Inquérito: Lições do Direito Português

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira*

Tudo quanto aumenta a liberdade, aumenta a responsabilidade.

Victor Hugo

Sumário

1. Introdução. 2. Panorama Normativo acerca da Responsabilidade Extracontratual do Estado. 2.1. Influência do Direito Comunitário Europeu. 2.2. Direito Constitucional Português. 2.3. A Lei nº 67/2007 (RRCEE). 3. Parâmetros da Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos de Má Administração da Justiça. 4. Responsabilidade dos Magistrados do Ministério Público. 5. Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos do Ministério Público em Inquérito. 5.1. Revistas e Buscas. 5.2. Interceptação de Comunicações Telefônicas. 5.3. Prisão Preventiva. 6. Considerações Finais. Bibliografia.

1. Introdução

É sabido que o exercício de funções institucionais pelos magistrados do Ministério Público, nomeadamente na área criminal, pode afetar profundamente a vida de quaisquer cidadãos. A efetuação de diligências em inquérito, a constituição de um investigado como arguido e a apresentação de acusação perante o juiz constituem providências do Ministério Público que, ao tempo em que operacionalizam um exercício de soberania do Estado, também atingem frontalmente direitos e interesses individuais. SANTOS (2010:3), citando ARDANT, recorda que a função jurisdicional é a última barreira de arbítrio do Estado. E essa barreira, na história do direito positivado, vem paulatinamente sofrendo abalos, conquanto os atos jurisdicionais ou administrativos praticados por magistrados tendem a ser cada vez mais questionados em diferentes planos jurídicos. Pensamos que, nesse tocante, o grande desafio consiste em promover um equilíbrio entre o exercício soberano da jurisdição e o resguardo de direitos individuais.

Com efeito, o comportamento unilateral comissivo ou omissivo do Estado, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, pode causar dano à pessoa ou ao seu patrimônio. Nessas circunstâncias, indaga-se se o Estado tem que recompor, integralmente, os gravames de ordem patrimonial infligidos ao lesado por sua ação

* Promotor de Justiça no Estado do Ceará, Brasil, Professor na FANOR – Faculdades Nordeste, em Fortaleza, Brasil, e Doutorando em Direito, na área de Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Coimbra, Portugal.

ou abstenção lesiva. O problema da responsabilidade civil do Estado reside, pois, na obrigatoriedade, ou não, de restaurar o patrimônio ofendido. Não se trata de responsabilidade oriunda de ajustes celebrados pela Administração Pública com terceiros, denominada responsabilidade contratual, que vem fixada e se resolve com base nas cláusulas do próprio contrato, ou de responsabilidade criminal, bastando dizer que as pessoas jurídicas públicas não cometem infrações penais, embora seus agentes, causadores diretos do dano, possam vir a perpetrá-las. Também não diz respeito à obrigação de indenizar, que compete ao Estado pelo legítimo exercício de poderes contra direito de terceiros, como ocorre na desapropriação. Cuida-se, isto sim, da responsabilidade patrimonial do Estado, também conhecida como responsabilidade extracontratual do Estado ou responsabilidade civil do Estado, em face de comportamentos unilaterais, comissivos ou omissivos, legais ou ilegais, materiais ou jurídicos, que lhe são atribuídos. A expressão “responsabilidade civil do Estado” exprime melhor a ideia de que o dano pode advir também de atos legislativos ou judiciais, e não só de atos e fatos administrativos. Por outro lado, a palavra “civil” não significa, em absoluto, que a matéria vem regulada pelo direito privatístico, mas sim, que o Estado deve satisfazer a devida reparação econômica. Essa responsabilidade, tal como ocorre no direito privado, traduz-se na obrigação de reparar os danos patrimoniais causados a terceiros, e se exaure com a satisfação ou pagamento da correspondente indenização, já que não é possível, em relação aos atos do Ministério Público no processo criminal, a perfeita recomposição da situação jurídica do lesado, uma reconstrução do *status quo ante*.

No direito português, a Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, revogou o antigo DL nº 48051, de 27 de novembro de 1967, que tratava da responsabilidade civil extracontratual do Estado em matéria administrativa, e, principalmente, acrescentou alguns poucos, porém, impactantes dispositivos referentes às funções jurisdicional e legislativa, tornando mais abrangente e completa a prescrição normativa contida no art. 22 da Constituição da República Portuguesa. Enfim, é o estatuto normativo básico sobre a matéria. Por força de disposição expressa, a lei prevalece sobre qualquer remissão legal para o regime de responsabilidade civil extracontratual de direito privado aplicável a pessoas coletivas de direito público (art. 2º, nº 2, RRCEE). De outra banda, a responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa rege-se pelo disposto naquele texto, em tudo aquilo que não esteja previsto em lei especial (art.1º, nº 1, RRCEE).

Ao dispor sobre a responsabilidade extracontratual do Estado, a legislação portuguesa alcança todos os magistrados, tanto os judiciais quanto os do Ministério Público. Explica-se o tratamento igualitário em razão da estrutura orgânica da magistratura em Portugal. Dito de outro modo, o Ministério Público português é condômino do exercício das funções jurisdicionais, muito embora sob certas singularidades e pertencendo a um corpo institucional autônomo em relação ao dos juízes. O objeto deste trabalho, convém assinalar, está circunscrito à responsabilidade

civil extracontratual do Estado por danos causados pelo Ministério Público no exercício de suas funções institucionais no processo criminal e, em especial, na fase do inquérito. Por isso, não se vai adentrar nos aspectos processuais da responsabilização do Estado ou dos atos que, no processo criminal, mais propriamente cabem aos juízes de instrução. Buscando o objetivo de conferir estrutura orgânica à apresentação do tema, o texto vem dividido em três partes: a primeira cuida dos aspectos gerais da responsabilidade extracontratual do Estado; a segunda diz respeito à responsabilidade pessoal dos magistrados do Ministério Público e o direito de regresso do Estado; e, finalmente, a terceira parte destaca situações importantes em atos de inquérito que podem ensejar a responsabilidade do Estado.

CANOTILHO e MOREIRA (2007:433), ao comentar a redação do art. 22, da CRP, afirmam que a responsabilidade dos Estados-Membros exige uma violação particularmente qualificada de uma norma comunitária diretamente aplicável, restando saber, então, se é admissível a exigência de que a norma, ao conferir direitos aos particulares, implique necessariamente que seja provida de efeitos diretos e aplicabilidade imediata no plano da comunidade europeia. A aproximação do tema, portanto, deve principiar pela abordagem acerca do ordenamento comunitário.

2. Panorama Normativo acerca da Responsabilidade Extracontratual do Estado

2.1. Influência do Direito Comunitário Europeu

FONSECA (2008:52) lembra que o Estado não pode escolher entre prestar e indenizar: ele tem o dever de prestar, sem olvidar que a justiça também é uma prestação, e deve indenizar, se a prestação for omitida ou irregularmente realizada. O tema, em verdade, é complexo e envolve uma difícil equação entre a independência judicial e a responsabilidade por atos danosos. O texto constitucional estabelece que os tribunais são órgãos de soberania (art. 202, n° 1, CRP), encontrando-se sujeitos apenas à lei (art. 203, CRP). E essa subordinação à lei há de ser entendida não mais como o juiz na condição de mero tradutor do texto, mas de agente que, no resultado de esforços interpretativos lastreados na Constituição e em seus valores e princípios fundamentais, confere sentido vivificado à norma. Em certa medida, o mesmo raciocínio se aplica ao magistrado do Ministério Público, sobremaneira quando ele é responsável pela consecução de atos processuais, isto é, a direção do inquérito no processo criminal.

Como pano de fundo, tem-se a aura de respeitabilidade que cobre as atividades judiciais. Na seara administrativa, sempre houve mais facilidade de encontrar soluções capazes de recompor os direitos do cidadão lesado por algum ato do Estado. Na dimensão legislativa, e naquilo que mais importa neste trabalho, jurisdicional, a realidade é diversa. Prover a justiça, afinal, é uma atividade que tem potencialidade para repercutir de modo duradouro no patrimônio e na vida do cidadão. Como veremos adiante, a legislação portuguesa dedica atenção especial, por exemplo, à

reparação dos danos oriundos da privação ilegal da liberdade, a ponto de se cogitar, na doutrina, também a responsabilização do Estado quando o processo criminal resulta em absolvição. Para ser mais exato, o só fato de alguém se ver na condição de arguido e, portanto, sujeito à mão forte do Estado na persecução penal traz consequências capazes de lesar direitos e interesses fundamentais. Há, sobretudo, uma série de implicações quando se propugna a reparação de um dano provocado no âmbito de um processo judicial. Isso tem que ver, por exemplo, com a reformulação conceitual da coisa julgada e o desfazimento de atos processuais. Não se pode deixar de registrar que a natureza inquisitiva da primeira etapa do processo criminal reforça a percepção de que a atuação do Estado pode gerar danos.

O desenvolvimento de ideias acerca do tema ganhou impulso, desde logo, num espectro mais amplo, isto é, no direito comunitário europeu. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, já prescrevia o direito a um processo equitativo. No texto da norma, qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. Na esfera criminal, nos termos da Convenção, o acusado tem, como *standard* mínimo, os seguintes direitos: (a) ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; (b) dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; (c) defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; (d) interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; (e) fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender (art.6º, CEDH). E se o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário (art.41º, CEDH).

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem deixou para a legislação nacional a tarefa de normatizar a reparação de danos. Mas, segundo SILVEIRA (2008:430), foi somente no Acórdão Francovich, de 1991, que o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia se pronunciou, explicitamente, sobre a existência de um princípio de responsabilidade do Estado-Membro por violação do Direito da União Europeia. Nessa decisão, o Tribunal de Justiça forneceu os elementos para que os particulares afetados pelo incumprimento do direito da União Europeia por parte do Estado-Membro pudessem responsabilizar judicialmente. E o Tribunal fê-lo, portanto, sem que qualquer norma o previsse expressamente. Por isso, o Tribunal de Justiça fez repousar os fundamentos da responsabilidade do Estado no princípio da lealdade europeia, previsto no art. 10º do Tratado da Comunidade.

Algum tempo depois, a Convenção de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, veio preconizar o direito a uma boa administração. Nesse sentido, estabelece que todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. Este direito compreende, destacadamente: (a) o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; (b) o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; (c) a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. Além disso, todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros (art. 41º, CDFUE). Tem-se aqui algo que vai para além do acesso formal à justiça. A prestação de serviços da administração, e a da justiça em particular, deve ser eficiente, mediante tratamento imparcial, equitativo e dentro de um prazo razoável. A inobservância desse balizamento no exercício, por exemplo, das funções jurisdicionais que se revela causador de danos à pessoa implica o reconhecimento de um direito de reparação.

Adverte SILVEIRA (2008:433) que, todavia, no Acórdão Köbler, de 2003, a questão da responsabilidade adquirira novos contornos, na medida em que trazia à colação a responsabilidade do Estado-juiz – e não mais do legislador ou da administração como já se tinha tornado habitual. Deste modo, o Tribunal de Justiça teve de combater alguns dos argumentos persistentemente invocados quando está em causa a responsabilidade do Estado-juiz. Considerou que o reconhecimento do princípio da responsabilidade do Estado por atos ou omissões de um órgão jurisdicional nacional que decide em última instância não põe em perigo a autoridade do caso definitivamente julgado. Isto porque um processo destinado a responsabilizar o Estado não tem o mesmo objeto e não envolve necessariamente as mesmas partes que o processo que deu origem à decisão que adquiriu a autoridade de caso definitivamente julgado. Com efeito, o demandante numa ação de indenização contra o Estado obtém, em caso de êxito, a condenação deste no ressarcimento do dano sofrido, sem que seja posta em causa a autoridade do caso definitivamente julgado da decisão judicial que gerou o dano. O Tribunal de Justiça também rechaçou o argumento assente na independência do juiz – na medida em que, segundo esclareceu, não estaria em questão a responsabilidade do juiz, mas a responsabilidade do Estado. Num traçado paralelo ao direito português, como lembra GOMES (2010:266), é forçoso observar que a responsabilidade do Estado por violação do direito europeu em ato oriundo de órgão da função jurisdicional só recentemente recebeu aceitação, mas, ainda assim, subordinado ao requisito do erro manifesto. Ora, consta no item nº 70 das conclusões no Acórdão do caso Köbler, registrado por SILVEIRA (2008:434):

Resulta das exigências inerentes à proteção dos direitos dos particulares que invocam o Direito Comunitário que os mesmos devem ter a possibilidade de obter, junto de um órgão jurisdicional nacional, ressarcimento do prejuízo causado pela violação destes direitos por uma decisão de um órgão jurisdicional nacional decidindo em última instância.

Acrescenta SILVEIRA (2008:438-9) que, no Acórdão *Brasserie du Pêcheur/ Factortame*, de 1996, o Tribunal de Justiça entendeu que o Estado-Membro é obrigado a ressarcir os prejuízos causados ao particular em decorrência do incumprimento do Direito da União, desde que a norma jurídica violada confira direitos aos particulares, a violação seja suficientemente caracterizada e exista um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o dano sofrido pelo particular. Vale lembrar que uma norma europeia provida de aplicabilidade direta é aquela que dispensa a sua transposição para a ordem jurídica interna, enquanto uma norma europeia de efeito direto é aquela que pode ser invocada pelo particular perante as autoridades públicas independentemente de ter sido ou não transposta. Para que o Estado-Membro seja responsabilizado basta, portanto, que a norma violada implique a atribuição de direitos aos particulares e que o conteúdo desses direitos seja suficientemente preciso. Todavia, essa construção jurisprudencial ainda não se mostrava suficiente para efetivar, em sua plenitude, o direito de reparação do cidadão lesado por atos judiciais.

2.2. Direito Constitucional Português

O direito português, premido pela conjuntura da comunidade europeia, também passou a disciplinar ele próprio essa matéria. Em verdade, a Constituição da República Portuguesa, de 1976, é a primeira carta nacional a tratar diretamente da responsabilidade extracontratual do Estado. Diz o seu art. 22º:

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem (art.22º, CRP).

Na visão de CANOTILHO e MOREIRA (2007:425), este é um dos preceitos constitucionais que mais dúvidas tem suscitado nos planos dogmático, metódico e metodológico. Em primeiro lugar, coloca-se o problema de saber qual o objeto de proteção. Objeto de proteção, segundo os autores, devem considerar-se, desde logo, os direitos, liberdades e garantias lesados por ações ou omissões dos titulares de órgãos,

funcionários ou agentes do Estado e demais entidades públicas. Em segundo lugar, pergunta-se pelo sentido jurídico-constitucional do instituto da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas. A localização deste instituto em sede constitucional significa que ele não transporta apenas uma lógica indenizatória-ressarcitória decalcada na responsabilidade do direito civil. A responsabilidade conexiona-se, desde logo, com outros princípios jurídico-constitucionalmente estruturantes como o princípio do Estado de direito (arts. 1º e 2º), o princípio da constitucionalidade e legalidade da ação do Estado (art. 4º) e o princípio da igualdade (art. 13º). Mas a responsabilidade dos poderes públicos garante substantividade jurídico-constitucional, sobretudo como um direito de defesa, legitimador de pretensões indenizatórias, contra a violação de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

COSTA E SILVA (2010:44-9) qualifica o modelo adotado pela CRP como algo atípico. Ele também entende que, pela primeira vez, se afirma uma responsabilidade universal do Estado: este deixa de ser, regra geral, irresponsável, para passar a ser um ente responsável pelas atuações dos titulares dos seus órgãos. No entanto, indiciando um aparente reforço das garantias do lesado – para além do agente – responde, ainda, o autor do ato lesivo – o art. 22º acaba por revelar um modelo de responsabilidade diverso daquele que constitui a atual opção dogmática em sede de responsabilidade da pessoa coletiva pelos atos dos titulares dos seus órgãos: aquela – e não estes – é diretamente responsável pelos atos dos titulares dos seus órgãos, ainda que estes sejam ilícitos. A solução do art. 22º parece tomar em consideração o regime processual então vigente. Uma vez que este ancorava a responsabilidade por danos causados pelo exercício da função jurisdicional ao magistrado, a Constituição, aumentando as garantias do lesado, limitou-se a estender a obrigação de indenizar ao Estado. Naquele momento, entretanto, a responsabilidade extracontratual do Estado permanecia adstrita à alçada administrativa. SANTOS (2010:9-10) registra decisão do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de novembro de 1990, acerca de danos causados em processo criminal, no sentido de que o preceito constitucional apontaria apenas para a responsabilidade decorrente da função administrativa. Utilizou-se o argumento de que a Constituição prevê uma disciplina legal a aplicar especificamente a tipos de atos danosos, geradores de responsabilidade do Estado, em termos mais restritos e porventura até contrários àqueles estabelecidos no dispositivo do art. 22º. Mas, para GOMES (2010-2:219-20), a amplitude da forma do art. 22º – “ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções” – permite abranger não apenas a atividade do julgador, *in judicando*, mas identicamente toda a atividade acessória e complementar, desempenhada por este, por magistrados do Ministério Público e por funcionários judiciais.

A responsabilidade civil do Estado é um instituto que se coloca como garantia, embora de natureza secundária, dos cidadãos. É uma proteção jurídica dos particulares contra as ações lesivas levadas a cabo pelos poderes do Estado (SANTOS, 2010:18). O *topos* do dispositivo constitucional indica que se trata de um princípio geral dos direitos fundamentais do cidadão, um verdadeiro sobreprincípio, articulado com várias

outras normas que condensam valores constitucionais. A natureza principiológica dessa norma constitucional não afasta, contudo, sua feição de direito subjetivo. Afinal, não se está diante de uma mera liberalidade do Estado no reconhecimento de um erro de seus agentes e funcionários que causa danos ao cidadão.

Mas o reconhecimento da responsabilidade do Estado não significa que os funcionários e agentes públicos que agem em nome do Estado sejam, eles próprios, irresponsáveis. O art. 271º, da CRP, consagra o princípio da responsabilização dos funcionários e agentes da administração pública por ações ou omissões resultantes do exercício da função administrativa. Nesse sentido:

1. Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a ação ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica. 2. É excluída a responsabilidade do funcionário ou agente que actue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matéria de serviço, se previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito. 3. Cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime. 4. A lei regula os termos em que o Estado e as demais entidades públicas têm direito de regresso contra os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes.

O art. 22º, da CRP, trata da responsabilidade administrativa, jurisdicional e político-legislativa, ao passo que o art. 271º cuida exclusivamente da responsabilidade pelo exercício da função administrativa. E como se vê, a responsabilidade por danos causados na função jurisdicional é do Estado, mas a ele assiste o direito de regresso contra os agentes e funcionários públicos. A questão, pois, reside em saber: (a) o detalhamento das circunstâncias, por normas infraconstitucionais, em que a responsabilidade extracontratual do Estado se dá por atos da função jurisdicional e, por isso, em que medida o dispositivo constitucional se revela autoaplicável; (b) em que circunstâncias cabe o direito de regresso do Estado contra o magistrado do Ministério Público.

O texto trata de violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem. A terminologia empregada carrega uma imensa força normativa. Em princípio, poder-se-ia entender a prescindibilidade de ocorrência de prejuízo, aqui tomado como um dano material ou patrimonial, para o cidadão, bastando a violação por si mesma de direitos, liberdades e garantias.

Em suma, do art. 22º, da CRP, por sua complexidade, pode fazer-se uma leitura gradativa que vai de um patamar minimalista – estabelece o princípio da responsabilidade direta das pessoas coletivas públicas por fatos ilícitos – passando por um degrau intermédio – onde se articula com os artigos 271º e 261º, nº 1, da CRP, e disciplina o exercício do direito de regresso relativamente a atos e omissões ilícitas graves cometidas por funcionários – até alcançar um nível maximalista – que impõe, em regra, para atos e omissões ilícitos, a responsabilidade solidária (nas relações externas) e a responsabilidade objetiva em caso de dano anormal – onde se reflete particularmente o princípio do Estado de Direito e o princípio da igualdade na justa repartição dos encargos públicos (GOMES, 2010-2:221).

2.3. A Lei nº 67/2007 (RRCEE)

O DL nº 48051, de 27 de novembro de 1967, disciplinava apenas a responsabilidade civil extracontratual do Estado em matéria administrativa. Somente com o advento da Lei nº 67/2007, ainda que de maneira menos abrangente, em comparação com o regime aplicável sobre os agentes administrativos, alcançou-se a responsabilidade também por atos da função jurisdicional. A Lei nº 67/2007, a quem doravante chamaremos simplesmente de Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – RRCEE, está dividida em cinco capítulos. O Capítulo I trata das disposições gerais, mas nem todas elas incidem sobre a responsabilidade por atos da função jurisdicional. De qualquer modo, o art. 1º diz que a responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas de direito público por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa rege-se pelo disposto na própria lei, porém, em tudo o que não esteja previsto em lei especial. E, sem prejuízo do disposto em lei específica, o mesmo diploma regula também a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de ações ou omissões adotadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício. Nesse ponto, não se pode deixar de registrar que há lei especial para cuidar da responsabilidade pessoal dos magistrados do Ministério Público e que será objeto de análise em outra parte deste trabalho.

Para efeito de responsabilização, correspondem ao exercício da função administrativa as ações e omissões adotadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo. Acrescente-se que as disposições são ainda aplicáveis à responsabilidade civil dos demais trabalhadores ao serviço das entidades abrangidas, considerando-se extensivas a estes as referências feitas aos titulares de órgãos, funcionários e agentes. O art. 2º, por sua vez, dispõe que são considerados especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afetarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito.

No que toca a prescrição do direito à indenização, por força do art. 5º, do RRCEE, seja por responsabilidade civil extracontratual do Estado, como também das demais

pessoas coletivas de direito público e dos titulares dos respectivos órgãos, funcionários e agentes e, além disso, o direito de regresso, estabelece-se que tudo isso prescreve de acordo com o disposto no disciplinamento similar do Código Civil. Desse modo, o direito de indenização se esvai no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe assiste, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respectivo prazo a contar do fato danoso. Entretanto, se o fato ilícito constituir crime para o qual a lei estabeleça prescrição sujeita a prazo mais longo, prevalece o prazo prescricional criminal (art. 498º, CC). Aplica-se, convém dizer, o mesmo regramento do Código Civil em matéria de suspensão e interrupção da prescrição. Entendemos que, na realidade de um processo criminal, em que pode acontecer, por exemplo, uma escuta telefônica clandestina bastante duradoura, trata-se de um prazo razoável, a considerar, no entanto, a possibilidade de dilação do prazo se o fato também constitui infração penal.

O Capítulo II cuida da responsabilidade do Estado por atos administrativos, mas ali também se encontram parâmetros importantes para uma correta interpretação das normas atinentes à responsabilidade por atos jurisdicionais. Com efeito, o art. 12º prevê que, salvo o disposto nos artigos seguintes, isto é, os arts. 13º e 14º, é aplicável aos danos ilícitamente causados pela administração da justiça, designadamente por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, o regime da responsabilidade por fatos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa. Importa ressaltar, desde logo, que a expressão “função jurisdicional” contida no texto normativo não há de ser compreendida em sentido estrito, isto é, alcançando somente os atos do juiz, até porque o art. 14º faz referência expressa ao Ministério Público. Principalmente, em razão da posição ocupada pelo Ministério Público no processo criminal.

Finalmente, o Capítulo IV traz regras sobre a responsabilidade civil por danos decorrentes da função legislativa, ao passo que o Capítulo V, de artigo único, cuida da indenização por sacrifício. Neste trabalho, interessa-nos o Capítulo III, onde se contém apenas dois dispositivos, aqueles que tratam da responsabilidade do Estado por danos causados em atos da função jurisdicional. Talvez porque o intérprete tem em mãos não mais do que poucas regras específicas e, a considerar a necessidade, por força da própria lei, de balizamento a partir das normas incidentes sobre os atos administrativos, mas, sobretudo, a força normativa do art. 22º, da CRP, surgem variados problemas hermenêuticos acerca da maior amplitude ou, em reverso, redução do campo de responsabilidade do Ministério Público.

3. Parâmetros da Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos de Má Administração da Justiça

Em decorrência da amplitude da norma constitucional, a responsabilidade extracontratual do Estado pode advir de uma pluralidade de atos correspondentes a uma má administração da justiça e que venham a causar lesão a direitos do cidadão. Tanto na esfera da administração judiciária, isto é, dos assuntos administrativos apenas

obliquamente ligados à jurisdição, como na do exercício de funções jurisdicionais, a responsabilidade se origina de atos ilícitos propriamente ditos e de atos que, sob uma terminologia própria, são intitulados de erro judiciário. O erro judiciário, por sua vez, alcança também uma variedade significativa de atos do juiz ou do magistrado do Ministério Público, e abrange a prolação de sentença condenatória injusta e a privação ilegal de liberdade. Ocorre que, por conta da gravidade dessas duas espécies de ilicitude, a legislação, nesses dois casos, disciplina regimes específicos para caracterização da responsabilidade do Estado. Mas, de qualquer modo, sobreleva nosso interesse pela privação injustificada da liberdade, haja vista a participação do Ministério Público, no contexto do desempenho de suas funções no processo criminal.

Nesse cenário normativo, evidencia-se que a responsabilidade extracontratual do Estado por danos causados através da função jurisdicional vem assentada em alguns importantes parâmetros. O primeiro deles é o de que o regime dos danos ilicitamente causados pela administração da justiça toma como fonte primária o regime mais geral da responsabilidade por fatos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa. Desse modo, o regime incidente sobre o Ministério Público recorre aos conceitos já existentes para a função administrativa em geral, como o de reconhecimento dos elementos identificáveis do dano, prescrição, responsabilidade solidária de agentes e assim por diante. Alguns desses aspectos serão analisados logo adiante. Nesse ponto, FONSECA (2008:53-4) assinala que é uma cláusula geral de remissão, no domínio da responsabilidade por fatos ilícitos, que se extrai do art. 12º e, desde logo, ele aponta a crítica de uma amplitude que, para ele, seria demasiada, cabendo no ilícito um sem número de situações, ligadas à administração da justiça, com intervenientes vários: juízes, magistrados do Ministério Público e funcionários de justiça. Pensamos de modo diverso. A amplitude do texto se justifica pela necessidade de abranger toda a complexidade de atos da administração da justiça, em muitos aspectos diferentes dos atos administrativos em geral. Todos os agentes ou autoridades judiciárias podem ser alcançados porque, em maior ou menor grau, têm participação nos atos processuais ou em vistas de um processo judicial. Os atos processuais, em regra, são complexos. A remissão ao regime dos atos administrativos significa tão somente que as regras gerais são tomadas em empréstimo, naquilo que for aplicável. E, reproduzindo a lição de FIGUEIREDO DIAS, GASPARG (2001:14), recorda que, no processo penal, o Ministério Público funciona como uma espécie de ponte entre a administração da justiça e a função judicial em sentido estrito.

O segundo está amalgamado no art. 13º da lei, que condensa a responsabilidade civil por erro judiciário, em sentido amplo, abrangendo privação ilegal da liberdade e a sentença condenatória injusta, que possuem normativos específicos, derivado de decisões jurisdicionais causadoras de dano, tidas pela lei como decisões manifestamente inconstitucionais ou ilegais, mas também, injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de fato. É de pensar se a decisão a que se refere a norma estaria efetivamente adstrita à decisão judicial ou se abrange também a decisão do Ministério Público em atos de inquérito, por exemplo, apresentar uma acusação contra o arguido pela prática de uma conduta que sequer está revestida de tipicidade.

Aos regimes especiais existentes e diretamente filiados na Constituição (art. 27º, nº 5) – sentença penal condenatória injusta e privação injustificada da liberdade (arts. 225º e 226º e 461º a 463º, CPP) – o RRCEE, segundo GOMES (2010:262), acrescentou expressamente quatro outros segmentos de dano indenizável: (a) prática de atos materialmente administrativos ilícitos no decurso do *iter* processual (art. 12º); (b) violação do direito à prolação de uma decisão em prazo razoável (art. 12º); (c) incursão em ilegalidade ou inconstitucionalidade manifesta na decisão prolatada (art. 13º, nº 1); (d) incursão em erro manifesto de apreciação de pressupostos de fato na decisão prolatada (art. 13º, nº 1). Para GOMES, tem-se ainda: (e) incursão em erro grave e manifesto na interpretação ou aplicação de direito da União Europeia. Todos esses tópicos serão abordados, em modo contextualizado, isto é, nos atos de inquérito, na parte final do trabalho.

Mas o magistrado do Ministério Público só é pessoalmente responsável, sem prejuízo da responsabilidade criminal, quando age com dolo ou culpa grave. Nos demais casos, a responsabilidade é exclusiva do Estado. Há situações particulares: (1) responsabilidade do Estado por atos da função jurisdicional, incluindo casos de atraso na prolação da decisão (art. 22º, CRP), com respeito pelo princípio da irresponsabilidade direta dos magistrados do Ministério Público, e portanto, afastamento da solidariedade externa (art. 14º, nº 1, RRCEE); (2) responsabilidade do Estado por erro judiciário: exclusiva, se por falta leve; solidária com o magistrado, a efetivar em regresso, se com dolo ou negligência grosseira (arts. 13º, nº 1 e 14º, nº 1, RRCEE); (3) desdobramento em relação aos atos administrativos praticados dentro do processo criminal.

Por ora, ocupemo-nos dos elementos essenciais de caracterização da responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos da função jurisdicional. São eles: ação ou omissão lesiva, natureza ilícita do ato, da qual se presume a culpa leve do agente, existência de dolo ou culpa grave do magistrado do Ministério Público, isto para o caso de direito regressivo do Estado, e o nexó de causalidade entre o ato omissivo ou comissivo e a lesão.

Como salientado algures, os critérios válidos para a responsabilidade por atos administrativos não pode incidir da mesma maneira sobre a função jurisdicional em razão do princípio constitucional da independência do juiz e, em menor grau, isto é, como autonomia, do magistrado do Ministério Público. O desafio, pois, consiste em promover um equilíbrio entre a independência judicial e a responsabilização civil. Nesse sentido, tem-se que só há responsabilidade do Estado por ato da função jurisdicional se concorrentes alguns elementos: (1) o erro, de direito ou na apreciação dos pressupostos de fato, for manifesto; (2) o erro deve ser detectado no decurso do processo e (parcialmente) reparado por um tribunal superior, em via de recurso, por exigência da regra do art.13º, nº 2, do RRCEE; (3) só há possibilidade de responsabilização do julgador se o erro tiver sido cometido com dolo ou culpa grave; (4) a responsabilização efetiva do julgador depende não só da qualificação, em ação de responsabilidade, do erro como manifesto, mas, sobretudo, do exercício do direito de regresso, a decidir pelo Conselho Superior. Os mesmos critérios são válidos para o Ministério Público.

FONSECA (2008) entende que ao erro grosseiro liga-se a ideia de culpa grave, na medida em que a decisão jurisdicional em causa reflete uma diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontram obrigados os juízes em razão do cargo, na ótica do art. 8º, nº 1. Ora, esta norma, atinente à função administrativa, dispõe que os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo.

O RRCEE também cuida de conceituar a ilicitude do ato jurisdicional. Num sentido bem amplo, dispõe que se consideram ilícitas as ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos. Além disso, também existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, como tal entendido quando, atendendo as circunstâncias e padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos. Assim, o Estado também é responsável quando o dano não tenha resultado do comportamento concreto de um magistrado ou funcionário do Ministério Público determinado, mas deve ser atribuído a um funcionamento anormal do serviço (art.7º, nº 3 e 4 e art. 9º, RRCEE). Porém, mesmo com o conceito tão amplo de ilicitude da ação, a responsabilização se torna mais difícil por causa da caracterização do dolo ou culpa grave.

A terceira condição de responsabilização do julgador reside na qualificação da falta como envolvendo dolo ou culpa grave. Como já mencionado, o pedido de indenização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente. Isso é um reflexo da independência judicial e, na prática, reduz significativamente o campo de incidência da espécie de responsabilidade de que ora se cuida. Assim, depois de se aferir, em sede de recurso e por decisão transitada em julgado, a ilicitude da conduta – e, eventualmente, mas não forçosamente, a ostensividade do erro, de direito ou de facto – e de o lesado propor ação de responsabilidade contra o Estado na qual haja condenação por erro manifesto, caberá ao Estado exercer o regresso contra o juiz ou magistrado do Ministério Público, após prévia autorização do Conselho Superior. O problema que se coloca aqui é saber em que sede se estabelece a falta grave ou dolosa: na ação de responsabilidade proposta pelo lesado contra o Estado, na qual o juiz não é parte e não pode defender-se; pelo Conselho Superior, que não tem poder jurisdicional, apenas administrativo; ou na ação de regresso. A última hipótese parece ser a única cabível.

O dolo há de consistir na vontade deliberada de realizar o ato lesivo. Já a culpa deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor. Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a

existência de culpa leve na prática de atos jurídicos (processuais, no caso) ilícitos. E, para além dos demais casos previstos na lei, também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância, algo que é muito peculiar aos atos do Ministério Público em inquérito, muitas vezes delegados aos órgãos de polícia criminal. Quando haja pluralidade de responsáveis, é aplicável o regime disposto no Código Civil sobre responsabilidade solidária. Nessa hipótese, o direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis (art. 10º, RRCEE e art. 497º, CC). Mas, se houver culpa concorrente do próprio lesado para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do ato jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indenização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída (art. 4º, RRCEE).

Finalmente, a responsabilidade extracontratual do Estado estará configurada se houver nexo de causalidade entre a ação ou omissão do magistrado ou funcionário do Ministério Público e a lesão suportada pelo cidadão. É preciso estabelecer um liame, de natureza lógico-racional, entre esses dois elementos identificáveis na realidade.

A má administração da justiça compreende, sobretudo, o erro judiciário. Ora, o erro judiciário é um dos problemas mais tormentosos da ciência jurídica e um conceito de difícil definição. O sistema de justiça é acionado porque se busca uma solução justa e juridicamente acertada para a efetivação de direitos. No entanto, podemos dizer que o erro judiciário é uma má subsunção do fato à norma em vigor, consistindo num equívoco de perspectiva ou uma falsa percepção dos fatos. Trata-se, enfim, de uma injustiça qualificada.

Quanto aos juízes, o art.216º, nº 2, da CRP, consagra a irresponsabilidade judicial, em deferência ao princípio institucional da independência do juiz. Entretanto, permite a disposição, através de lei, de situações excepcionais de afastamento da irresponsabilidade. Nesse sentido, estabelece que “os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvo as exceções consignadas na lei”. A matéria, como já se vê, está regulada no RRCEE. No art. 219º, nº 4, a CRP traz disposição diversa em relação ao Ministério Público.

O erro judiciário pode apresentar-se de diversas formas. Todavia, parece razoável sustentar que é mais evidente e estimulante para a busca de indenização quando incide em matéria criminal, nomeadamente a prisão ilegal e a sentença condenatória injusta. Já são conhecidos os casos, nos EUA, de cidadãos condenados a penas de prisão perpétua ou mesmo de morte que, passados muitos anos e com a disponibilização de novos meios de prova, como os exames de material genético, têm, afinal, sua responsabilidade criminal afastada e são libertados.

O RRCEE dispõe, em seu art. 13º, que, sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da

liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto. Todavia, o pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente. O n.º 2, do art. 13.º, do RRCEE exige como condição para se propor a ação de responsabilidade a prévia revogação da decisão que causa lesão. Essa revogação funciona como um pressuposto processual que tem de estar verificado sob pena de absolvição do réu na instância (SANTOS, 2010:58).

Sobre o termo “manifestamente”, ligado às palavras “inconstitucionais ou ilegais”, GOMES (2010:267-8) entende que esta terminologia tende a estreitar as hipóteses de responsabilização por fato da função jurisdicional, uma vez que remete para noções com uma conotação precisa no ordenamento jurídico, cuja verificação dificulta a operacionalidade do instituto da responsabilidade. A autora questiona: como, afinal, detecta-se uma inconstitucionalidade/ilegalidade à margem do sistema de fiscalização de constitucionalidade? E a que Tribunal cabe a ‘rotulagem’ de tal inconstitucionalidade/ ilegalidade como ‘manifesta’? Mais: trata-se de inconstitucionalidade/ilegalidade da decisão – como a letra do preceito indica – ou de inconstitucionalidade/ilegalidade da norma aplicada? Se da última se cuidar, estaremos ainda dentro do âmbito da responsabilidade por fato da função jurisdicional ou, antes, perante um caso de responsabilidade por facto da função legislativa? Estas são questões ainda a desabrigar de resposta.

De qualquer modo, o erro tem que se detectado no âmbito do processo em que a decisão lesiva é prolatada, necessariamente por um tribunal superior, em recurso ordinário, ou, na sequência de incidente de inconstitucionalidade/ilegalidade, para o Tribunal Constitucional.

Lembra GOMES (2010:271) que, não forçando a jurisprudência no Tribunal de Justiça uma revisão formal do caso julgado contrário ao direito da União Europeia, dela resulta, em contrapartida, a necessidade de assegurar a tutela do lesado contra decisões errôneas – mesmo que o caso julgado não fique formalmente afetado, ou seja, subsista a par de uma indemnização compensatória ao lesado. Ora, como se vê, a exigência de prévia revogação decorrente do n.º 2 do art. 13.º do RRCEE entra em rota de colisão com este desígnio.

Aqui se distingue do erro judiciário porque trata da má gestão ou administração das coisas da justiça. Como já se viu, o cidadão tem direito a uma prestação jurisdicional em prazo razoável. A demora no serviço prestado pelo sistema de justiça pode também ocasionar danos. Nesse sentido, o TEDH vem levando em conta, como elementos de aferição da duração de um processo judicial, a natureza da causa, o comportamento do requerente, a importância do objeto da causa para o demandante e, convém frisar, o comportamento das autoridades competentes (SANTOS, 2010:47). Lembra GASPARG (2004:101) que, uma vez concluídas as diligências próprias da investigação criminal, é dever do Ministério Público pronunciar-se decisoramente sobre o valor probatório do resultado do inquérito. O inquérito possui prazo para sua conclusão. E a extrapolação

injustificada desses prazos pode acarretar danos ao arguido ou mesmo a terceiros. Até a chegada desse momento, muitos atos são realizados dentro do inquérito pelo próprio Ministério Público, pelo juiz da instrução ou pelos órgãos de polícia criminal, por delegação do Ministério Público e que igualmente podem lesar direitos.

4. Responsabilidade dos Magistrados do Ministério Público

A CRP atribui ao Ministério Público a competência de “representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como (...) participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática” (art. 219º, nº 1, CRP). O Ministério Público representa o Estado, muito embora com funções variadas e distintas, tanto quanto o Judiciário, e, também por isso, tem-se a organização das carreiras como uma magistratura. Os membros do Ministério Público português “são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei” (art. 219º, nº 4, CRP). Reflexo de tal subordinação hierárquica é o poder do Ministro da Justiça consistente em “requisitar, por intermédio do Procurador-Geral da República, a qualquer magistrado ou agente do Ministério Público relatórios e informações de serviço” ou “solicitar ao Procurador-Geral da República inspecções, sindicâncias e inquéritos, designadamente aos órgãos de polícia criminal” (art.80, alíneas c e e, Lei nº 47/1986). No entanto, para amenizar tão forte vinculação, “os magistrados do Ministério Público devem recusar o cumprimento de directivas, ordens e instruções ilegais e podem recusá-lo com fundamento em grave violação da sua consciência jurídica” (art. 79, nº 2, Lei nº 47/1986). Como acentua CANOTILHO (1998:596), em termos constitucionais, o Ministério Público é um órgão do poder judicial, e embora hierarquicamente subordinados, os agentes do Ministério Público são magistrados com garantias de autonomia e independência constitucionais que os coloca numa posição de sujeição à lei equiparável às dos juizes. Logo, pode-se dizer que, sob tal conjuntura jurídico-institucional, os magistrados do Ministério Público, no exercício de suas funções, também se mostram em situação de capacidade de causar danos a terceiros.

Em outros trechos deste trabalho, fizemos referência à responsabilidade pessoal dos magistrados, tanto judiciais quanto do Ministério Público, no âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado. Para recapitular, em caso de culpa leve do magistrado do Ministério Público, e fora das hipóteses específicas e com regulamentação própria de prisão ilegal e de erro judiciário, a responsabilidade pelos danos causados é exclusiva do Estado. Entretanto, como dispõe o art. 14º, do RRCEE, “sem prejuízo da responsabilidade criminal em que possam incorrer, os magistrados judiciais e do Ministério Público não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das respectivas funções, mas, quando tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra eles. A decisão de exercer o direito

de regresso sobre os magistrados cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça". A parte introdutória do RRCEE alterou a redação do art. 77, da Lei nº 47/1986, Estatuto do Ministério Público e que correspondia, antes da reforma empreendida pela Lei nº 60/1998, ao art. 56,, acrescentando a expressão "em caso de dolo ou culpa grave". Nesse sentido, tem-se que "fora dos casos em que a falta constitua crime, a responsabilidade civil apenas pode ser efectivada, mediante acção de regresso do Estado, em caso de dolo ou culpa grave". E ao ressaltar os casos de responsabilidade criminal, o texto da lei faz referência aos crimes contra a administração da justiça capitulados no Código Penal.

Agora tratemos do direito de regresso. O art. 14º, nº 2, do RRCEE prevê que a decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça. GOMES entende que a autorização do Conselho Superior sobre a ação de regresso se inclui num juízo de oportunidade. MESQUITA entende que se trata de uma competência vinculada (2010:427). O art. 6º, do RRCEE, diz que o exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório, sem prejuízo do procedimento disciplinar a que haja lugar. E acrescenta que, para tais efeitos, a secretaria do tribunal que tenha condenado a pessoa colectiva remete certidão da sentença, logo após o trânsito em julgado, à entidade ou às entidades competentes para o exercício do direito de regresso. Nesse sentido, a letra da lei seria morta se essa autorização fosse facultativa, algo discricionário. FONSECA (2008:56) coloca a situação de maneira tal que, para ele, esta norma suscita perplexidades, sobretudo, em conjugação com o art. 6º, que estatui ser obrigatório o exercício do direito de regresso e determinando o nº 2 que "a secretaria do tribunal que tenha condenado a pessoa colectiva remete certidão da sentença, logo após o trânsito em julgado, à entidade ou às entidades competentes para o exercício do direito de regresso". E a perplexidade estaria em que o nº 2 do art. 14º faz caber a decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados "a órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça". Como conciliar a obrigatoriedade do exercício do direito de regresso com uma, pelo menos aparente, discricionariedade do "órgão competente para o exercício do poder disciplinar", para decidir sobre o exercício do direito sobre os magistrados? Será que aquele órgão pode obstar ao exercício do direito de regresso, ou, então, nada decidir?

De toda sorte, o legislador não esclarece como é que se deve conjugar o dolo ou a negligência grave com o montante a pagar ao Estado a título de direito de regresso sobre os magistrados. Na Itália, se o magistrado agiu com culpa grave, o montante a ser pago por este ao Estado não pode ser superior a um terço do salário anual. No entanto, se incidiu em dolo, tal limitação não se verifica e o magistrado é obrigado a reembolsar o Estado na totalidade do montante pago (SANTOS, 2010:68).

5. Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos do Ministério Público em Inquérito

Na legislação processual penal portuguesa, o inquérito já é uma fase processual, antecedente à instrução, se houver. Neste ponto, importa dizer que o Ministério Público, porque componente da carreira da magistratura, é a instituição com competência para dirigir o inquérito (art. 53, nº 2, alínea *b* e art. 263, nº 1, CPPP). Os órgãos de polícia criminal até possuem atribuição, em caráter cautelar, para colher, por iniciativa própria, notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, podendo chegar a deter pessoas, para além de praticar os atos necessários e urgentes para assegurar os meios de prova (art. 55º, nº 2, c/c arts. 249, 251, 252 e 252-A, CPPP). Mas o controle da investigação criminal, na fase do inquérito, está a residir no órgão do Ministério Público, constituindo esse controle uma das notas características mais relevantes do sistema acusatório português (art. 56 e art. 263, nº 2, CPPP). Em contrapartida, tal atribuição traz consigo a necessidade de que o Ministério Público esteja adequadamente aparelhado para cumprir seu papel, dirigindo efetivamente, se não todos, a maior parte dos inquéritos existentes, sob pena de desvirtuação do sistema. Com efeito, são variados os atos que o Ministério Público português pode realizar no inquérito, todos eles destinados ao atingimento da finalidade desta etapa processual, a saber, a investigação da existência de um crime, a determinação de seus agentes e sua responsabilidade e a descoberta e coleta de provas, a fim de que possa decidir sobre a acusação (art. 262º, nº 1, CPPP). Alguns atos investigatórios, excepcionalmente, são direcionados pela lei ao juiz de instrução, por força da imperiosa necessidade de garantia de direitos fundamentais (art. 269º, CPPP), e aos órgãos de polícia criminal, por delegação do próprio Ministério Público (art. 270º, CPPP).

No inquérito, praticam-se variados atos, que podem ter natureza administrativa ou jurisdicional. De qualquer modo, a responsabilidade extracontratual do Estado ou do próprio magistrado do Ministério Público pode configurar-se em ambos os casos. Com efeito, a expressão “administração da justiça” contida no art. 13º, do RRCEE, abrange os atos materialmente administrativos dos serviços do sistema de justiça e os atos jurisdicionais em sentido próprio.

Dito isto, consigne-se que, no inquérito, o Ministério Público tem a faculdade de realizar diversas diligências. Afora aquelas reservadas ao juiz de instrução, para melhor proteção de direitos fundamentais do arguido, o Ministério Público também pode delegar algumas diligências à polícia criminal, exceto o recebimento de depoimentos a juramentados, a ordem para efetivação de perícias, o ato de assistir a exame suscetível de ofensa ao pudor de uma pessoa, além de quaisquer outros atos que a lei repute exclusivos do Ministério Público (art. 270º, nº 2, CPP). Neste trabalho, pretendemos permanecer adstritos a três providências: revistas e buscas, interceptação de comunicações telefônicas e prisão preventiva. Esta opção se explica pela elevada recorrência dessas medidas no processo criminal e, nomeadamente, pela gravidade da restrição imposta a direitos fundamentais do cidadão, portanto, com grande potencialidade de causar danos.

5.1. Revistas e Buscas

Revistas e buscas são meios de obtenção de prova em processo penal. A revista incide sobre o corpo da pessoa. Por sua vez, a busca é realizada num lugar reservado ou não livremente acessível ao público. Em ambos os casos, há restrição aos direitos fundamentais de privacidade e intimidade.

Em regra, a revista pode ser determinada pelo Ministério Público, mediante despacho, quando houver indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objetos relacionados com um crime ou que possam servir de prova no processo criminal. O magistrado do Ministério Público que subscreve o despacho é o responsável pelos termos da diligência e, por essa razão, sempre que possível, deve presidir a realização do ato (art. 174, CPP). A ausência do magistrado do Ministério Público à diligência, sem justificativa plausível, pode configurar culpa grave. A cautela imposta pela lei se explica exatamente pela necessidade de que a presença do magistrado do Ministério Público venha a inibir eventuais excessos na execução da diligência, uma vez consideradas as múltiplas formalidades de que a lei a cerca. Por sua vez, é ordenada busca quando houver indícios de que tais objetos, o arguido ou outra pessoa que deva ser detida se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público.

Trata-se de uma providência a também exigir a observância de algumas formalidades. Nesse sentido, antes de se proceder à revista, é entregue ao visado, salvo em situações especiais, cópia do despacho que a determinou, no qual se faz menção de que aquele pode indicar, para presenciar a diligência, pessoa da sua confiança e que se apresente sem delonga. Sobremodo, a revista deve respeitar a dignidade pessoal e, na medida do possível, o pudor do visado (art. 175, CPP). No que respeita à busca, antes de sua efetuação, também é entregue, salvo também em situações particulares, a quem tiver a disponibilidade do lugar em que a diligência se realiza, cópia do despacho que a determinou, contendo as mesmas advertências aplicáveis à revista (art. 176, CPP). A busca domiciliária exige cautelas ainda mais específicas (art. 177, CPP). Normalmente, as duas diligências são realizadas em conjunto.

Entretanto, podem ocorrer vícios que maculam não somente a validade da prova obtida através dessas diligências como também geram danos ao particular e, por conseguinte, a responsabilização civil do Estado ou quiçá a do magistrado do Ministério Público, a depender da presença de dolo ou culpa grave. Se presente à diligência, eventuais ocorrências imprevistas devem ser reportadas ao magistrado do Ministério Público, haja vista que os órgãos de polícia criminal agem sob a sua orientação e, portanto, decorrerá de sua decisão a constatação de que tenha havido dolo ou culpa. Lembre-se a execução de revista ou busca com coação ou ofensa à integridade física ou moral do visado, isto é, aquela pessoa que ocupa o lugar e o utiliza para um fim que a autoridade suspeita ser ilícito. As eventuais lesões corporais, danos patrimoniais ou ofensas psíquicas são reparáveis.

5.2. Intercepção de Comunicações Telefônicas

A intercepção de comunicações telefônicas também é um meio de obtenção de prova que atinge diretamente os direitos fundamentais de privacidade e intimidade. O Código de Processo Penal português, por conta de sua modernidade, disciplina a coleta de elementos de prova através de escutas telefônicas (arts. 187 a 190, CPPP), e de igual maneira, com bastante rigor em suas formalidades de execução, sob pena de nulidade (art. 190, CPPP). Por isso, as hipóteses de cabimento estão restritas a situações expressamente previstas em lei, exige-se prévia autorização judicial, em decisão fundamentada e motivada na imperiosa necessidade da medida, e não se prescinde da intervenção do Ministério Público, tanto na iniciativa de requerimento como para acompanhar a execução da diligência, esta, por sua vez, atribuída à polícia judiciária e, finalmente, determina-se a destruição de qualquer material coletado que se revele irrelevante para o processo.

De acordo com a legislação portuguesa, observa-se que estão sujeitos à medida apenas o suspeito ou arguido, a pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido e, ainda, vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efetivo ou presumido. Existe, inclusive, vedação expressa de intercepção da comunicação entre o arguido e seu advogado, salvo se o juiz se convencer de que o teor da conversa é objeto ou elemento de crime (art. 187, n° 4 e 5, CPPP). A intercepção pode ser autorizada pelo prazo de até três meses, renovável por períodos sujeitos aos mesmos limites, desde que permaneçam presentes os requisitos de admissibilidade (art. 187, n° 6, CPPP).

Não é difícil imaginar que, na dinâmica de uma sociedade midiaticizada, escutas telefônicas venham a ser realizadas com graves defeitos de autorização, atinjam terceiros em nada implicados no inquérito, ultrapassem o período permitido por lei ou ganhem as portas da publicidade irrestrita. Em todas essas situações, porque o inquérito é conduzido pelo Ministério Público e a diligência tem sua supervisão, os danos causados ao cidadão trazem a relevo a responsabilidade extracontratual do Estado.

5.3. Prisão Preventiva

Encerramos nossa abordagem sobre a responsabilidade extracontratual do Estado com aquela que, à luz da legislação portuguesa, talvez seja a mais recorrente e, ao mesmo tempo, pungente ação do Estado sobre o indivíduo no âmbito do processo criminal. A CRP estatui que todos têm direito à liberdade e à segurança. Ainda, que ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança, excetuando-se a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, em alguns casos, como, por exemplo, detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos. De qualquer modo, toda a pessoa

privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos. O texto constitucional determina, finalmente, que a privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer (art. 27, CRP).

No Acórdão n.º 90/84, O TCP concluiu que, encontrando-se sob reserva de lei o direito à indemnização aí previsto, deteria o legislador, quanto à conformação do seu exercício, uma larga margem de liberdade, só limitada pela proibição de aniquilamento do conteúdo essencial do direito, limitação essa que apenas deferiria ao Tribunal a possibilidade de controlos de evidência. Como, naquele caso, não seria evidente tal aniquilamento, decidiu-se afinal que essa norma não merecia qualquer censura constitucional.

Nesse sentido, a prisão preventiva encontra as hipóteses de admissibilidade expressamente elencadas em lei (arts. 202 e 203, CPP). Desse modo, quem tiver sofrido prisão preventiva ou até mesmo detenção ou obrigação de permanência na habitação pode requerer, perante o tribunal competente, indemnização dos danos sofridos quando: (a) a privação da liberdade for ilegal; (b) a privação da liberdade se tiver devido a erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de fato de que dependia; ou (c) se comprovar que o arguido não foi o agente do crime ou atuou justificadamente. Todavia, à exceção da primeira hipótese, o dever de indenizar cessa se o arguido tiver concorrido, por dolo ou negligência, para a privação de sua liberdade (art. 225, CPP). O arguido conta com o prazo de um ano, contado a partir do dia em que foi libertado ou o processo criminal respectivo foi decidido em definitivo, para pleitear indemnização (art. 226º, n.º 1, CPP). O prazo é razoável e não foi julgado inconstitucional, nos termos do Acórdão n.º 247/2002, do TCP.

Sobre a privação injustificada da liberdade, no Acórdão n.º 12/2005, o TCP não julgou inconstitucional a norma contida no n.º 2, do art. 225, do CPP, na parte em que faz depender a indemnização por prisão preventiva que, não sendo ilegal, venha a revelar-se injustificada da existência de um erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de fato de que dependia. Este requisito, decerto, pode estreitar as hipóteses de responsabilização, a depender, por óbvio, da jurisprudência a ser construída em torno da matéria.

PINTO DE ALBUQUERQUE (2011:641-3) ressalta que a Lei n.º 48/2007 introduziu, como novo fundamento de indemnização, a comprovação no processo criminal de que o arguido não foi o agente do crime ou atuou justificadamente. Logo, e como já entendeu o TCP no Acórdão n.º 185/2010, o Tribunal cível poderá recusar indemnização sempre que não se tiver comprovado que o arguido não foi agente do crime ou atuou de modo justificado à vista da lei penal, isto é, sempre que o Tribunal tenha absolvido com base no princípio do *in dubio pro reo* ou por força da incidência de causa extintiva da responsabilidade criminal diversa da justificação do ato. O autor defende que esse dispositivo é inconstitucional, por violar o comando do art. 32º, n.º 2, da CRP, sob o argumento de que, em verdade, o TCP não enfrentou a questão do estado presuntivo de inocência e ignorou a vasta jurisprudência europeia sobre o assunto.

Nesse contexto, VEIGA (2004:57) entende que é insuficiente a consagração legal exarada no art. 225º, do Código de Processo Penal, precisamente para os casos

em que à aplicação de tal medida coativa sobrevenha, na sentença final, a absolvição do arguido em face do valor primordial da liberdade que deverá caber salvaguardar num Estado de Direito. Pelo que a única resposta tranquilizadora será a de, nestas situações, não se excluir, de imediato, qualquer hipótese indenizatória, como o faz, até hoje, o legislador ordinário, evitando dessa forma que o Estado, quando com a aplicação da prisão preventiva provoca danos, mesmo que ao abrigo de atuações lícitas, possa lavar daí as suas mãos, deixando o lesado sem reparação.

6. Considerações Finais

Apesar do avanço consistente na saída do período do *king do no wrong*, ainda falta muito para que o Estado possa ser efetivamente responsabilizado por erros cometidos pelo seu sistema de justiça. A exposição de motivos do RRCEE refere a uma opção arrojada, consistente na entronização da responsabilidade do Estado por atos da função jurisdicional em nível infraconstitucional. Não se trata disso, mas não deixa de ser um importante avanço.

O regime em vigor é predominantemente subjetivo, com alguns poucos momentos de objetividade. De regra, o ato no inquérito que ilicitamente causa danos ao cidadão enseja a responsabilidade extracontratual do Estado se houver, pelo menos, culpa leve, também conhecida como erro grosseiro, do magistrado do Ministério Público. Se houver dolo ou culpa grave, o Estado desfruta de direito de regresso contra ele e, portanto, a pessoa do magistrado do Ministério Público pode ser chamada a arcar com as consequências.

Não há interpretação possível do art. 22, da CRP, senão a de que a responsabilidade extracontratual do Estado abrange também a função jurisdicional. Já havia tendência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia nesse sentido. Afinal, a função jurisdicional é atividade do Estado e, como tal, possui potencialidade lesiva, nomeadamente, na alçada da justiça criminal, cujas ações impõem constrangimento à liberdade individual. O RRCEE veio atender essa prescrição constitucional, porém, percebe-se a existência de requisitos normativos que, na prática, podem obstar a responsabilização do Estado.

Ora, a legislação parece recorrer a argumentos como o do respeito à coisa julgada em nome da segurança jurídica e a disponibilidade das vias recursais para reforma de uma decisão injusta e, portanto, potencialmente danosa para justificar maior cautela na responsabilização, mesmo que do Estado, e não apenas dos magistrados judiciais ou do Ministério Público, por atos lesivos praticados no exercício da função jurisdicional.

O texto do art. 13, nº 2, do RRCEE, procura preservar a imagem da magistratura, tanto a judicial quanto a do Ministério Público, e exige a revogação da decisão por um tribunal superior para que se busque a responsabilização do Estado. Além disso, visa salvaguardar o princípio da intangibilidade do caso julgado, sobretudo, no plano material, na medida em que não se promove uma reformulação da decisão, mas

apenas a recomposição dos danos causados pela decisão. Logo, deixa-se de aplicar a regra geral, quanto à função administrativa, segundo a qual quem esteja obrigado a reparar um dano, segundo o disposto na lei, deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação (art. 3º, nº 1, RRCEE). A barreira ainda não sofreu um abalo tão pungente.

No processo criminal, diligências de revistas, buscas e escutas telefônicas ou a decretação de prisão preventiva constituem atos de elevada potencialidade lesiva, todos eles sob a supervisão ou intervenção do Ministério Público, cuja posição institucional na ação penal está atrelada à legalidade democrática. O conjunto de formalidades legais dessas providências, ao mesmo tempo em que busca maior grau de proteção aos direitos individuais, gera maior número de oportunidades de violação desses mesmos direitos e, por conseguinte, de responsabilização do Estado. Mas isso não afasta a necessidade de que seja fomentada uma jurisprudência portuguesa capaz de reforçar ou mesmo ampliar as matrizes já estabelecidas no âmbito da comunidade europeia.

Bibliografia

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol.1, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COSTA E SILVA, Paula. A Ideia de Estado de Direito e a Responsabilidade do Estado por Erro Judiciário: The King Can Do (No) Wrong. *Revista O Direito*, ano 142, vol. I, 2010, p. 39-80.

GASPAR, Jorge. Titularidade da Investigação Criminal e Posição Jurídica do Arguido. *Separata da Revista do Ministério Público*, nº 87/88, Lisboa, 2001.

GOMES, Carla Amado. ABC da (Ir)Responsabilidade dos Juizes no Quadro da Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro. *Scientia Juridica*, Universidade do Minho, Tomo LIX, nº 322, abr-jun/2010, p. 261-277.

_____. A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por Facto Ilícito: Reflexões Avulsas sobre o Novo Regime da Lei nº67/2007, de 31 de Dezembro. *Revista Julgar*, nº 5, mai-ago/2008, p. 73-98.

_____. A Responsabilidade do Estado por Actos Materialmente Administrativos Praticados no âmbito da Função Jurisdicional no Quadro da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro. In: *Textos Dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*. Lisboa: AAFDL, 2010 (2), p.219-232.

FONSECA, Guilherme da. A Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes do Exercício da Função Jurisdicional (em Especial, o Erro Judiciário). *Revista Julgar*, nº5, mai-ago/2008, p.51-57.

MARÇALO, Paula. *Estatuto do Ministério Público Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MESQUITA, Maria José Rangel de. O Novo Regime da Responsabilidade do Estado por Danos Decorrentes do Exercício da Função Jurisdicional. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, II, Lisboa, 2010, p. 415 e ss.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. *Comentário do Código de Processo Penal: À Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

SANTOS, Idalécio Roberto. *Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional*. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2010.

SILVEIRA, Alessandra. A Responsabilidade do Estado-Juiz por Violação do Direito da União Europeia à Luz da Jurisprudência do Tribunal de Justiça. *Scientia Juridica*, Universidade do Minho, Tomo LVII, nº 315, jul-set/2008, p. 427/452.

VEIGA, Catarina. Prisão Preventiva, Absolvição e Responsabilidade do Estado. *Revista do Ministério Público*: Lisboa, nº 97, p.29-59.

A Consensualidade na Atuação do Ministério Público na Promoção da Responsabilização por Atos de Improbidade Administrativa frente à Independência dos Sistemas Punitivos

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis*

Sumário

1. Introdução. 2. Unicidade de Condutas e Multiplicidade de Tipos e de Sanções – Independência e Comunicabilidade entre as Instâncias Penal, Civil e Administrativa. 3. Revisão Crítica da Atuação do Ministério Público. Necessidade de Consenso Funcional à Luz do Princípio da Eficiência. 4. Conclusão. Referências. Bibliografia.

Resumo

O presente trabalho tem como objeto ou finalidade a demonstração da necessidade de uma revisão crítica da atuação do Ministério Público, na promoção da responsabilização por atos de improbidade administrativa, com a proposição de uma ponderação teleológica dos princípios institucionais e o da eficiência que propicie a atuação integrada e consensual entre os órgãos de execução com atribuições distintas, frente à independência dos sistemas punitivos.

A necessidade dessa atuação integrada e uníssona surge da perspectiva de dissonância ou conflito de convicções entre órgãos de execução de atribuições diversas, com prejuízos recíprocos à promoção da responsabilização dos agentes e terceiros indutores, beneficiários dos atos ímprobos, nas independentes instâncias punitivas.

Palavras-chave

Consensualidade. Ministério Público. Responsabilização. Improbidade Administrativa. Independência. Sistemas Punitivos

1. Introdução

Através de uma interpretação teleológica e sistemática de alguns dispositivos constitucionais¹, afere-se que ao Ministério Público, como instituição permanente,

* 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 Citamos, em rol exemplificativo, os seguintes dispositivos da Constituição da República de 1988: artigo

essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, cabe a proteção do patrimônio público² e a respectiva responsabilização dos agentes e terceiros indutores, concorrentes ou beneficiários dos atos de improbidade administrativa, funções que, aliás, foram forjadas expressamente no artigo 129, III, da CR/1988, no artigo 17 da Lei nº 8.429/1992 e no artigo 19 da Lei nº 12.846/2014.

À mesma conduta ilícita, violadora do amplo regime jurídico de proteção ao patrimônio público³, qualificada pela Lei nº 8.429/1992 como ato de improbidade administrativa⁴, podem ser cominadas, simultânea e independentemente, diversas sanções, a depender da seara do direito destacada à análise típica. São distintos e autônomos sistemas de responsabilização: administrativo; cível (*lato sensu* e *stricto sensu*)⁵; penal e político.

Diante desse quadro e, tendo em vista a perspectiva da possibilidade de formação de convicções dissonantes e reciprocamente prejudiciais à responsabilização dos agentes ímprobos, sobre uma mesma conduta ilícita, é que avulta a necessidade de uma revisão crítica da atuação dos órgãos de execução do Ministério Público envolvidos na defesa do patrimônio público, atuantes em diversos sistemas punitivos.

2. Unicidade de Condutas e Multiplicidade de Tipos e de Sanções – Independência e Comunicabilidade entre as Instâncias Penal, Civil e Administrativa

Da prática de condutas violadoras do ordenamento jurídico (atos ilícitos comissivos ou omissivos) por parte de um agente público, com ou sem a participação de terceiros, surge a inexorável necessidade de responsabilização, que pode ser de

¹º, II e III; artigo 3º, I a IV.

² Mesclando-se o conceito semântico aos conteúdos normativos específicos, com o complemento conceitual doutrinário, podemos determinar *patrimônio público* como o conjunto de bens e direitos (sociais e morais), de natureza móvel ou imóvel, corpóreos ou incorpóreos, patrimoniais ou extrapatrimoniais pertencentes aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), através da administração direta, indireta ou fundacional e à coletividade como titular ultimada, cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando não só os administradores, como também os administrados, vinculados a sua proteção e defesa.

³ 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. (WANIS, RODRIGO – *O Patrimônio público como direito fundamental difuso e a intervenção preventiva extrajurisdicional do ministério público contra a corrupção – aspectos teóricos e práticos. Escala de ação progressiva* – Artigo Publicado na Revista do Conselho Nacional do Ministério Público, 5ª ed., 2015).

⁴ Improbidade deriva do latim, *improbitas*, designativo de má qualidade atribuída a algo ou a alguém. Em sentido próprio, *improbus*, que deu origem ao vernáculo improbo, significa mau, de má qualidade. O prefixo negativo *im*, determina a contrariedade à probidade, do latim *probus*, (pro + bho – da raiz bhu, nascer, brotar), determinando, em português, proba, adjetivo que significa o que é bom, íntegro, reto, de boa qualidade. Aliando-se *improbidade*, como qualidade negativa à *administração pública*, temos que *improbidade administrativa* pode ser caracterizada como uma qualificação normativa dada à conduta comissiva ou omissiva que promove o desvirtuamento da administração pública, por meio dos atos que importam em enriquecimento ilícito do agente ou beneficiário, causam prejuízo ao erário e/ou que afrontam os princípios nucleares da ordem jurídica administrativa e que enseja, ao final de processo jurisdicional promovido pela pessoa jurídica lesada e/ou pelo Ministério Público, a aplicação das sanções descritas no artigo 12 da Lei nº 8429/1992, sem prejuízo da responsabilização administrativa, penal e política.

⁵ Responsabilização cível *lato sensu*: sanções judiciais de natureza não penal. Responsabilização cível *stricto sensu*: reparação do dano.

natureza penal, civil e administrativa, promovida pelos legitimados legais perante o órgão ou instituição competente.

Confirmando, em nível infraconstitucional, a expressa previsão de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa cunhada no § 4º do artigo 37 da Constituição da República, a Lei nº 8.429/1992 disciplinou as três espécies ou modalidades de ato ímprobo: aqueles que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causam prejuízo ao erário⁶ (art. 10) e os que violam os princípios da administração pública (art. 11). Cunhados pela referida norma em rol aberto, meramente exemplificativo, todas as condutas possuem um elemento normativo comum: a antijuridicidade.⁷ São comportamentos violadores da ordem jurídica, composta por regras, princípios⁸ e costumes de observância obrigatória, sobretudo em se tratando de controle do patrimônio público.

As sanções aos atos de improbidade administrativa vêm descritas no artigo 12 da mesma Lei de Improbidade Administrativa, as quais, buscando dar maior eficácia à proteção do patrimônio público, serão aplicadas “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”.

Analisando sistematicamente nosso ordenamento jurídico, afere-se a possibilidade de uma só conduta (unicidade da conduta) figurar como ilícito penal, civil e administrativo (multiplicidade típica), propiciando a responsabilização em cada seara do direito (multiplicidade de sanções).

Especificamente quanto aos atos de improbidade administrativa, verificada a antijuridicidade da conduta, constatado o elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa), delineados os efeitos da conduta praticada (especificação do ato de improbidade), identificado o agente e o indutor/concorrente/beneficiário e, por fim, realizado um juízo de proporcionalidade sobre a conduta ilícita⁹, caberá, aos

⁶ A interpretação do vocábulo *erário* não deve se restringir apenas à ideia de conjunto de bens e interesses públicos de natureza econômico-financeira, o que não se admite em termos de proteção aos direitos e garantias fundamentais. A norma reclama interpretação ampliada, teleológica-sistemática, compreendendo a ideia de *patrimônio público*, tendo em vista a natureza fundamental difusa deste conjunto de bens e interesses massificados. Neste sentido, Emerson Garcia (*Improbidade Administrativa*, p. 311).

⁷ A definição da antijuridicidade como epicentro estrutural comum dos atos de improbidade é construção teórica de Emerson Garcia <<http://jus.com.br/artigos/32814/improbidade-administrativa>>. Acesso em: 10/12/2015.

⁸ O reconhecimento da força normativa dos princípios remonta a Bachoff, Forsthoff e Larenz, sendo que, desde o surgimento do Pós-Positivismo, ainda podemos fazer uso do conceito gizado por Crisafuli, em 1952: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”. Enfim, são mandados de otimização de todo um sistema, sobretudo à luz da ordem constitucional, que asseguram direitos fundamentais aos destinatários das normas. Princípios são exigências de otimização, suscetíveis e abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. São, normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos. São ainda postulados que se irradiam por todo o sistema de normas com o fito de propiciar um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação das normas positivadas nesse mesmo sistema.

⁹ Essa operação de análise da conduta e subsunção aos tipos da Lei de Improbidade Administrativa é criação de Emerson Garcia, que descreve esses cinco momentos em um *iter* de individualização dos atos de improbidade administrativa (GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Emerson e Rogério Pacheco Alves. 6ª ed, ver. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 347 a 350).

legitimados ativos, a promoção da responsabilização do agente político que praticou o ato ímprobo e dos terceiros que indutores, concorrentes ou concorra beneficiários, nas diversas instâncias de responsabilização.

Seguindo esta linha de ideias calha mencionar os precisos ensinamentos de Emerson Garcia (GARCIA, p. 589): “No que concerne às sanções passíveis de aplicação ao ímprobo, a independência entre as instâncias se apresenta absoluta, mas é tão somente relativa quanto à possibilidade de interpretação dos efeitos da decisão proferida em uma seara nas demais.” Descrevendo o absolutismo da independência entre as instâncias, o referido mestre preleciona que, uma vez atingido o limite da sanção do ressarcimento do integral do dano, até o *status quo*, em uma determinada instância, não mais será possível um novo ressarcimento. Quanto à sanção de perda da função pública, uma vez transitada em julgado a decisão que a decretou em uma instância punitiva, não mais poderá ser aplicada em outra, por consequência da impossibilidade fática de não se poder perder o que não mais se possui.

Primeiramente, seguindo uma escala decrescente de comunicabilidade entre as referidas instâncias de responsabilização, impende examinar análise dos efeitos da sentença penal, absolutória ou condenatória, na responsabilização civil e administrativa do agente que praticou um ato qualificado como de improbidade administrativa.¹⁰

Levando-se em conta que o artigo 64, parágrafo único, do Código de Processo Penal e 110 do Código de Processo Civil estabelecem mera faculdade¹¹ de suspensão do processo civil, nos casos em que o conhecimento da lide civil depender da verificação da existência de fato delituoso no processo penal, distingue-se que não há óbice ao curso paralelo de processos e procedimentos nas instâncias punitivas penal, cível e administrativa, sem qualquer prejudicialidade recíproca.

Nos casos em que o processo penal se findar antes do civil e do administrativo, com decisão *absolutória* transitada em julgado, fará ela coisa julgada nos dois últimos ramos do direito quando: ter sido o fato praticado em *circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena* (arts. 65 e 386, VI, do CPP); *provada a inexistência do fato* (arts. 66 e 386, I, do CPP); *ficar provado que o réu não concorreu para a infração penal* (arts. 386, IV do CPP e 935 do CC). Nos casos de absolvição transitada em julgado, por *ausência de provas* (art. 386, II, V e VII, do CPP) ou por *não constituir o fato infração*

¹⁰ Registre-se que, sobre a correlação entre a ação civil *ex delicto* e a responsabilidade penal, existem quatro sistemas: o da confusão, pelo qual a mesma ação, perante um mesmo órgão jurisdicional, tem como finalidade a imposição de pena e a reparação civil; o da solidariedade, pelo qual há duas ações diferentes (uma penal e uma civil), num mesmo processo e perante o mesmo juízo, o criminal; o da livre escolha, por meio do qual é facultado ao legitimado ativo cumular as duas ações no juízo criminal (em um mesmo processo) ou separar as demandas (em processos diferentes e em juízos diversos) e, por fim, o sistema da independência, pelo qual a ação civil só pode ser aforada no juízo cível, assim como a ação penal só o pode no juízo criminal, sendo facultado ao juízo civil suspender o processo civil até o julgamento definitivo do criminal. Pela nova redação do artigo 387, IV, do CPP, afere-se que, conforme enunciado por Emerson Garcia (GARCIA, p. 589), o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema da independência, mas com incidências de confusão, porque: o ofendido pode pleitear a reparação do dano na instância cível, paralelamente ao curso do processo penal; o juízo criminal não julga a lide civil, apenas estabelecendo um valor mínimo à reparação do dano e a vítima pode executar o valor fixado na sentença penal, sem prejuízo de liquidação no juízo cível.

¹¹ Há os que entendam em contrário, pela obrigatoriedade de suspensão do processo civil, a exemplo Tourinho, Filho (*Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, v. 1, p. 247).

penal (art. 386, III, do CPP), não há formação da coisa julgada prejudicial para as esferas cível e administrativa, nas quais poder-se-á discutir amplamente os fatos. Registre-se que o mesmo ocorrerá nas hipóteses de arquivamento do inquérito policial (ou outro procedimento investigatório inquisitorial) ou peças de informação, antes mesmo do ajuizamento da respectiva ação penal (art. 67, I, do CPP).

Ocorrendo a *condenação* na esfera criminal, com trânsito em julgado, a consequência no juízo cível é a certeza da obrigação do agente e demais envolvidos a repararem o dano causado, valendo a decisão criminal como título executivo judicial, nos termos dos artigos 91 do CP e 584, II, do CPC, respectivamente.

De outro lado, na instância administrativa, os influxos dessa decisão penal condenatória dependerão da natureza do crime e da quantidade de pena privativa de liberdade aplicada. Nos casos de infração penal não funcional (que não configura ilícito administrativo), a que a lei comine pena privativa de liberdade superior a quatro anos, o agente perderá o cargo, a função ou o mandato eletivo, como efeito da condenação a ser declarado pelo juízo. Nas mesmas infrações, a que a lei comine pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, naturalmente, o agente ímprobo condenado será afastado de suas funções, até o integral cumprimento da reprimenda penal. Em casos de *absolvição*, por crimes não funcionais, a decisão penal transitada em julgado influirá, inevitavelmente, na seara administrativa, posto que a análise dos fatos era de competência exclusiva do Poder Judiciário.

Vale o registro de que os estatutos que regulam a relação funcional dos servidores com a Administração Pública, geralmente, trazem enunciadas em seus textos as consequências de eventual condenação criminal para os agentes. Geralmente, a consequência é a penalidade administrativa mais gravosa: a demissão.

No que pertine à sentença cível proferida contra o agente ímprobo, ela sempre afetará o âmbito administrativo, quando aferidas as mesmas peculiaridades traçadas na análise da sentença criminal. Ora, se, por exemplo, ficar reconhecida pelo Poder Judiciário a inexistência do fato, não caberia, por consequência lógica, a aplicação de qualquer sanção administrativa.

Já a decisão punitiva administrativa, como ato administrativo que é, comporta controle interno (dever-poder de autotutela) e externo (controle judicial) sobre sua legalidade.

Conforme delineado alhures, trilhando o rumo escalonado decrescente de comunicabilidade das instâncias punitivas, denota-se que a decisão na esfera penal produzirá efeitos nas áreas cível e administrativa; bem como que a decisão cível reverberará na seara administrativa.

Lançadas essas ideias de comunicabilidade dos sistemas punitivos e firme na ideia de protagonismo do Ministério Público na promoção da responsabilização civil e criminal dos agentes ímprobos, vislumbra-se a possibilidade de formação de convicções dissonantes e reciprocamente prejudiciais quanto a uma mesma conduta ilícita, por diversos órgãos de execução, com base, sobretudo no princípio constitucional da independência funcional.

Com bases firmes do princípio da eficiência, exsurge a necessidade de uma revisão crítica da atuação do *Parquet* na promoção da responsabilização por atos de improbidade administrativa, com a proposição de uma ponderação teleológica dos princípios institucionais que propicie a atuação integrada e consensual entre os órgãos de execução com atribuições distintas, evitando-se severos prejuízos ao interesse público.

3. Revisão Crítica da Atuação do Ministério Público. Necessidade de Consenso Funcional à Luz do Princípio da Eficiência

A atuação do Ministério Público na promoção da responsabilização por atos de improbidade administrativa deve ser levada a efeito da maneira mais ampla e eficiente possível, tendo em vista que os direitos e interesses tutelados são de ordem fundamental – patrimônio público.

Isso significa que o exercício desse mister institucional necessita abranger todos os sistemas punitivos previstos em nosso ordenamento jurídico, de modo integrado e consensual, afastando-se qualquer hipótese de dissonância que permita que a convicção individual de um órgão de execução (independência funcional) relegue ao segundo plano o interesse público primário da persecução da completa responsabilização, em todos os sistemas punitivos.

Para tanto, os princípios institucionais do Ministério Público, cunhados no artigo 127, § 1º, da CR/1988, devem ser interpretados de forma crítica, ponderada, teleológico-sistemática e juntamente com o princípio da eficiência¹², viabilizando a confluência da atuação na promoção da responsabilidade por atos de improbidade administrativa, nas diferentes searas de atribuição de membros distintos perante os diferentes sistemas punitivos.

Analisando os princípios institucionais do Ministério Público e levando-os à atuação prática das funções institucionais, em especial na promoção da responsabilização por atos de improbidade administrativa, poder-se-á verificar, em alguns casos, certa colidência entre eles, quando da atuação de órgãos de execução com atribuições distintas sobre uma mesma situação fática com repercussão em searas do Direito diferentes.

O princípio da unidade indica que os membros integrantes da instituição estão sob a égide de uma única chefia, sendo o Ministério Público uma só instituição, com divisão hierárquica essencialmente administrativa.

¹² Hely Lopes Meirelles define o 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”. Sobre o tema, completa que “é o mais moderno princípio da função administrativa, que já não contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros”. E arremata: “a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 a eficiência passou a ser um direito com sede constitucional, pois, no título II, Dos Direitos e Garantias fundamentais, inseriu no artigo 5º, o inciso LXXVIII, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 37ª ed., Malheiros Editores, p. 98-99).

O postulado da indivisibilidade, consequência direta da unidade, possibilita a reciprocidade na atuação dos órgãos de execução ministeriais, podendo os membros substituírem-se reciprocamente sem prejuízo do ministério comum, já que os atos são considerados praticados pela instituição e não pela pessoa do Promotor de Justiça ou Procurador de Justiça.

Por fim, o princípio da independência funcional estabelece que os membros ministeriais possuem liberdade para formação de sua convicção jurídica, sem qualquer subordinação intelectual ou ideológica a outrem, podendo atuar conforme os ditames da lei, do seu convencimento pessoal e sua consciência. Não há vinculação, inclusive, a pronunciamentos processuais anteriores, posto que a dependência funcional é apenas administrativa.

O princípio da eficiência é obviamente aplicável ao Ministério Público¹³, que deve exercer suas funções, sobretudo em se tratando de direitos e garantias fundamentais, da maneira mais proveitosa possível, evitando-se o dispêndio ineficaz de esforços e a incongruência entre seus membros.

Alexandre de Moraes informa que o referido postulado:

impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes, a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira que se evitem desperdícios e se garanta uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum (*Direito Constitucional*, 6ª ed. Atlas, 1999, p. 298).

Nesse contexto de aplicação prática dos princípios institucionais na atuação punitiva contra os atos de improbidade administrativa é que surge a perspectiva de aparente antinomia entre os princípios institucionais, por conta da possibilidade de atuação dissonante nas áreas cível e penal.

Por uma interpretação isolada desses postulados normativos, poder-se-ia chegar à ideia distorcida e ineficiente de que a independência funcional sobrepujaria a unidade e a indivisibilidade, no que diz respeito à formação da convicção do órgão de

¹³ A conclusão advém da própria definição institucional insculpida no artigo 127 da CR/1988, à qual se aplica a norma do artigo 37 da mesma Carta.

execução quanto à responsabilização do agente por ato de improbidade administrativa. Uma vez formada a convicção jurídica de um membro do Ministério Público sobre a ocorrência ou não do ato de improbidade e de sua autoria (materialidade e autoria), pouco importaria a opinião de seu par atuante em outra vertente punitiva, sobre o mesmo ato, estando seu convencimento imune a qualquer influxo externo ou proposição de atuação integrada e consensual.

O molde de atuação disparatada, em que exsurtem entendimentos jurídicos distintos sobre o mesmo fato ímprobo, atrai a necessidade de uma análise crítica que propicie uma alteração eficaz e suficiente ao melhor atendimento dos anseios sociais pela responsabilização dos agentes ímprobos e seus beneficiários, em todas as instâncias punitivas. Conforme Antônio Carlos Wolkmer,

o comportamento crítico pressupõe uma inter-relação da sociedade com o seu objeto, em que os indivíduos jamais aceitam como naturais os empecilhos que são colocados na sua atividade. O sujeito não procura se conformar com a situação objetiva que lhe é proposta, questionando, avaliando e trabalhando para que o objeto seja transformado. É essa ausência de premissas e a incessante suspeita que caracteriza o caráter dialético do homem que é regido pelo pensamento crítico.¹⁴

Ora, não cabe aqui apenas criticar as normas e a forma de atuação instituídas meramente na teoria, mas o que se propugna é uma guinada teórico-executiva, para se construir e alicerçar uma tendência que resgata a dimensão eficiente da atuação ministerial, a fim de concretizar as demandas e garantias constitucionais e a dignidade da pessoa humana.

Na prática, a dissonância de atuação, lastreada na supremacia distorcida da independência funcional, pode ocorrer da seguinte maneira exemplificativa, levando-se em conta uma conduta que se subsuma, concomitantemente, a um tipo de improbidade e a um tipo penal: o órgão de execução atuante na curadoria do patrimônio público, presidente do inquérito civil que apura determinado ato de improbidade administrativa, conclui pela inexistência de materialidade ou de autoria, determinando o arquivamento do feito; de outro lado, o membro ministerial com atribuição criminal, atuante na mesma comarca, entende há prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. E vice-versa. Está formada a divergência que, se levada a cabo na promoção da responsabilização do agente, ocasionará severos prejuízos à eficiência da atuação institucional e ao interesse público, conforme as implicações recíprocas delineadas alhures (relativa independência entre as searas de responsabilização).

¹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Alfa-ômega, 2001.

Este tipo de análise e atuação, prevalente no âmbito de cada Ministério Público (Estaduais e Federal), é extremamente contraproducente e prejudicial à excelência da atuação de proteção ao patrimônio público, notadamente na promoção da responsabilização por atos de improbidade administrativa, nos diversos sistemas punitivos.

Não se pode nunca olvidar que estar-se a tratar de direitos fundamentais (patrimônio público, moralidade administrativa, Ministério Público), que reclamam interpretação aberta, eficaz e ampliativa, sendo certo que eventual sobrelevo obtuso da independência funcional em prejuízo da coesa responsabilização dos autores e beneficiários de atos de improbidade administrativa, nas diversas instâncias punitivas, significa, além de retrocesso, em falaciosa legitimação à ineficiência e à impunidade.

A premissa da independência funcional não pode ser extremada ao ponto de comprometer o próprio exercício da atribuição constitucional e institucional de proteção integral ao patrimônio público, que inclui, conseqüentemente, a promoção da responsabilização penal, cível e administrativa.

Por outro viés, não se propõe, em absoluto, a ignorância ao princípio da independência funcional ou seu esvaziamento, mas, ao contrário, uma interpretação teleológico-sistemática deste postulado com os demais princípios institucionais, sob o influxo do vetor de otimização da eficiência, a fim de se evitarem dissonâncias de entendimentos individuais prejudiciais aos interesses coletivos fundamentais.

Obtemperem-se que a liberdade de atuação dirigida pelo princípio da independência funcional não é, definitivamente, absoluta, havendo limites constitucionais e legais. Nesse sentido é que o órgão de execução, na promoção da responsabilização dos autores e beneficiários de atos de improbidade administrativa, deve emoldurar sua atuação pelos mandamentos constitucionais que elevaram o patrimônio público a status de direito fundamental, merecedor da mais ampla e eficiente proteção, afastando-se dissidências reciprocamente prejudiciais entre membros com atuação em diversas instâncias punitivas.

Tratando sobre a solução de antinomia principiológica, Robert Alexy propõe a técnica da ponderação:

No caso das colisões entre princípios, as mesmas devem ser solucionadas a partir de uma cessão de um princípio em relação a outro, em que o princípio cedente possui peso menor do que o princípio precedente. Por esse viés, não se analisa a dimensão de validade dos princípios. Esses são válidos, sendo afastados pelo sopesamento de interesses exigido no caso concreto.¹⁵

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 94.

Por uma interpretação isolada desses postulados normativos, poder-se-ia chegar à ideia distorcida e ineficiente de que a independência funcional sobrepujaria a unidade e a indivisibilidade, no que diz respeito à formação da convicção do órgão de execução quanto à responsabilização do agente por ato de improbidade administrativa. Uma vez formada a convicção jurídica de um membro do Ministério Público sobre a ocorrência ou não do ato de improbidade e de sua autoria, pouco importaria a opinião de seu par, atuante em outra vertente punitiva, sobre o mesmo ato, estando seu convencimento imune a qualquer influxo externo ou proposição de atuação integrada e consensual.

Daí que exsurge a necessidade de uma ponderação crítica entre os princípios institucionais do Ministério Público, levando-se em conta os seguintes questionamentos: qual postulado atende melhor à realidade atual social e institucional? Qual deles corresponde mais ampla e eficientemente às demandas sociais pela responsabilização aos ímprobos? Qual deles melhor assegura e reafirma os interesses que o Ministério Público deve defender? Qual dá mais efetividade aos direitos e garantias fundamentais prescritos na CR/1988? Esses juízos valorativos, que deverão ser formulados no campo da intensidade dos princípios institucionais (e não sobre a validade), é que direcionarão, com um toque de proporcionalidade, ao arrefecimento da independência funcional, em nome da unidade e da eficiência na proteção do patrimônio público.

No âmbito de cada Ministério Público surgem diversos planos de atuação integrada e até mesmo planejamentos estratégicos¹⁶ visando à implementação do combate à improbidade administrativa, com a expedição de atos normativos internos dispendo sobre o direcionamento do exercício das atribuições dos órgãos de execução. Essas diretrizes, às vezes, sugerem, sem cunho potestativo-vinculante, uma atuação integrada dos órgãos de execução, interna e externamente (Tribunais de Contas, Controladorias, Receitas Federal e Estadual, etc.)

Seria altamente prejudicial e contraproducente a completa desconsideração desses vetores internos de atuação, sob o pálio de uma pretensa intangibilidade absoluta do princípio da independência funcional.

No mesmo sentido, discorrendo sobre o tema da independência funcional e ponderação de princípios e propugnando a possibilidade de temperamento desse postulado com os planos internos de atuação, temos os dizeres de Walter Paulo Sabela:

Dessas reflexões deflui, inelutável, a constatação de que a independência funcional, não obstante a relevância de que se reveste na arquitetura orgânica da Instituição do Ministério Público, e contrariamente ao que possam preconizar alguns, não se põe na seara da intangibilidade absoluta. Sob a égide de uma Constituição

¹⁶ Citamos o bienal Plano Geral de Atuação Finalístico – 2013/2014, no âmbito do Ministério Público de Minas Gerais, que traz disposições específicas de atuação na área da proteção ao patrimônio público. Disponível em: <file:///C:/Users/Rodrigo/Downloads/PGA-Finalistico-2014-2015.pdf>. Acesso em: 10/12/2015.

compromissiva, ricamente principiológica, com hierarquização explícita ou implícita de princípios, a independência funcional também se expõe ao inevitável cotejo de peso com outros princípios, como é próprio do método aplicativo da ponderação, e como se faz inevitável num cenário social diuturnamente marcado pelos reclamos emergenciais de massas em conflito, às quais se impõe assegurar a efetividade dos direitos proclamados na Constituição.¹⁷

Com lucidez e tecnicidade Emerson Garcia assim leciona sobre a possibilidade de temperamento do princípio da independência funcional pelo princípio da unidade:

No Brasil, a evolução da Instituição terminou por cunhar um modelo híbrido, no qual, apesar de consagrado o princípio da unidade, resguardou-se a independência funcional dos membros do Ministério Público (CR/1988, art. 127, § 1º). A única forma de compatibilizar tais princípios é entender que a unidade indica a existência de uma Instituição incindível, sujeita a uma única chefia, enquanto a independência funcional afasta qualquer possibilidade de ingerência na atividade desenvolvida pelos membros do Ministério Público, apesar de estarem todos eles administrativamente subordinados ao Procurador-Geral. Nessa linha, o princípio da hierarquia foi cindido em duas vertentes: uma prestigiada pelo princípio da unidade e outra renegada pelo princípio da independência funcional. Como consequência, conclui-se que, quanto maior for a independência funcional dos membros do Ministério Público, menor será a unidade da Instituição, já que contra legem qualquer ato que busque uma uniformização de atuação – ressaltadas as recomendações destituídas de imperatividade ou, mesmo, o planejamento estratégico da atuação funcional. Especificamente em relação a este último, ao membro do Ministério Público pode ser imposto o dever de atuar nas áreas definidas pela Chefia Institucional. Apesar de a definição de atribuições, realizada em harmonia com a lei, delinear as situações em que o membro do Ministério Público exercerá suas funções, ela não pode chegar ao extremo de estabelecer os posicionamentos a serem assumidos no seu exercício, seara em que prevalece a independência funcional.¹⁸

¹⁷ SABELLA, Walter Paulo. *Independência funcional e ponderação de princípios*. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/505-independencia-funcional-e-ponderacao-de-principios.html>>. Acesso em: 10/12/2015.

¹⁸ GARCIA, Emerson. *A unidade do Ministério Público: essência, limites e relevância pragmática*. Publicado em: out. 2014. Acesso em: 10/12/2015.

A consensualidade para a solução desta dicotomia de atuação entre membros ministeriais com atribuições distintas, no que concerne à análise jurídica da responsabilização civil e criminal sobre um mesmo ato de improbidade administrativa, pode ser alcançada de duas formas: a atuação integrada e consonante dos diversos órgãos de execução; ou a alteração das normas internas que dispõem sobre as atribuições dos órgãos administrativos. Ambas as soluções pressupõem a interpretação teleológico-sistemática dos princípios institucionais ministeriais, sob o influxo do princípio da eficiência e da concepção do patrimônio público como direito fundamental.

A formação de convicções jurídicas uníssonas, por diversos membros do Ministério Público, com atribuições distintas para agir sobre um mesmo fato, é tarefa assaz tormentosa, posto que são colocadas em jogo, não somente as convicções pessoais distintas, advindas de diversas formações humanísticas, mas, principalmente, a concepção falaciosa de que a independência funcional é absolutamente imune a qualquer influxo externo.

Considerando a dificuldade de uma integração capaz de convergir os entendimentos para uma só linha de atuação, sobre um mesmo fato, por diferentes órgãos de execução, elucubra-se como mais eficaz a alteração das normas internas que dispõem sobre as atribuições dos órgãos administrativos ministeriais, com vistas à concentração das atribuições cíveis e criminais em um só órgão de execução ou de administração, a exemplo das deliberações que constam da Carta do III Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público de São Paulo, que contou com a participação de membros de dezoito estados brasileiros:

I – incentivar a criação de órgão de execução especializado, com atribuições cíveis e criminais, para investigação e ajuizamento das respectivas ações judiciais de responsabilização, seja por meio de promotorias de justiças estaduais, regionais ou locais, visando conciliar os princípios da unidade institucional, independência funcional e eficiência no exercício das funções institucionais do Ministério Público para a tutela do patrimônio público e social e do combate à corrupção;

II – estimular a atuação integrada, interna e externamente, bem como a adoção dos instrumentos estabelecidos pelo microsistema de combate à corrupção, formado, dentre outras, pelas Leis nºs 12.846/2013, 12.850/2013 e 8.429/1992; (...)

Registre-se, por oportuno, que o princípio constitucional do promotor de justiça natural não impede a exclusão, inclusão ou modificação das atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público, levadas a efeito pelo Colégio de Procuradores de Justiça, conforme artigos 21 e 23 da Lei nº 8.625/1993.

Estes expedientes visam, à luz do princípio da eficiência, a promover a solução para as constantes discrepâncias ocorridas entre promotores e procuradores de justiça a respeito de um mesmo fato ou ato de improbidade administrativa, com implicação cível e penal, que vem tolhendo a eficiência na proteção do patrimônio público e ocasionando severos prejuízos ao interesse público.

4. Conclusão

A responsabilização do agente ou beneficiário da prática de atos de improbidade administrativa deve ser promovida pelo Ministério Público da forma mais ampla e eficaz possível.

Neste mister funcional pode ocorrer a dissonância ou conflito de convicções entre órgãos de execução de atribuições diversas, com prejuízos recíprocos à promoção da responsabilização dos agentes e terceiros indutores, beneficiários dos atos ímprobos, nas independentes instâncias punitivas.

Por todo o exposto, conclui-se pela necessidade de uma revisão crítica da atuação do Ministério Público, com a proposição de uma ponderação teleológico-sistemática dos princípios institucionais, à luz do princípio da eficiência, que viabilize a consensualidade na atuação do ministério público na promoção da responsabilização por atos de improbidade administrativa frente à independência dos sistemas punitivos.

Finalmente, apresentada a dificuldade de integração, dependente da deliberação de cada membro executor, capaz de convergir os entendimentos para uma só linha de atuação sobre um mesmo fato, visualiza-se como mais eficaz a alteração das normas internas que dispõem sobre as atribuições dos órgãos administrativos ministeriais, com vistas à concentração das atribuições cíveis e criminais em um só órgão de execução ou de administração.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 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.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Il futuro delle democrazia*. Torino: Einaudi, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. *Constituição da República de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia – teoria e práxis*. São Paulo: LED, 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e Jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

SILVA, Bartolomeu Leite da. Habermas e A Dialética do Esclarecimento. *En Contribuciones a las Ciencias Sociales, diciembre 2011*. Disponível em: <www.eumed.net/rev/cccss/16/>. Acesso em: 10 out. 2014.

SILVA, Wanderley Batista. *Procurador de Justiça Ouvidor-Geral do Ministério Público do Paraná*. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=3>>. Acesso em: 25 out. 2014.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales [Theorie der Grundrechte]*. Tradução de Ernesto Garzon Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

_____. 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.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3ª ed., atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Estado, Governo, Sociedade – para uma teoria geral da política*. 4ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª ed. Brasília: Unb, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Cadernos Democráticos, 1999.

_____. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.) *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

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.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Adílson de Abreu. A Responsabilidade do Agente Político. In: *Boletim de Direito Administrativo*, fev. 2001.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue, The Theory ad Practice of Equality*. 4ª tiragem, London: Harvard university Press, 2002.

FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de Mérito no Direito Administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 23/1.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

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; FIGUEIREDO, Lúca Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ, Sérgio. O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. *In: Revista de Direito Administrativo* nº 188/64.

GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. Emerson e Rogério Pacheco Alves. 6ª ed, ver., 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.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luíz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Improbidade administrativa. *In: Revista dos Tribunais* nº 787/791, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Improbidade administrativa: Alguns Aspectos Controvertidos. *In: Revista de Direito Administrativo* nº 235/61, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. As Sanções da Lei nº 8.492/1992 aos Atos de Improbidade Administrativa. *In: Revista dos Tribunais* nº 766/88.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromi. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 1ª ed. 2ª triagem, revista e atualizada. Ed. Juarez de Oliveira, 2006.

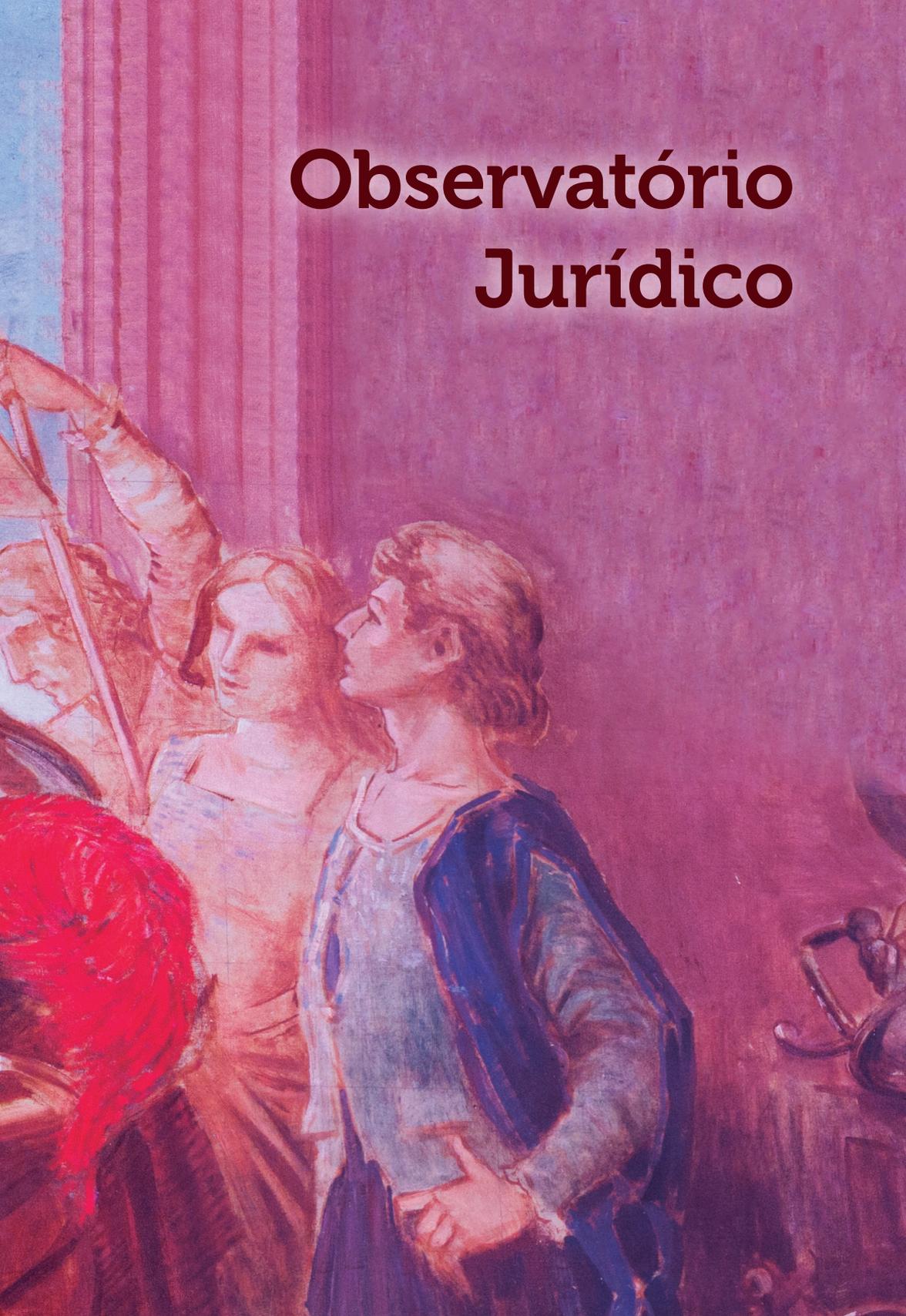
WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Alfa-ômega, 2001.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e a efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



Crise politique au Brésil : la chute du PT marque le triomphe de la démocratie¹

Par Adolfo Borges Filho Procureur de justice*

Édité par Julia Mourri

Au cours du second mandat présidentiel de Dilma Rousseff, l'enquête, dite du "Lava jato" ("nettoyage express") menée par la Cour fédérale dans l'État du Paraná, a pris une ampleur fulgurante. Celle-ci a fait éclater au grand jour le scandale de détournement d'argent de la plus grosse société brésilienne, Petrobras, et, de fait, la corruption de grandes entreprises liées au géant pétrolier. Restait à savoir si des représentants politiques étaient impliqués dans l'affaire.

Il s'agit là du plus gros scandale de corruption de l'histoire du Brésil. Mais c'est également cette enquête qui a changé en profondeur l'équilibre démocratique de tout notre pays.

Le retour sur l'affaire

Si Dilma justifiait jusqu'alors le ralentissement économique du pays par des "facteurs internationaux externes", il a été révélé que des sommes considérables avaient été détournées de Petrobras, creusant un trou énorme dans les comptes publics de la nation brésilienne.

Ironie du sort, la loi d'août 2013 contre la criminalité organisée a introduit la "délation récompensée", un mécanisme qui fait bénéficier d'une réduction de peine les acteurs qui dénoncent les responsables des malversations auxquelles ils ont eux-même pris part.

Grâce à cette nouvelle mesure, la justice a pu collaborer avec les suspects impliqués dans l'affaire, ce qui a considérablement facilité le cours de l'enquête. Un groupe de travail a été formé à la Cour fédérale du Paraná, composé de procureurs du Bureau du Procureur et de la Police fédérale, sous la juridiction du juge Sérgio Moro, pour enquêter, étape par étapes, sur les opérations frauduleuses de l'affaire Petrobras.

Après deux ans d'investigation, l'opération "Lava jato" a permis de mettre la main sur 100 criminels, condamnés essentiellement grâce à la délation. Une partie de l'argent blanchi a également été récupérée. L'enquête a révélé un schéma de corruption impliquant des politiciens du Parti des travailleurs (PT), mais aussi d'autres partis.

¹ Publicado originalmente em L'OBS - Le Plus em 21/03/2016, modificado em 22/03/2016. Versão em francês de Julia Mourri.

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Le tournant : Lula, un homme ordinaire

Les soupçons ont fini par se porter sur l'ex-président Lula et ses proches. Il a été accusé d'avoir reçu des financements de grandes entreprises du bâtiment comme OEA et Odebrecht, elles-mêmes soupçonnées de corruption dans le scandale Petrobras. Cet argent lui aurait permis de financer la construction d'une maison dans la ville touristique Atibaia et un appartement triplex dans station balnéaire de Guarujá, dans l'État de São Paulo.

Il y a quelques jours, l'ancien président Lula – qui affirme ne pas être le propriétaire de ces biens immobiliers – a été conduit de force pour comparaître devant la Police fédérale.

Surprise générale : comme n'importe quel autre citoyen ordinaire, l'ancien président pouvait être poursuivi et jugé en première instance par le juge Sérgio Moro, dans le Paraná. Le mécontentement contre le Parti des travailleurs a grimpé en flèche, aggravant la crise politique dont souffre le pays.

Le PT décrédibilisé par la justice

La nomination soudaine, par Dilma Rousseff, de Lula comme chef de cabinet du gouvernement, a amplifié ce mécontentement. À juste titre : en tant que ministre, Lula bénéficiait ainsi d'un statut protégé et échappait à la menace d'un placement en détention par le juge Moro. Mais, nous l'avons vu, le tribunal suprême a suspendu la nomination de Lula comme ministre.

Les dernières grandes manifestations populaires, notamment celle du dimanche 13 mars, ont ainsi montré le prestige dont les procureurs fédéraux, la Police fédérale et le juge Sérgio Moro bénéficient aujourd'hui à travers le pays.

Le travail acharné des équipes de l'opération "Lava jato" a affaibli un gouvernement déjà très fragile et, surtout, le Parti des travailleurs.

La justice prend le pouvoir

La justice se présente aujourd'hui comme un véritable "pouvoir modérateur et moralisateur" au Brésil.

Tant et si bien qu'il a été donné au Tribunal suprême le soin de réexaminer la procédure "d'impeachment" présenté par la Chambre des représentants à l'encontre de Dilma, accusée d'avoir maquillé les comptes publics en 2014 et 2015 dans le but de minimiser l'ampleur de la crise économique. Et, si c'est au Sénat qu'il reviendra de la juger, c'est le Tribunal suprême qui rendra ce jugement s'il s'avère, au cours du procès, que la Présidente a également commis une infraction pénale.

C'est également le TSF qui a suspendu Lula de ses fonctions de chef de cabinet, contraignant aussitôt le gouvernement à faire un recours.

La chute du PT

Espérons que toute cette affaire soit résolue rapidement, pour que le Brésil puisse tourner la page et reprendre son développement économique.

On a vu, notamment à travers les manifestations récentes, que la population brésilienne dans sa grande majorité a rejeté le populisme de ce gouvernement unipartite.

Le Parti des travailleurs se retrouve considérablement affaibli. Dans le contexte politique et économique actuel, il apparaît impossible que l'un des membres du PT puisse succéder à Dilma. Les "pétistes" préféreront davantage se tourner vers un parti d'opposition.

La démocratie demeure intacte

Les élections municipales qui auront lieu cette année dans tout le pays seront un bon indicateur de satisfaction du PT, en termes d'acceptation populaire. Nul doute que le parti va essuyer sa plus grosse défaite électorale et perdre les capitales des plus gros États.

Nous allons aussi, je pense, assister à la sortie des parlementaires du PT, qui vont se tourner vers les Verts, le Parti humaniste de la solidarité, ou le "Rede" (Réseau pour le développement durable), dirigé par Marina da Silva, qui s'est positionné en alternative des anciens "pétistes".

Heureusement, nous avons des institutions fortes : le pouvoir judiciaire, le parquet, la Police fédérale et même le Congrès national, qui ont déjà fait la preuve de leur indépendance, en initiant la procédure de destitution de la présidente. Le régime démocratique brésilien, loin d'être attaqué, demeure intacte.

Propos traduits du portugais par Julia Mourri

Concussão e Tortura Mental¹

Ives Gandra da Silva Martins *

Desde que se iniciou a Operação Lava Jato, tenho, em artigos e conferências, elogiado o papel da Polícia Federal, do Ministério Público e principalmente do juiz Sérgio Moro que, corajosamente e com rapidez e firmeza, tem conduzido os principais processos referentes aos envolvidos, embora muito mais do setor privado do que do público, que foram os maiores beneficiados do assalto às burras estatais.

Não o conheço, pessoalmente, tendo apenas referências de que tenha auxiliado, como assessor, no início de sua atuação, no Supremo Tribunal Federal, a Ministra Rosa Weber, por quem nutro particular apreço intelectual e literário. A admiração e as convergências no plano das ideias jurídicas, embora sejam imensas, comportam, todavia, alguns contrapontos com ares de divergência. São poucas, mas relevantes.

A primeira delas é que estou convencido de que toda a operação Lava Jato representa fantástico delito de concussão, em que agentes do governo exigiam de empresas que atuavam no setor público federal que entrassem no “jogo das propinas”, sob pena de estarem simplesmente excluídas de atuação junto ao governo.

Ora, empresas com milhares de empregados simplesmente não tinham outra opção, senão participar do “clube”, pois, caso contrário, teriam que parar ou reduzir drasticamente suas atividades, com dispensa de milhares de trabalhadores. Na concussão – ao contrário da corrupção, em que são os empresários que subornam – são os agentes públicos que impõem condições, as quais, se não forem aceitas, impedem as empresas de participar ou é eliminada a sua participação, nas licitações denominadas públicas.

A segunda divergência diz respeito às prisões preventivas mantidas com o propósito de obter delações premiadas, mesmo que os fundamentos reais (fuga, destruição de provas, risco maior) estejam afastados. A meu ver, nesta hipótese, ferem o artigo 5º, inciso III, da Lei Suprema, assim redigido: “III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Ora, a manutenção de cidadãos na prisão, para debilitar sua resistência mental e acenar com os benefícios de uma delação premiada, parece-me ferir a disposição do inciso III do artigo 5º. Sinto-me à vontade para falar sobre tortura mental, porque participei, no Brasil, da Anistia Internacional, enquanto ela teve filial no país. A Anistia foi fundada em 1961, na Inglaterra, com objetivo estatutário de ser dissolvida, quando não houvesse tortura no mundo.

¹ Artigo publicado no jornal Correio Brasiliense, seção Opinião, em 30/01/2016, (p. 11).

* Ives Gandra da Silva Martins é advogado e professor emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra.

Eu mesmo sofri tortura mental, nos anos de chumbo de 1969 a 1971, quando foi pedido pelo Ministro Delfim Netto ao Ministro Gama e Silva (Fazenda e Justiça) o confisco de meus bens e a abertura de um IPM (Inquérito Policial Militar) contra mim. Embora arquivados pelo Ministro Gama e Silva os dois pedidos, durante alguns anos sofri o reflexo de ter meu nome sido veiculado pela imprensa.

O certo é que a ampla divulgação que se tem dado das prisões, através da mídia, constitui verdadeira tortura mental aos encarcerados, sendo, às vezes, a delação premiada obtida, exclusivamente, por quebra de sua resistência mental.

Entendo, pois, o manifesto de ilustres juristas que têm se oposto a tais métodos, pois atingindo o amplo direito de defesa assegurado pela Lei Suprema nos incisos XLIV (devido processo legal), LVC (ampla defesa) e LVII (presunção de inocência) do artigo 5º da CF.

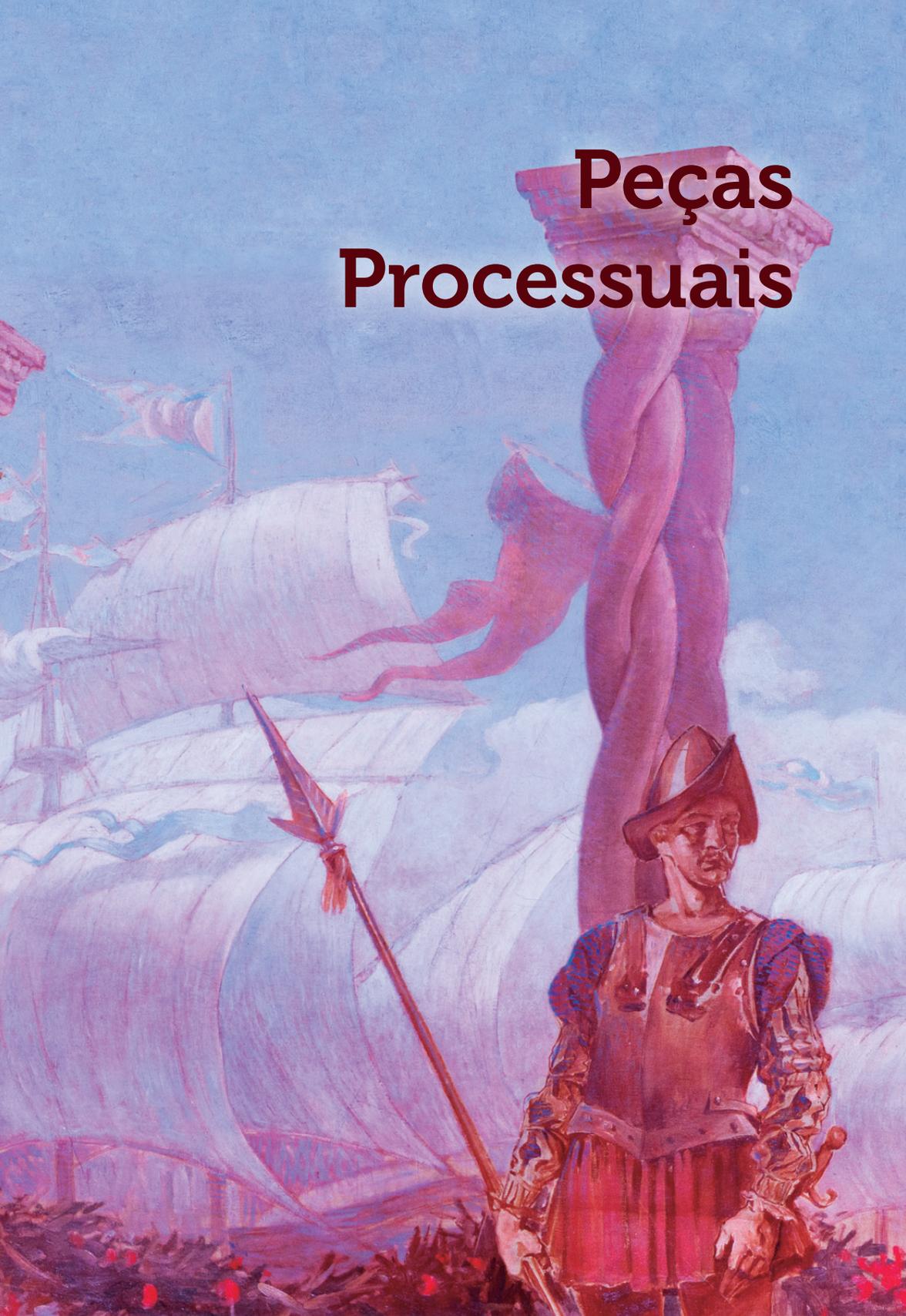
Acresce-se que o direito à privacidade dos cidadãos encarcerados (incisos X, XI e XII, do mesmo artigo) pode estar sendo cerceado, na Operação Lava Jato, segundo a Carta Aberta de eminentes juristas. Por fim, lembro que os maiores beneficiários das propinas foram os agentes públicos. As empresas prestaram o serviço que beneficiou a Nação, o qual, todavia, teve um “sobrepço” exclusivamente destinado àqueles representantes do Governo Federal, nas administrações dos presidentes Lula e Dilma, que o recebiam para benefício próprio ou para financiar os partidos dos detentores do poder.

O prejuízo nacional reside, essencialmente, não na qualidade de serviço prestado, mas no preço superior exigido pelos governantes. São relevantes, portanto, meus dois pontos de divergência, que em nada comprometem a admiração, que, reconheço, tem crescido, pela atuação do magistrado paranaense, da Polícia Federal e do Ministério Público, permitindo ao Brasil conhecer a podridão imposta por agentes públicos à administração do país. Estou convencido de que, após a Operação Lava Jato, haverá novos horizontes para a moralidade na administração pública, em Brasília e em o todo país.



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



Pareceres



Parecer ministerial em processo judicial. Mandado de Segurança. Pretensão de que, com base no princípio da igualdade, seja estendido aos Impetrantes a sistemática do Decreto nº 42.599/2010, no qual o Estado, sponte propria, decidiu reparar os danos causados aos familiares de pessoa vitimada durante operação policial.

Emerson Garcia*

Órgão Especial do Tribunal de Justiça

Processo nº 0046731-06.2010.8.19.0000

Mandado de Segurança

Relator: Des. Luiz Leite Araújo

Impetrante 1: Lissa de Oliveira.

Impetrante 2: Rubens de Oliveira Sobrinho.

Autoridade Impetrada: Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Mandado de Segurança. Impetrantes cuja genitora foi vitimada por disparos de arma de fogo durante operação policial. Pendência do precatório expedido em razão da condenação do Estado ao pagamento dos danos morais e materiais causados. Pretensão de que, com base no princípio da igualdade, seja estendido aos Impetrantes a sistemática do Decreto nº 42.599/2010, no qual o Estado, sponte propria, decidiu reparar os danos causados aos familiares de pessoa também vitimada durante operação policial. Ausência de processo judicial, nesse último caso, que evidencia a distinção entre as situações. Ressalvadas as dívidas de pequeno valor, o precatório é o meio hábil à execução das dívidas do Estado. O reconhecimento extrajudicial da obrigação de reparar os danos causados pelos agentes públicos sujeita-se ao juízo valorativo do

* Pós-Doutorando, 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).

Chefe do Executivo, que é direcionado pelas especificidades de cada caso concreto. Parecer pela improcedência do pedido.

E. Órgão Especial

I

1. Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado por Lissa de Oliveira e Rubens de Oliveira Sobrinho, assistidos por sua tutora, Nivalda da Conceição Oliveira, em face do Governador do Estado do Rio de Janeiro, almejando seja aplicada aos Impetrantes a sistemática estabelecida no Decreto nº 42.599/2010, com a consequente determinação de pagamento da indenização por danos morais e materiais a que fazem jus, conforme condenação judicial transitada em julgada e objeto do Precatório nº 2004.00920-3.

2. Sustentam os Impetrantes, em apertada síntese, que: (a) o Decreto nº 42.599/2010 determinou o pagamento de verba reparatória aos genitores de Wesley Guilber Rodrigues, vítima fatal de disparo de arma de fogo durante operação militar realizada no dia 16 de julho de 2010; (b) os Impetrantes, por sua vez, que sofreram danos morais e materiais em virtude de evento similar, consistente na morte de sua genitora em consequência “de bala perdida oriunda de perseguição policial”, tentam receber a indenização há mais de 15 anos; sendo (c) flagrante a violação ao princípio da igualdade.

3. A petição inicial foi instruída com os documentos de fls. 13-43.

4. A medida liminar foi indeferida às fls. 54-55.

5. O Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro apresentou as informações de fls. 63-69. Aduz, em síntese, que os Impetrantes possuem um título executivo judicial, cujo pagamento, por imposição constitucional, deve ser realizado por meio de precatório, enquanto que o Decreto nº 42.599/2010 descreve situação em que inexistia ação judicial, o que tornava possível a transação entre o Estado e os interessados. Além de inexistir qualquer violação ao princípio da igualdade, não se pode atribuir qualquer omissão à Autoridade Impetrada, pois inexistente lei que lhe imponha o dever jurídico de praticar o ato pretendido pelos Impetrantes.

6. O Estado do Rio de Janeiro ofertou a peça impugnativa de fls. 71-75, tendo corroborado os argumentos da Autoridade Impetrada.

II

7. A pretensão dos Impetrantes, em sua expressão mais simples, parte da premissa de que se encontram em situação fático-jurídica idêntica aos beneficiários do Decreto nº 42.599/2010 e, em consequência, partindo do referencial de igualdade, tiveram violado o direito de receber o mesmo tratamento por parte da Autoridade Impetrada.

8. Como é intuitivo, a existência de referenciais de análise que possuam a mesma essência é requisito indispensável a qualquer argumentação direcionada à demonstração da presença de uma igualdade de direitos e deveres. A partir daí, parte-se para uma aferição comparativa, permitindo seja identificado em que medida as semelhanças se manifestam e quais os bônus ou ônus delas decorrentes. Para tanto, é necessário isolar as características relevantes, decisivas e umbilicalmente conectadas a uma dada consequência jurídica, o que pressupõe a correta identificação dos objetivos da norma, e proceder à comparação: o equívoco na individualização dessas características ou a incorreta associação entre característica e consequência jurídica, conferindo demasiada importância a um aspecto destituído de toda e qualquer importância, certamente conduzirão a uma manifesta injustiça. Identificada a não uniformidade das características relevantes, será evidente a correção do tratamento diferenciado.

9. *In casu*, observa-se que a individualização das características juridicamente relevantes, por parte dos Impetrantes, alcançou resultados tão somente parciais. É inegável que tanto os Impetrantes, como os beneficiários do Decreto nº 42.599/2010, passaram, contra a sua vontade, pela fatídica experiência de verem o seu núcleo familiar destruído em razão da morte de um familiar, o que ocorreu de modo diretamente relacionado à realização de disparos de arma de fogo durante uma operação policial. Essa característica assume, de fato, indiscutível relevância. No entanto, não é a única a ser considerada.

10. Se a similitude entre as situações fáticas é inegável, o mesmo não pode ser dito em relação à sua qualificação jurídica. Explica-se: enquanto os Impetrantes viram assegurado o seu direito pela via judicial, ocasião em que precisaram demonstrar a existência e a extensão do dano, de indiscutível relevância na fixação do valor da reparação, os beneficiários do Decreto nº 42.599/2010 tiveram o seu direito reconhecido na esfera extrajudicial, com a expressa anuência do Estado do Rio de Janeiro, que não se encontrava (judicialmente) compelido a tanto.

11. A distinta qualificação jurídica das referidas situações evidencia a impossibilidade de ambas darem origem a idênticas consequências jurídicas. E isso por uma razão muito simples: o direito dos Impetrantes decorre de sentença judicial transitada em julgado, sendo que o respectivo pagamento somente pode ser efetivado por meio de precatório.

12. De acordo com a atual redação do art. 100, *caput*, da Constituição da República,

[o]s pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, *em virtude de sentença judiciária*, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

O § 1º, por sua vez, acresce que:

[o]s débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de *sentença judicial transitada em julgado*, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

Como se percebe, não há meio outro de se pagar os débitos oriundos de sentença judicial transitada em julgado que não o precatório, ressalvadas, obviamente, as dívidas de pequeno valor.

13. Além de as situações não serem idênticas, o que justifica a existência de consequências jurídicas diferenciadas, observa-se que o Judiciário, à míngua de lei específica e sem previsão orçamentária, não poderia compelir o Governador do Estado a estender a despesa pública sob alegação de violação à isonomia. O reconhecimento espontâneo do dever de reparar o dano causado, quando muito, pode ser visto como um dever moral, não como um dever jurídico. É influenciado, além disso, (a) pelas características intrínsecas do evento danoso, sendo nitidamente insuficiente o argumento de que ambas as mortes resultaram de disparos de arma de fogo e decorreram de operações policiais, e (b) pelo valor da reparação pretendido pelos interessados.

14. Não há, tal qual exigido pelo art. 1º da Lei nº 12.016/2009, direito líquido e certo à extensão, aos Impetrantes, da sistemática adotada no Decreto nº 42.599/2010.

III

15. O parecer é no sentido de que seja julgado improcedente o pedido, denegando-se a segurança postulada.

Rio de Janeiro, 23 de março de 2011.

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 ministerial em processo judicial. Representação por Inconstitucionalidade do § 9º do artigo 22-A da Lei nº 4.191/2003, incluído pela Lei nº. 6.805/2014, ambas do Estado do Rio de Janeiro. Competência concorrente do Estado para legislar sobre consumidor e meio ambiente.

Joana Fernandes Machado*

Órgão Especial do Tribunal de Justiça

PROCESSO nº 0026000-13.2015.8.19.0000

Representação por Inconstitucionalidade

Relatora: Des. MARILIA DE CASTRO NEVES VIEIRA

Representante: Federação de comércio de bens, serviços e turismo do Estado do Rio de Janeiro – FECOMÉRCIO – RJ

Representados: Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Direito Constitucional. Representação por Inconstitucionalidade, tendo por objeto o § 9º, do artigo 22-A, da Lei nº 4.191, de 30 de setembro de 2003, incluído pela Lei nº 6.805, de 18 de junho de 2014, ambas do Estado do Rio de Janeiro, que inclui a modalidade de desconto para o consumidor que, no ato da compra, entregue seu produto, como baterias de celulares, pilhas, lâmpadas fluorescentes, pneus usados, etc. Preliminares de impossibilidade jurídica do pedido, inépcia da inicial e incompetência do TJ/RJ ultrapassadas. Competência concorrente do Estado para legislar sobre consumidor e meio ambiente. Ausência de violação à livre iniciativa. Medida razoável de proteção ao meio ambiente que limita o livre exercício do poder econômico. Improcedência do pedido.

Egrégio Órgão Especial,

* Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

I RELATÓRIO

Trata-se de Representação por Inconstitucionalidade, com pedido liminar, em que pretende a FECOMÉRCIO a declaração de inconstitucionalidade do § 9º, do artigo 22-A, da Lei nº 4.191, de 30 de setembro de 2003, incluído pela Lei nº 6.805, de 18 de junho de 2014, do Estado do Rio de Janeiro, que inclui a modalidade de desconto para o consumidor que, no ato da compra, entregue seu produto, como baterias de celulares, pilhas, lâmpadas fluorescentes, pneus usados, etc., por ofensa aos artigos 72, 214 e 215 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro.

Com a exordial, vieram os documentos do anexo I, às fls.01/58.

Informações da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, às fls. 30/45. Preliminarmente, argumenta que os artigos, os quais, em tese, teriam sido contrariados da Constituição Estadual, são de repetição obrigatória e, portanto, não caberia o controle concentrado em âmbito estadual, alegando, ainda, que o STF seria o órgão julgador competente para examinar o caso. Alega, também, a inépcia da petição inicial. No mérito, argumenta ausência de vício de incompetência, vez que a matéria tratada na norma seria de competência concorrente dos entes federativos. Por fim, sustenta a constitucionalidade material da norma, afirmando que a lei em tela apenas observou os ditames da Constituição da República, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e das Políticas Nacional e Estadual de Resíduos Sólidos – Lei Federal nº 12.305/2010 e Estadual nº 4.191/2003.

O Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro prestou informações, às fls. 46/52, oficiando pela procedência parcial do pedido, por entender ausente o vício de inconstitucionalidade formal alegado, mas presente a ofensa ao art. 214 da CE/RJ, vez que o dispositivo atacado representaria intervenção desproporcional do Estado na propriedade privada e na livre iniciativa.

A Procuradoria-Geral do Estado, à fl. 54, se reportou às informações do Exmo. Governador do Estado, encampando-as.

Autos remetidos ao Ministério Público para manifestação.

É o relatório.

II FUNDAMENTAÇÃO

Após o exame das informações prestadas pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, cumpre destacar que não se sustentam os argumentos de incompetência do juízo e impossibilidade jurídica do pedido, já que os dispositivos impugnados são de Lei Estadual face à Constituição Estadual, sendo claramente admitido o controle concentrado no presente caso, em âmbito estadual, conforme dispõe o art. 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, cuja competência é do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Muito menos deve prosperar a alegação de inépcia da petição inicial, que está bem fundamentada, com indicação expressa dos dispositivos violados.

Portanto, as preliminares suscitadas nas informações merecem ser rejeitadas.

Quanto ao mérito, a norma em comento tem claramente o objetivo de controle da poluição e defesa do solo e dos recursos naturais, trazendo incentivos ao consumidor. No que tange a tais matérias, os Estados estão autorizados a legislar concorrentemente com a União, *suplementando as normas gerais nacionais*, na forma do artigo 24, §2º, da Constituição da República.

De fato, o tema objeto da legislação analisada, pertinente, na essência, à tutela dos direitos dos consumidores e do meio ambiente, decididamente se inclui no rol da competência legislativa dos Estados, se vislumbrando, na espécie, *suplementação válida da legislação federal e estadual*.

Ainda nessa ordem de ideias, não se pode olvidar que as normas que se contêm no artigo 74, incisos V e VI, da Carta estadual, cometem ao Estado do Rio de Janeiro a competência para legislar concorrentemente com a União, acerca das relações jurídicas de consumo, e bem assim sobre tutela do meio ambiente; normas estas que, guardando plena e indispensável sintonia com o disposto no já mencionado artigo 24, incisos V e VI, da Constituição da República.

Portanto, o Estado do Rio de Janeiro atuou dentro de suas competências constitucionais, com o objetivo de proteger o meio ambiente contra os riscos oriundos do descarte inapropriado do lixo tecnológico.

Também não assiste razão ao representante quanto à alegada inconstitucionalidade material, por violação aos princípios da livre iniciativa e da propriedade privada, inscritos nos art. 5º, 214 e 215 da CE/RJ.

De fato, a norma impugnada criou a possibilidade de desconto para o consumidor com o mecanismo da *logística reversa*, que procura dividir a responsabilidade de proteção do meio ambiente entre os diferentes elos da cadeia de produção.

Entretanto, como bem salientou o Exmo. Sr. Presidente da Assembleia Legislativa (fls. 30/45), o referido dispositivo integra normas (estadual e federal), de natureza ambiental, sobre a Política de Resíduos Sólidos, que contém princípios, objetivos e diretrizes que vinculam todos os segmentos, através de obrigações específicas.

A inclusão dessa modalidade de desconto, como já mencionado, serve como incentivo para que o consumidor cumpra a sua obrigação de proteger o meio ambiente contra os riscos oriundos do descarte inapropriado do lixo tecnológico.

A Logística reversa possibilita a coleta de resíduos sólidos gerados pelos produtos e embalagens que podem ser reaproveitados em outros ciclos produtivos ou lhes ser dada outra destinação final ambientalmente adequada, conforme o disposto no art. 33 da Lei Federal nº 12.305/2010.

Os incisos do artigo 33 da lei nº 12.305/2010 elencam um rol exemplificativo dos produtos que deverão ser retirados do lixo, a saber: agrotóxicos, seus resíduos e embalagens; pilhas e baterias; pneus; óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens; lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista; produtos eletroeletrônicos e seus componentes; com o fito de retornar o lixo aos fornecedores para fins de reciclagem, minimizando a exposição dos produtos descartáveis ao meio ambiente sadio, além de proteger a vida, a saúde e a segurança dos consumidores.

Não há dúvidas de que a preservação do meio ambiente condiciona o exercício das atividades econômicas em geral, conforme previsão constitucional expressa nos arts. 170, VI, e 225 da CRFB. Consequentemente, com a finalidade de garantir a sadia qualidade de vida da população, o Estado tem o poder-dever de intervir na atuação empresarial, mediante a edição de leis e regulamentos que visem à promoção do desenvolvimento sustentável.¹

Conclui-se, dessa forma, que a medida instituída pelo Estado do Rio de Janeiro, por meio da norma ora impugnada é razoável e, uma vez realizada a ponderação de interesses (livre iniciativa x meio ambiente saudável), verifica-se a sua constitucionalidade ao suplementar a Lei Federal sobre o tema.

Portanto, a norma prevista no § 9º, do artigo 22-A, da Lei nº 4.191, de 30 de setembro de 2003, incluído pela Lei nº 6.805, de 18 de junho de 2014, do Estado do Rio de Janeiro, está em consonância com os arts. 5º, 214 e 215 da CE/RJ.

III CONCLUSÃO

Pelos fundamentos acima expostos, oficia o Ministério Público pela improcedência do pedido formulado na inicial.

Rio de Janeiro, 24 de agosto de 2015.

JOANA FERNANDES MACHADO

Promotora de Justiça
Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Procurador de Justiça
Assessor-Chefe da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

ERTULEI LAUREANO MATOS

Subprocurador-Geral de Justiça

¹ BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os limites de atuação estatal no controle de preços. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, nº 14, maio/jun./jul. 2008. Endereço eletrônico: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>.

Parecer ministerial em processo judicial. Arguição de inconstitucionalidade. Lei nº 1.441/2004, do Município de Paraty, que acresceu ao artigo 94 do Estatuto dos Servidores local o inciso VIII, para incluir, no rol de vantagens que poderão ser atribuídas por portaria do Prefeito ou do Presidente da Câmara de Vereadores, o adicional de risco de vida em favor da Guarda Municipal.

Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho*

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Arguição de Inconstitucionalidade nº 0015237-29.2012.8.19.0041

Arguente: Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça

Legislação: Lei nº 1.441/2004 do Município de Paraty

Relator: Des. Jessé Torres Pereira Júnior

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Direito Constitucional. Arguição de Inconstitucionalidade. Lei nº 1441/2004 do Município de Paraty, que acresceu ao artigo 94 do Estatuto dos Servidores local o inciso VIII, para incluir, no rol de vantagens que poderão ser atribuídas por portaria do Prefeito ou do Presidente da Câmara de Vereadores, o adicional de risco de vida em favor da Guarda Municipal, equivalente a 30% sobre o salário-base do funcionário que a ele faça jus. Declaração de inconstitucionalidade, em controle abstrato, da lei posterior que a revogara (Lei nº 1489/2005), por vício de iniciativa. Situação jurídica que retorna ao *status quo ante*. Repristinção da legislação anterior, segundo o art. 11, §2º, da Lei nº 9868/1999.

Lei nº 1441/2004 originária do Poder Executivo, sem caráter autorizativo. Artigo 112, §1º, II, *b*, da Carta Estadual. Inexistência de vício formal.

Afronta, contudo, aos princípios essenciais à Administração Pública, notadamente a moralidade, a legalidade e a impessoalidade consagradas no artigo 37 da CF/1988. Lei de Responsabilidade Fiscal que veda o aumento da despesa com pessoal expedido nos 180 dias anteriores ao final do mandato do titular de Poder (art. 21, p.

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, atualmente exerce o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do RJ (posse em 11.04.2016).

único) e deve ser interpretada à luz da Constituição Federal. Conflito entre lei ordinária (municipal) e complementar (federal) que, in casu, se resolve no plano constitucional. Presença de vício material. Parecer pelo acolhimento da presente Arguição, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei nº 1441/2004 do Município de Paraty, com eficácia exclusivamente endoprocessual.

EGRÉGIO ÓRGÃO ESPECIAL,

1 – Cuida-se de Arguição de Inconstitucionalidade da Lei nº 1441/2004 do Município de Paraty (pasta 34), que acresceu ao artigo 94 do Estatuto dos Servidores local¹ o inciso VIII, para incluir, no rol de vantagens que poderão ser atribuídas por portaria do Prefeito ou do Presidente da Câmara de Vereadores, o adicional de risco de vida em favor da Guarda Municipal, equivalente a 30% sobre o salário-base do funcionário que a ele faça jus.

Ao suscitar o presente incidente, a Egrégia 16ª Câmara Cível alude à repristinação da Lei ora questionada, em virtude da declaração de inconstitucionalidade (por vício de iniciativa decorrente do disposto no artigo 112, §1º, II, *b*, da Carta Estadual), em sede de controle abstrato², da Lei posterior que a revogou, de nº 1489/2005, de idêntico teor, porém, diferentemente da Lei nº 1441/2004, de autoria legislativa.

Enfatiza, também, a natureza puramente autorizativa da norma, através da qual o Poder Legislativo outorga ao Chefe do Executivo o juízo de conveniência do pagamento de determinada vantagem remuneratória a servidores, do que resulta a inconstitucionalidade por afronta ao Princípio da Separação de Poderes e ao Princípio da Reserva de Lei Formal (arts. 37, X, e 61, §1º, II, *a*, CF).

E invoca ofensa ao artigo 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e, conseqüentemente, aos Princípios da Moralidade e do Equilíbrio das Contas Públicas, consagrados nos artigos 37 e 169 da Carta Magna, pelo fato de a Lei nº 1.441 ter se iniciado por mensagem à Câmara remetida em 09 de agosto de 2004, com pedido de apreciação em regime de “urgência urgentíssima” (sic – pasta 00043), e sancionada em 18 de novembro de 2004, o que significa que tanto a iniciativa quanto a promulgação ocorreram dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do Prefeito, ocasionando indevido aumento de despesa com pessoal, embora o adicional em comento jamais tenha sido implementado.

Transcreve-se a ementa do acórdão (pasta 154):

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE PARATY OCUPANTE DO CARGO DE GUARDA

¹ Lei Municipal nº 851/1990.

² Representação por Inconstitucionalidade nº 0020907-84.2006.8.19.0000 – Órgão Especial do TJRJ (cópia nas pastas 36/38).

MUNICIPAL. ADICIONAL DE RISCO DE VIDA. Verba incluída na Lei Municipal nº 851/1990 pela Lei nº 1.441/2004, revogada em 2005 pela Lei nº 1.489 de idêntico teor. Declaração de inconstitucionalidade da lei posterior, por vício de iniciativa, em controle abstrato, no julgamento da Representação 0020907-84.2006.8.19.0000. Pretensão autoral fundada na revalidação da Lei revogada. Repristinção. Vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade. Violação da LC 101/1991. Artigos 37 e 169 da CF/1988. Lei autorizativa.

1– O efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato é amplamente admitido na doutrina e na jurisprudência, tendo sido positivado no artigo 11, §2º, da Lei nº 9.868/1999.

2– Leis puramente autorizativas, pelas quais o Poder Legislativo outorga ao Chefe do Executivo o juízo de conveniência do pagamento de determinada vantagem remuneratória a servidores, são inconstitucionais por afronta ao Princípio da Separação de Poderes.

3– A aprovação de aumento de despesa no período de 180 dias antecedentes ao término do mandato do Prefeito viola o art. 21, parágrafo único, da Lei nº de Responsabilidade Fiscal. Trata-se de critério objetivo que traduz o elevado cunho ético e moral da norma nele insculpida e o objetivo maior da LRF como um todo de “prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas”. Norma que notoriamente visa a coibir a corrupção do processo eleitoral, o desequilíbrio orçamentário do ente federativo e ou o comprometimento das gestões futuras.

4– Iniciativa da Lei e sua aprovação, no caso, com natureza autorizativa, às vésperas das eleições municipais, que viola os Princípios da Moralidade Administrativa e do Equilíbrio das Contas Públicas. Interpretação da Lei de Responsabilidade Fiscal à luz da Constituição que revela a incompatibilidade da malsinada lei local com a Carta de 1988.

5– Suscitado Incidente de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.441/2004 de Paraty.

Em sentido contrário ao aresto arguente, há jurisprudência das 6ª e 21ª Câmaras Cíveis entendendo pela constitucionalidade da Lei nº 1441/2004 e determinando a implementação e o pagamento do adicional de risco de vida (pastas 124/128).

Recebidos os autos nesse Egrégio Órgão Especial, coube a relatoria ao Exmo. Sr. Desembargador Jesse Torres Pereira Junior, que determinou a manifestação do Ministério Público.

Oficiou o *Parquet* pela intimação da Procuradoria do Município de Paraty e Procuradoria-Geral do Estado (pasta 215), as quais, apesar de regularmente intimadas (pastas 220/222), não se manifestaram, consoante a certidão na pasta 223.

Retorno dos autos ao MP.

É o relatório, em suma.

2 – De início, cumpre ressaltar não haver dúvida quanto à reprivatização da Lei nº 1.441/2004, em razão da declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle abstrato, por vício de iniciativa, da Lei nº 1.489/2005, que a revogara.

O efeito reprivatizatório, em tais hipóteses, é amplamente admitido, tendo sido positivado no artigo 11, §2º, da Lei nº 9868/1999.

A respeito do tema, destacam-se os ensinamentos do professor Luís Roberto Barroso, *in*: O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Ed. Saraiva, 2ª ed., p. 178:

Outro efeito objetivo da declaração de inconstitucionalidade é sua repercussão sobre a legislação que havia sido afetada pela lei reconhecida como inválida. Uma nova lei ou ato normativo, quando entra em vigor, frequentemente irá revogar normas que disciplinam o mesmo assunto. De fato, a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria da que tratava a lei anterior. Sucede, porém, que, se a lei revogadora vier a ser declarada inconstitucional, não deverá produzir efeitos válidos, impondo o princípio da supremacia da Constituição que a situação jurídica volte ao *status quo ante*. Por essa razão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência sempre sustentaram que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei restaura a vigência da legislação previamente existente por ela afetada. A Lei nº 9.868/1999 ratificou esse entendimento, embora admitindo que o Tribunal possa excepcioná-lo, manifestando-se expressamente em sentido contrário. Considerando-se que a supressão da Lei nº 1489/2005 restabeleceu a vigência da Lei nº 1441/2004, passa-se a análise de sua inconstitucionalidade.

3 – Em nosso ordenamento jurídico, o sistema de controle de constitucionalidade prevê duas formas distintas de proteção contra eventual ofensa a preceitos estatuidos na Constituição Federal: o concentrado, quando a arguição de inconstitucionalidade é proposta diretamente perante o STF, e o controle difuso, exercido incidentalmente pelo magistrado, a quem incumbe a apreciação do caso concreto.

A mesma sistemática se aplica à Carta Estadual.

No difuso, o controle pode ser exercido mediante arguição da parte ou de ofício, independente de provocação, sendo certo que a respectiva declaração de inconstitucionalidade tem eficácia endoprocessual, atingindo somente os litigantes, não podendo ser aplicada às relações envolvendo terceiros.

É dessa hipótese que cuidam os autos!

Consubstanciada em controle difuso ou incidental (*incidenter tantum*) e fulcrada no artigo 97 da Constituição da República, a presente Arguição envolve análise acerca da inconstitucionalidade da Lei nº 1441/2004 do Município de Paraty, que acresceu ao artigo 94 do Estatuto dos Servidores local o inciso VIII, para incluir, no rol de vantagens que poderão ser atribuídas por portaria do Prefeito ou do Presidente da Câmara de Vereadores, o adicional de risco de vida em favor da Guarda Municipal, equivalente a 30% sobre o salário-base do funcionário que a ele faça jus.

Eis o teor da norma impugnada (pasta 34):

Art. 1º O artigo 94 da Lei nº 851/1990 passa a ter a seguinte redação:

Art. 94 Poderão ser atribuídas ao funcionário as seguintes gratificações, por Portaria do Prefeito ou do Presidente da Câmara:

I –

II –

III –

IV –

V –

V –

VII –

VIII – Adicional de risco de vida, para a Guarda Municipal;

§1º A gratificação adicional de risco de vida é a que tem por fundamento a compensação pelas atividades de risco desempenhadas pela Guarda Municipal;

§2º A gratificação adicional de risco de vida será de 30% (trinta por cento) sobre o salário-base do funcionário que a ela faça jus.

Art. 2º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Como dito acima, ao suscitar o presente incidente, a 16ª Câmara Cível enfatiza a natureza puramente autorizativa da norma, através da qual o Poder Legislativo outorga ao Chefe do Executivo o juízo de conveniência do pagamento de determinada vantagem remuneratória a servidores, do que resulta a inconstitucionalidade por afronta ao Princípio da Separação de Poderes e ao Princípio da Reserva de Lei Formal (arts. 37, X, e 61, §1º, II, a, CF).

E invoca ofensa ao artigo 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e, conseqüentemente, aos Princípios da Moralidade e do Equilíbrio das Contas Públicas, consagrados nos artigos 37 e 169 da Carta Magna, pelo fato de a Lei nº 1.441 ter se iniciado por mensagem à Câmara remetida em 09 de agosto de 2004, com pedido de apreciação em regime de “urgência urgentíssima” (sic

– pasta 00043), e sancionada em 18 de novembro de 2004, o que significa que tanto a iniciativa quanto a promulgação ocorreram dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do Prefeito, ocasionando indevido aumento de despesa com pessoal, embora o adicional em comento jamais tenha sido implementado.

Em sentido contrário ao aresto arguente, há jurisprudência das 6ª e 21ª Câmaras Cíveis entendendo pela constitucionalidade da Lei nº 1441/2004 e determinando a implementação e o pagamento do adicional de risco de vida (pastas 124/128).

Parece-nos que a Lei nº 1441/2004 é realmente inconstitucional, mas não por se tratar de norma autorizativa, e sim porque vulnera os Princípios da Moralidade e do Equilíbrio das Contas Públicas, consagrados nos artigos 37 e 169 da Carta Magna, já que promulgada nos 180 dias anteriores ao final do mandato do Prefeito, ocasionando indevido aumento de despesa com pessoal, embora jamais implementado o adicional de risco de vida.

3.1 – Em que pese à facultatividade no estabelecimento do benefício (a norma fala em “poderão ser atribuídas ao funcionário as seguintes gratificações”), não se trata de lei efetivamente autorizativa, na medida em que o respectivo projeto – ao contrário da Lei nº 1.489/2005 que a revogou e veio a ser declarada inconstitucional – é de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, exclusiva segundo o artigo 112, §1º, II, *b*, da Carta Estadual, o que afasta a tese de violação ao princípio da separação de poderes (art. 7º CE). Segundo o professor José Afonso da Silva, “leis autorizativas, em regra, carecem de valor normativo em sentido substancial, enquanto se limitam a dar vida a uma relação entre o legislador e outro órgão da Administração ou a uma entidade pública, para permitir o desenvolvimento de uma atividade ou prática de ato de gestão extraordinária, ou seja, ato de competência do órgão ou entidade autorizada, mas dependente de autorização legislativa.

A Constituição prevê algumas hipóteses de leis autorizativas. Assim é que só por lei específica pode ser autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, assim como depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 37, XIX, e XX). Além desses casos, é necessária autorização legislativa para a alienação de bens imóveis pelo Poder Executivo. A Lei de Orçamento Anual tem muito da natureza de lei autorizativa” (SILVA, J. A. *Processo constitucional de formação das leis*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 331).

Esse tipo de lei, em geral, é de iniciativa do Poder Executivo, que a solicita ao Legislativo objetivando afastar um obstáculo ao exercício de competência própria, mediante prévia autorização legislativa.

Há, porém, outras leis denominadas “autorizativas” que se originam de proposições parlamentares em temas cuja iniciativa é reservada constitucionalmente ao Presidente da República, Governador de Estado ou Prefeito Municipal. Nesses casos, há grave usurpação da competência material do Poder Executivo pelo Legislativo, do que resulta o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Contudo, a norma ora impugnada não apresenta caráter autorizativo, seja típico (ex: art. 37, XIX, e XX, CF) ou mesmo atípico (ex: art. 61, §1º, II, c, CF), porquanto de iniciativa do único agente competente, qual seja, o Prefeito de Paraty, e devidamente promulgada pela Casa legislativa local.

Assim, quanto ao aspecto formal, não se vislumbra inconstitucionalidade na Lei.

3.2 – No entanto, sob o enfoque material, constata-se que a norma padece de vício insanável.

É que a mesma iniciou-se por mensagem à Câmara enviada em 09 de agosto de 2004, com pedido de apreciação em caráter de “urgência urgentíssima” (sic – pasta 00043), e foi sancionada em 18 de novembro de 2004, o que significa que tanto a iniciativa quanto a promulgação ocorreram dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do Prefeito, ocasionando indevido aumento de despesa com pessoal, embora o adicional em comento jamais tenha sido implementado.

Como bem assinalado pelo culto Relator do acórdão arguente (pasta 154), “no conflito entre a LRF e a Lei nº 1.441 do Município de Paraty, vislumbro tanto um vício de inconstitucionalidade, quanto um de legalidade. Isso porque, ainda que a citada lei local não tenha efetivamente gerado uma despesa (pois o adicional nela previsto jamais foi implementado), assim mesmo ela acabou por permitir precisamente a prática que o citado artigo 21 da LRF visa a coibir, violando princípios caros à Administração Pública, notadamente a moralidade e a legalidade consagradas no artigo 37 da Carta Política”.

De fato, prevê o artigo 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000)³, a nulidade de pleno direito do ato que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder.

Trata-se, como destacado na ementa do acórdão, de “critério objetivo que traduz o elevado cunho ético e moral da norma nele insculpida e o objetivo maior da LRF como um todo de ‘prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas’. Norma que notoriamente visa a coibir a corrupção do processo eleitoral, o desequilíbrio orçamentário do ente federativo e ou o comprometimento das gestões futuras”. Nesse sentido, deve a LRF ser interpretada à luz da Magna Carta, sobretudo porque emana de seus artigos 163 e seguintes (Capítulo II do Título VI), devendo obediência aos princípios essenciais à Administração Pública, notadamente a moralidade, a legalidade e a impessoalidade consagradas no artigo 37.

³ Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:
I – as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e § 1º do art. 169 da Constituição;
II – o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.
Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.

Como é notório, o aumento de despesa com pessoal ao final do mandato do chefe de Poder acaba por servir a favorecimentos indevidos ou inviabilizar novas gestões, além de comprometer orçamentos futuros. Exige-se do administrador público os deveres de moralidade, legalidade e impessoalidade justamente para evitar desvios de finalidade, uso inadequado da máquina estatal e abusos no processo eleitoral.

Tenha-se, como exemplo, a Lei das Eleições. É justamente para velar por tais princípios constitucionais que a Lei nº 9.504, de 30/09/1997, no inciso V do artigo 73⁴, proíbe a supressão ou readaptação de vantagens do servidor público nos três meses que antecedem o pleito e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito.

E mais: a própria Constituição Federal, em seu artigo 169, §1^o⁵, prevê que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas se houver: I) prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II) autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

E, a toda evidência, não pode a lei orçamentária autorizar a concessão de vantagem no período eleitoral, seja porque manifestamente ilegal (art. 21, p. único, LC 101/2000) e, sobretudo, inconstitucional (art. 37 CF), seja porque a respectiva proposta deve ser obrigatoriamente encaminhada pelo Poder Executivo ao Legislativo até oito meses e meio antes do encerramento de cada exercício (até 15 de abril), como rezam

⁴ Art. 73 São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

V – nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:

a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;
b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;
c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;
d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;
e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários;

⁵ Art. 169 A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

§ 1^o A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II – se houver autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

os artigos 166, §6º, e 165, §9º⁷ da CF/1988 e 35, §2º, do ADCT⁸, isto é, muito aquém dos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular de Poder.

É cediço que, num conflito entre leis (ordinária e complementar), há resolução no plano constitucional quando necessário interpretar a legislação complementar à luz da Magna Carta para precisar-lhe sentido ou tolher significados incompatíveis com disposições nela contidas. Nesta linha, o entendimento do Eg. Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 228.339/PR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa:

1. Nem toda contraposição entre lei ordinária e lei complementar se resolve no plano constitucional. Dentre outras hipóteses, a discussão será de alçada constitucional se o ponto a ser resolvido, direta ou incidentalmente, referir-se à existência ou inexistência de reserva de lei complementar para instituir o tributo ou estabelecer normas gerais em matéria tributária, pois é a Constituição que estabelece os campos materiais para o rito de processo legislativo adequado.
2. Num segundo ponto, **é possível entrever questão constitucional** prévia no confronto de lei ordinária com lei complementar, se for necessário interpretar a lei complementar à luz da Constituição para precisar-lhe sentido ou tolher significados incompatíveis com a Carta (técnicas da interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e permanência da norma ainda constitucional).

⁶ Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

§ 6º Os projetos de lei do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual serão enviados pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.

⁷ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

§ 9º Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

⁸ Art. 35 O disposto no art. 165, § 7º, será cumprido de forma progressiva, no prazo de até dez anos, distribuindo-se os recursos entre as regiões macroeconômicas em razão proporcional à população, a partir da situação verificada no biênio 1986–1987.

§ 2º Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II, serão obedecidas as seguintes normas:

I – o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa;

II – o projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa;

III – o projeto de Lei Orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.

4 – Tem-se, portanto, que a norma ora impugnada contém vício material de inconstitucionalidade, na medida em que, ao criar vantagem pecuniária no período eleitoral, ainda que não implementada, afronta diretamente os princípios essenciais à Administração Pública, notadamente a moralidade, a legalidade e a impessoalidade consagradas no artigo 37 da Carta Federal.

Sendo assim, é o parecer do Ministério Público pelo *acolhimento* da presente Arguição, declarando-se no caso concreto, com efeitos *ex tunc*, a inconstitucionalidade da Lei nº 1441 do Município de Paraty, retornando os autos à Colenda Décima Sexta Câmara Cível para prosseguir no julgamento da apelação.

Rio de Janeiro, 15 de outubro de 2015.

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES FILHO

Procurador de Justiça
Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Procurador de Justiça
Assessor-Chefe da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

ERTULEI LAUREANO MATOS

Subprocurador-Geral de Justiça

Embargos de Declaração em Apelação Criminal. Crime de homicídio. Oposição com o objetivo de sanar vícios de obscuridade e omissão, relativos à fundamentação, a fim de se evitar arguição de nulidade à amplitude de defesa, especialmente quanto à quesitação formulada para as teses defensivas.

Nilo Augusto Francisco Suassuna*

5ª Procuradoria de Justiça Junto à 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça

Apelação Criminal nº 0146079-28.2009.8.19.0001

Apelantes: Ministério Público e Rodrigo Santos da Fonseca

Apelados: os mesmos

Juízo de Origem: 4ª Vara Criminal da Comarca da Capital

Relatora: Des. Suely Lopes Magalhães

EXMO. SR. DESEMBARGADOR-RELATOR

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por intermédio do Procurador de Justiça em exercício na 5ª Procuradoria de Justiça junto a essa Egrégia Câmara, vem, tempestivamente, nos autos do recurso em epígrafe, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, opor *Embargos de Declaração*, ao V. Acórdão proferido pelo ilustrado órgão fracionário, eis que há *obscuridade e omissão na fundamentação, bem como no dispositivo, nos seguintes termos:*

1. Preliminarmente, aduz que o Ministério Público tomou ciência pessoal da decisão vergastada em 02 de outubro do corrente ano, consoante carta de intimação eletrônica aberta nesta data, abrindo mão do prazo nos termos do art. 186 do CPC, sendo, portanto, tempestivo e adequado o recurso.

2. Vale dizer que essa E. Câmara, em Sessão realizada em 30 de setembro de 2015, em decisão tomada por unanimidade, *deu parcial provimento ao recurso do acusado, para declarar a prescrição retroativa quanto à pena imposta ao crime conexo de constrangimento ilegal, e desprover o apelo ministerial, mantido o veredicto do júri e a condenação imposta na sentença recorrida.*

3. Todavia, o v. Aresto da E. Corte, permissa vênua, se encontra eivado de *obscuridade e omissão* pois conforme asseverado, *a fundamentação do acórdão, assim se posicionou, consoante excertos aqui transcritos:*

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

(...) “... Segundo consignado na ata de julgamento, sustentou a defesa a tese absolutória ao fundamento de legítima defesa putativa no tocante ao homicídio que vitimou Osvaldo. Não obstante, dessume-se dos quesitos formulados, que referido argumento não foi arguido ao corpo de jurados. Todavia, nada foi argumentado pela defesa quanto ao tema durante a sessão plenária de julgamento, ensejando, assim, segundo itinerária jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a preclusão da matéria.” (fl. 472)

E mais adiante,

Posto isto, realizada detida análise do acervo processual, não há se falar na anulação pretendida. É sabido, no tocante às decisões emanadas do Tribunal do Júri, que as mesmas não podem ser atacadas sob qualquer fundamento ou inconformismo, mas, tão somente, nos casos enumerados no artigo 593, III, alíneas a a d, haja vista a soberania de seus vereditos, prevista na Lei Maior. Assim, garante-se aplicação ao princípio do duplo grau de jurisdição ao mesmo tempo em que se resguarda referido postulado constitucional.

4. Destarte, a decisão ora embargada, em sua obscuridade, deve ser complementada, *esclarecendo-se os termos relativos à fundamentação, a fim de evitar arguição de nulidade relativa à amplitude de defesa, especialmente quanto à quesitação formulada para as teses defensivas.*

5. Ora, os argumentos lançados na fundamentação do acórdão, com a devida vênia, apresentam-se obscuros, pois com a nova sistemática implantada pela reforma do rito processual do Tribunal do Júri, promovida pela Lei nº 11.689/2008, foi simplificado o questionário a ser submetido aos jurados e, portanto, há perguntas voltadas para a materialidade do fato, à autoria ou participação, às causas de diminuição e aumento de pena, às qualificadoras e privilégios, *mas não se detalha mais as teses de defesa. Dessa forma, a tese sustentada pela zelosa Defesa em plenário, relativa à legítima defesa putativa, é apreciada em bloco, ao indagar-se ao jurado se absolve o acusado, no terceiro quesito obrigatório. Portanto, o argumento constante da fundamentação do aresto aqui embargado, ao afirmar sobre suposta irregularidade na ausência de formulação expressa de quesito sobre a legítima defesa putativa, encontra-se obscuro, podendo ensejar eventual alegação de prejuízo à ampla defesa, o que não ocorreu na realização do julgamento, tendo a Dra. Juíza presidente adotado a interpretação correta, nos termos da reforma implantada pela Lei nº 11.689/2008. Aliás, de realce, sequer a defesa suscitou tal tese no apelo, que em se tratando de júri, é recurso vinculado, restrito, portanto, à impugnação recursal.*

Assim, a obscuridade arguida advém dessa fundamentação, aqui replicada:

... Segundo consignado na ata de julgamento, sustentou a defesa a tese absolutória ao fundamento de legítima defesa putativa no tocante ao homicídio que vitimou Osvaldo. *Não obstante, dessume-se dos quesitos formulados, que referido argumento não foi arguido ao corpo de jurados. Todavia, nada foi argumentado pela defesa quanto ao tema durante a sessão plenária de julgamento, ensejando, assim, segundo itinerária jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a preclusão da matéria. (fl. 472).*

É que, não poderia a Dra. Juíza presidente formular a quesitação nos termos tradicionais, como outrora se realizava, diante da simplificação do questionário introduzida pela reforma processual no rito do júri, devendo, a matéria ser esclarecida a fim de evitar qualquer alegação de nulidade, aclarando-se os termos dessa parte da fundamentação do aresto. Tal opinião encontra supedâneo na jurisprudência, conforme se vê adiante:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO E PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI.

HOMICÍDIO TENTADO. ARTS. 483, III, § 2º, DO CPP. QUESITO ABSOLUTÓRIO GENÉRICO. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA.

ABSOLVIÇÃO PELO CONSELHO DA SENTENÇA. CONTRADIÇÃO NAS RESPOSTAS DOS QUESITOS.

NÃO CONFIGURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE TESE DE EXCLUDENTE DA ILICITUDE OU CULPABILIDADE. CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. AUSÊNCIA. O STJ NÃO É SUCEDÂNEO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ.

1. No Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença pode absolver o réu mesmo quando inexistente pedido expresso formulado pela defesa ou pela promotoria, em razão do quesito absolutório genérico superveniente, previsto no art. 483, III, § 2º, do Código de Processo Penal.

2. Após a Lei nº 11.689/2008, a sistemática do Tribunal do Júri determina, em decorrência da garantia constitucional da plenitude de defesa, que o quesito absolutório genérico concentre, de forma implícita, todas as questões relativas às excludentes de ilicitude e de culpabilidade previstas no ordenamento jurídico pátrio (art.483, III, § 2º, do CPP).

3. Apesar da única tese defensiva sustentada em plenário versar acerca do homicídio privilegiado – não se explicitando hipótese de legítima defesa –, a resposta positiva do Conselho de Sentença sobre o terceiro quesito (absolvição), in casu, não contradiz as provas colhidas nos autos, a ratificar a soberania dos veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri.

4. Desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, na forma pretendida pelo recorrente – decisão contrária às provas dos autos –, implica necessariamente a incursão no conjunto probatório dos autos, revelando-se inadequada a análise da pretensão recursal, em função do óbice da Súmula nº 7/STJ.

5. Na via especial, o Superior Tribunal de Justiça não é sucedâneo das instâncias ordinárias, sobretudo quando envolvida, para a resolução da controvérsia, a apreciação do acervo de provas dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ.

6. *Recurso especial não conhecido.*

(REsp 1262366/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 12/09/2013)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.

DESVIRTUAMENTO. PRECEDENTES. QUESITAÇÃO. QUESITO GENÉRICO DE ABSOLVIÇÃO. REJEIÇÃO QUE PREJUDICA O QUESITO RELATIVO À INIMPUTABILIDADE. QUESITOS AUTÔNOMOS. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do *writ*, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, temas afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução, tampouco em substituição a revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

3. O quesito previsto no inciso III do art. 483 do Código de Processo Penal considera todas as teses de defesa.

4. No caso em apreço, foi esclarecido ao corpo de jurados que a tese de inimputabilidade deveria ser considerada por ocasião da resposta ao quesito genérico sobre a absolvição.

5. No caso de uma das teses defensivas se referir a inimputabilidade (art. 26 do CP), deverá existir um quesito específico sobre a sua ocorrência ou não, a ser respondido apenas se o Júri entender que deve ser o réu absolvido.

4. Tal necessidade se dá porque, reconhecida a inimputabilidade, deverá o Juiz impor ao acusado medida de segurança.

5. No caso de resposta negativa ao quesito de absolvição, rechaçada estará a tese de inimputabilidade, bem como prejudicado o quesito específico.

6. Ordem não conhecida.

(HC 172.699/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 16/12/2013)

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A *QUO* POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). TRIBUNAL DO JÚRI. ALTERAÇÕES CONFERIDAS PELA LEI N.º 11.689/2008. QUESITAÇÃO SOBRE A ABSOLVIÇÃO DO RÉU. ART. 483, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ABRANGÊNCIA DE TODAS AS TESES ABSOLUTÓRIAS EM QUESTIONAMENTO ÚNICO. VOTAÇÃO DO JÚRI QUE SE ENCERRA COM A RESPOSTA AFIRMATIVA DE MAIS DE TRÊS JURADOS AO QUESITO *EX LEGE* REFERENTE À ABSOLVIÇÃO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS*, CONTUDO, CONCEDIDA *EX OFFICIO*.

1. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça firmou orientação não unânime de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* se há possibilidade de impugnação ao ato decisório do Tribunal a quo por intermédio de recurso especial – a despeito do posicionamento contrário da Relatora, em consonância com o do Supremo Tribunal Federal.

2. Hipótese em que a única tese ventilada pela defesa perante o Conselho de Sentença foi a de legítima defesa.

3. Na atual sistemática do Tribunal do Júri, não há mais quesitos específicos sobre a absolvição, pois o Legislador Pátrio, ao editar a Lei n.º 11.689/2008, determinou que todas as teses defensivas, no ponto, fossem abrangidas por uma única quesitação obrigatória (art.483, inciso III, do Código de Processo Penal).

4. Ao concentrar as teses absolutórias no terceiro quesito do Tribunal do Júri (“o jurado absolve o acusado?”), a lógica do Legislador foi a de impedir que os jurados fossem indagados sobre questões técnicas. Assim, declarada a absolvição pelo Conselho de Sentença, com resposta afirmativa de mais de três juízes leigos à referida quesitação, o prosseguimento do julgamento para verificação de excesso doloso constituiu constrangimento manifestamente ilegal ao direito ambulatorial do Paciente.

5. Ademais, o fato de ter sido considerada a quesitação sobre excesso doloso na legítima defesa significou ofensa à garantia da plenitude de defesa, pois o novo sistema permite justamente que o Jurado possa absolver o Réu baseado unicamente em sua livre convicção, e de forma independente da tese defensiva.

6. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus*, contudo, concedida *ex officio*, para absolver o Paciente, devendo o Juiz do Tribunal do Júri garantir ao Ministério Público Estadual prazo para eventual interposição do pertinente recurso.

(HC 190.264/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 02/09/2014)

Assim, há obscuridade na fundamentação, pois inexistente hodiernamente a possibilidade de detalhamento da quesitação de legítima defesa real ou putativa, diante da nova disciplina legal, nos termos do art. 483, III, do CPP.

6 – Ademais, há omissão do v. aresto, pois ao prover parcialmente o apelo defensivo, acolhendo a prescrição retroativa quanto ao crime conexo ao delito de homicídio duplamente qualificado, *deixou de fazer constar expressamente que mantinha o veredicto dos jurados e a pena imposta quanto a este crime de homicídio qualificado, o que deverá ser igualmente esclarecido nesses aclaratórios, já que negara provimento ao apelo ministerial para redimensionar a pena final, a fim de evitar prejuízo na execução da pena.*

7 – Do exposto, espera o acolhimento e provimento dos Embargos de Declaração, esclarecendo-se a obscuridade e a omissão apontadas no Acórdão, aperfeiçoando-se a prestação jurisdicional.

Rio de Janeiro, 02 de outubro de 2015.

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA

Procurador de Justiça

Parecer ministerial em processo judicial. Mandado de Segurança. O Estado do Rio de Janeiro se insurge contra acórdão proferido por órgão fracionário do Tribunal de Justiça, sob a alegação de que, ao conceder a ordem ali vindicada, o órgão impetrado afastou-se por completo de premissa estabelecida pelo Órgão Especial.

Sérgio Bumasczny*

Órgão Especial do Tribunal de Justiça

Processo nº 0006998-28.2013.8.19.0000

Mandado de Segurança

Relator: Des. Roberto de Abreu e Silva

Impetrante: Estado do Rio de Janeiro

Impetrada: Egrégia 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Litisconsortes passivos necessários: Sindicato das Empresas de Ônibus da Cidade do Rio de Janeiro – RIO ÔNIBUS e Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros de Nova Iguaçu – TRANSÔNIBUS

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO EGRÉGIO ÓRGÃO ESPECIAL

Direito Constitucional e Processual Civil. Mandado de Segurança impetrado pelo Estado do Rio de Janeiro, que se insurge contra acórdão proferido por órgão fracionário do TJ/RJ nos autos de precedente mandado de segurança. Alegação de que, ao conceder a ordem ali vindicada, o órgão impetrado afastou-se por completo da premissa estabelecida pelo Órgão Especial ao decidir o incidente processual alusivo à questão constitucional, assim violando a norma do artigo 97 da CF/1988.

Pleito autoral que se mostra procedente, porquanto restou configurado, na espécie, um ilegal descompasso entre o teor do acórdão do Órgão Especial, que, no incidente de arguição de inconstitucionalidade, havia concluído pela validade da legislação que majorou de 1% para 2% a alíquota do IPVA relativo a ônibus e micro-ônibus, e o *decisum* prolatado pelo órgão impetrado, que, ainda assim, concedeu a segurança vindicada. Absoluta

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

irrelevância da perquirição do *quorum* aludido no artigo 103 do RITJ/RJ, já que a eficácia vinculativa se produz, de qualquer sorte, para o órgão fracionário do qual se originou o incidente de arguição de inconstitucionalidade. Provimento jurisdicional que, dado o seu caráter teratológico, a par de injustificavelmente lesivo para o erário fluminense, torna não só adequado o manejo da via mandamental, como imperioso o acolhimento do pleito anulatório estatal. Concessão da ordem vindicada, com a cassação do acórdão do órgão fracionário.

I RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança em que persegue o Estado do Rio de Janeiro a tutela jurisdicional no sentido de que seja anulado o acórdão que veio a lume no âmbito da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do Mandado de Segurança nº 0032484-69.2000.8.19.0000.

Como fundamentos de seu pedido, alega o Estado-impetrante, em síntese, que o supramencionado órgão fracionário concedeu a ordem vindicada pelo Sindicato das Empresas de Ônibus da Cidade do Rio de Janeiro – RIO ÔNIBUS e pelo Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros de Nova Iguaçu – TRANSÔNIBUS, de modo a assegurar às empresas que lhe sejam filiadas o direito de continuar recolhendo o IPVA relativo aos ônibus e micro-ônibus que compõem as respectivas frotas com base na alíquota de 1%, e não de 2%, conforme previsto na Lei Estadual nº 3.335/1999 e na Resolução SEFCON nº 3.539/1999.

Aduz o ente federativo que, após a anulação de uma precedente decisão concessiva da segurança da 8ª Câmara Cível, pelo Superior Tribunal de Justiça, justamente por força da não submissão, ao Órgão Especial do TJ/RJ, da questão constitucional relativa ao princípio da razoabilidade, em violação às normas dos artigos 480, 481 e 482 do Código de Processo Civil, o órgão fracionário, em cumprimento à determinação da Corte Superior, suscitou, enfim, o incidente de arguição de inconstitucionalidade, como era de rigor. Acrescenta que o incidente em questão acabou por ser rejeitado pelo Órgão Especial, que considerou constitucionalmente válida, por compatível com o cânone da razoabilidade, a majoração de 1% para 2% da alíquota do IPVA, tal como preconizado na Lei nº 3.335/1999 e na Resolução SEFCON nº 3.539/1999.

Observa que, diante dos termos da decisão de rejeição do incidente, o órgão impetrado, ao afastar, ainda assim, a incidência da legislação estadual e, por conseguinte, conceder a segurança, violou a cláusula de reserva de plenário. Salienta ser descabida a motivação invocada para tanto, a saber, a inexistência de eficácia vinculante do *decisum* do Órgão Especial diante do não atingimento do *quorum* referido no artigo 103 do RITJ/RJ, na medida em que esse dispositivo regimental

concerne à eventual repercussão do que se decidiu sobre a questão constitucional noutros feitos, e não naquele de que se originou o incidente, caso em que a vinculação é inquestionável.

Conclui o impetrante que a solução adotada pela 8ª Câmara Cível atentou contra o disposto no artigo 97 da Constituição da República, uma vez que, operada a cisão funcional da competência, incumbe ao Órgão Especial decidir sobre o tema afeto à constitucionalidade, ou não, do ato normativo, e ao órgão fracionário prosseguir com o julgamento da causa ou recurso, partindo, obrigatoriamente, da premissa estabelecida sobre a temática constitucional, a título de questão prejudicial. Traz à colação, ainda, uma série de lições doutrinárias, em abono à sua posição (fls. 02/18).

A petição inicial foi instruída com os documentos de fls. 19/93.

O órgão impetrado, por meio de seu ilustre Presidente, limitou-se a ressaltar, a título de informações, que “os motivos pelos quais esta E. Câmara concedeu a segurança postulada encontram-se expressos no V. Acórdão proferido.” (fl. 124).

Na esteira da promoção ministerial de fls. 127/132, foi deferida a tutela de urgência requerida pelo impetrante, determinando-se o sobrestamento da eficácia do ato impugnado, além de se determinar a citação das entidades litisconsortes passivas necessárias (fl. 135).

Regularmente citadas, as referidas litisconsortes se insurgiram contra a decisão relatorial concessiva da medida liminar, interpondo o agravo regimental de fls. 146/156, sem prejuízo do oferecimento da resposta de fls. 211/226, em que suscitaram, em linha de preliminar, o descabimento da via mandamental, e, no mérito, a legalidade do acórdão proferido pelo órgão impetrado, dada a inocorrência, em sua ótica, de violação à cláusula de reserva de plenário.

Instruiu-se a peça das litisconsortes passivas com os documentos de fls. 228/241.

Na sequência, os autos retornaram ao *Parquet*.

II FUNDAMENTAÇÃO

a) Do Agravo Regimental

De início, forçoso é concluir que, a esta altura, sequer merece ser conhecido o agravo regimental das entidades litisconsortes passivas necessárias, por meio do qual se insurgem contra a decisão concessiva da tutela de urgência pleiteada na peça exordial.

Assim é que, abstração já feita à inexistência de informes que deem conta, especificamente, da suficiência, ou não, do preparo recursal (sendo a certidão de fl. 145 omissa quanto ao ponto), o aspecto que sobreleva é que, no atual estágio procedimental – em que já se mostra plenamente cabível o julgamento do próprio *meritum causae* –, nem mesmo subsiste interesse recursal no agravo em tela. Realmente, uma vez que sobrevenha a solução meritória da lide (seja no sentido da procedência,

seja no da improcedência do pedido), dar-se-á, forçosamente, a substituição (na primeira hipótese) ou a revogação (na segunda) do provimento concessivo da liminar – que, por definição, é provisório e fundado numa cognição meramente sumária – pelo acórdão final, arrimado já em cognição exauriente.

À conta de tais fundamentos, tem-se que o agravo encartado às fls. 146/156 não pode ser conhecido, por prejudicado, devendo ter lugar, ao revés, a imediata resolução da própria controvérsia objeto deste feito.

b) Da Preliminar de Descabimento do *Writ*

Antes ainda de ingressar no campo meritório, incumbe ao Ministério Público enfrentar a questão preliminar suscitada pelas litisconsortes passivas, referente ao suposto descabimento, na espécie, da ação mandamental.

Nenhuma razão lhes assiste, eis que, a despeito da orientação restritiva que, de um modo geral, prevalece em relação à admissibilidade de mandados de segurança para fins de impugnação de decisões judiciais, está-se diante, aqui, de uma hipótese excepcional, em que o manejo do *writ* se revela necessário, até por consistir, em rigor, na via impugnativa mais efetiva de que poderia se valer o ente federativo para que a sua irrisignação frente ao ato jurisdicional atacado fosse conhecida. Ademais, patente é a idoneidade da via mandamental para viabilizar a concessão de uma tutela de urgência que neutralize, com inegável eficácia, as consequências deletérias advindas do ato vergastado, sobretudo para o patrimônio público estadual.

Tal conclusão se reforça, ainda, pela própria dicção da Lei nº 12.016/2009, cujo artigo 5º, inciso II, dispõe que não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial de que caiba recurso com efeito suspensivo. Assim, à luz de uma necessária interpretação *a contrario sensu*, tem-se que, se o *decisum* não for impugnável por qualquer via recursal típica ou, ainda que o seja, se esta não tiver efeito suspensivo, passa a ser inteiramente admissível o *mandamus*.

Releva notar, a propósito, que essa é a exegese que melhor se harmoniza com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República – sobretudo à luz de seu enfoque moderno, consubstanciado na garantia de efetividade plena do processo –, o qual sofreria rude golpe se se entendesse pelo descabimento da via impugnativa de que lançou mão o Estado do Rio de Janeiro.

c) Do Mérito

Adentrando, finalmente, o *meritum causae*, observa o Ministério Público que assiste inteira razão ao ente político em seu pleito.

A controvérsia posta neste feito reveste-se de notável singeleza, em que pese a perplexidade que, *data venia*, chega a provocar quando se atenta para a solução consagrada no ato alvejado (cuja cópia se vê às fls. 29/44).

De fato, os elementos de convicção carreados aos presentes autos autorizam concluir pelo cometimento de um gravíssimo *error in procedendo* pelo órgão fracionário impetrado, que, ao conceder a ordem vindicada nos autos do Mandado de Segurança nº 0032484-69.2000.8.19.0000, simplesmente ignorou o teor do acórdão antes proferido pelo E. Órgão Especial nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0016884-22.2011.8.19.0000, em que se concluíra pela constitucionalidade da Lei Estadual nº 3.335/1999 e da Resolução SEFCON nº 3.539/1999, relativamente à majoração da alíquota do IPVA – de um por cento para dois por cento – em relação aos ônibus e micro-ônibus das frotas das empresas filiadas às entidades impetrantes, aqui litisconsortes passivas (vide, a propósito, o que consta de fls. 54/67).

Data maxima venia, numa injustificável afronta à própria autoridade das decisões emanadas daquele que é nada menos que o próprio órgão de cúpula do Poder Judiciário fluminense, a 8ª Câmara Cível (que antes já havia decidido o mérito do *writ* sem submeter a questão constitucional à cognição do E. Órgão Especial, o que daria azo à anulação de seu primeiro *decisum* pelo Superior Tribunal de Justiça; vide fls. 45/53) concedeu a segurança postulada pelo RIO ÔNIBUS e pelo TRANSÔNIBUS, por reputar inconstitucional a majoração da alíquota prevista no diploma de 1999.

Aliás, tão inusitada quanto essa solução, em si mesma, foi a justificativa invocada pelo órgão fracionário para adotá-la, qual seja, a suposta inocorrência de uma eficácia vinculativa da decisão prolatada pelo Órgão Especial em razão do não atingimento do *quorum* a que alude o artigo 103, *caput*, do Regimento Interno da Corte fluminense.

Ocorre que, como é de elementar sabença, esse dispositivo regimental inequivocamente se refere às hipóteses de incidência do efeito vinculante em relação a outros órgãos jurisdicionais do Tribunal de Justiça, e em outros processos que porventura versem sobre a mesma controvérsia jurídico-constitucional.

Já a eficácia vinculativa é indiscutível no tocante ao próprio órgão de que se originou o incidente de arguição de inconstitucionalidade, sob pena de se incorrer, em última análise, em manifesta ofensa ao disposto no artigo 97 da Constituição da República (além do próprio Enunciado da Súmula Vinculante nº 10 do STF).

Realmente, qual a razão para a previsão da cláusula de reserva de plenário se o órgão fracionário que formula a arguição de inconstitucionalidade concluir, ao final, que não está vinculado ao que sobre ela vier a decidir o Órgão Especial? Por que, afinal, seria necessário operar-se a própria cisão do julgamento, remetendo-se a matéria constitucional para a apreciação específica do órgão de cúpula do Tribunal, se a Câmara Cível arguente se acreditasse desobrigada de observar a premissa estabelecida como questão prejudicial no julgamento do incidente? Com todas as vênias, a ausência de respostas convincentes a essas indagações dá a exata medida do quão teratológico é o ato jurisdicional alvejado neste *mandamus*.

Aliás, as irretocáveis lições doutrinárias transcritas na petição inicial de fls. 02/18 só corroboram a convicção acerca do gravíssimo vício de ilegalidade de que se está diante no caso vertente.

Acrescente-se que o *error in procedendo* em que incorreu o órgão impetrado, a par de grosseiro, detém um enorme potencial lesivo para as finanças estaduais, na medida em que, caso prevaleça o ato aqui alvejado, terá ele importado numa indevida privação de expressivos recursos financeiros que há muito já deveriam ter revertido para o erário.

De fato, é por demais óbvio que, caso a 8ª Câmara Cível tivesse se limitado a cumprir a decisão por meio da qual o Órgão Especial resolveu o incidente de arguição de inconstitucionalidade, como lhe tocava – e não se rebelar contra ela –, a apreciação final da causa, pelo referido órgão fracionário, já teria tido o condão de viabilizar a imediata exigibilidade do IPVA na alíquota de dois por cento (e não de um por cento), para ônibus e micro-ônibus.

Mas, já não fosse bastante tudo o que até aqui se expôs, é bem de ver que o estado de permanente afronta ao *decisum* prolatado pelo Órgão Especial nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0016884-22.2011.8.19.0000 – que, reitere-se, proclamou a constitucionalidade da Lei Estadual nº 3.335/1999 e da Resolução SEFCO nº 3.539/1999 – acabou por infundir um indesejável fator de instabilidade no seio da coletividade (precisamente o avesso do escopo da jurisdição, que é a pacificação social). Com efeito, nada poderia ser mais atentatório ao ideal supremo de segurança jurídica, ao sentir do *Parquet*, do que a ruptura do sistema de controle incidental de constitucionalidade das leis e atos normativos, mercê da inobservância, por um órgão fracionário de tribunal, daquilo que previamente decidiu o seu órgão de cúpula no tocante a uma temática constitucional controvertida.

Aliás, e com todas as vênias, tal descompasso é tão desconcertante que o órgão impetrado, ao prestar as suas informações, nem mesmo procurou apresentar argumentos voltados para evidenciar a suposta legalidade de seu *decisum*, tendo ele optado, simplesmente, por afirmar que “os motivos pelos quais esta E. Câmara concedeu a segurança postulada encontram-se expressos no V. Acórdão proferido.” (vide fl. 124).

Destarte, tem-se que a ilegalidade que macula o ato estatal, aliada à violação ao direito do ente federativo de proceder à exação de conformidade com a legislação de regência – já reputada válida pelo órgão judicial dotado de competência para tanto –, autoriza a concessão da ordem.

III CONCLUSÃO

Pelos fundamentos acima expostos, oficia o Ministério Público no sentido de que se julgue procedente o pedido, concedendo-se a segurança vindicada para o fim de se cassar o acórdão proferido pela 8ª Câmara Cível nos autos do Mandado de

Segurança nº 0032484-69.2000.8.19.0000, determinando-se, por conseguinte, que o referido órgão fracionário profira outro *decisum*, já então em estrita consonância com o que o Órgão Especial decidiu nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0016884-22.2011.8.19.0000.

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 2015.

SÉRGIO BUMASCHNY

Promotor de Justiça
Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Procurador de Justiça
Assessor-Chefe da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

ERTULEI LAUREANO MATOS

Subprocurador-Geral de Justiça



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.



Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Cível

• • •

**MANDADO DE SEGURANÇA 33.008
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

IMPTE.(S): C. da C. M.

ADV.(A/S): CARLOS ALBERTO BOECHAT RANGEL

IMPDO.(A/S): TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

LIT.PAS.(A/S): E. S. e S.

LIT.PAS.(A/S): UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA

DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO DE PENSÃO POR MORTE PELO TCU. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E VIÚVA DE SERVIDOR PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE RECONHECIMENTO JUDICIAL DE UNIÃO ESTÁVEL E SEPARAÇÃO DE FATO.

1. É possível o reconhecimento de união estável de pessoa casada que esteja separada judicialmente ou de fato (CC, art. 1.723, § 1º).

2. O reconhecimento da referida união estável pode se dar administrativamente, não se exigindo necessariamente decisão judicial para configurar a situação de separação de fato.

3. No caso concreto, embora comprovada administrativamente a separação de fato e a união estável, houve negativa de registro de pensão por morte, fundada unicamente na necessidade de separação judicial.

4. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a segurança, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 03 de maio de 2016.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, no qual se impugna o acórdão TCU nº 1.189/2014, que negou registro a pensão por morte concedida à impetrante pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, em concorrência com a viúva do ex-servidor E. da C. S. O referido ato considerou ilegal a concessão do benefício, tendo em vista a inexistência de decisão judicial reconhecendo a união estável e a separação de fato. Confira-se a ementa do acórdão:

PESSOAL. PENSÃO CIVIL. IRREGULARIDADE RELATIVA À CONCORRÊNCIA DE VIÚVA E COMPANHEIRA AO BENEFÍCIO PENSIONAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE CONDIÇÕES ESPECÍFICAS QUE AUTORIZEM A HABILITAÇÃO SIMULTÂNEA DAS INTERESSADAS. ILEGALIDADE. NEGATIVA DE REGISTRO. DETERMINAÇÃO.

2. A impetrante sustenta que incidiria no caso a decadência do direito de revisão, já que a aposentadoria foi convertida em pensão por morte em fevereiro de 2002, ou seja, há mais de 5 anos (art. 54, § 1º, da Lei nº 9.784/1999). Aponta, ainda, violação ao princípio da segurança jurídica, porquanto a pensão já estava consolidada no tempo, na medida em que vinha recebendo os respectivos pagamentos há mais de 10 anos.

3. Afirma, ademais, que “conviveu em união estável **por 9 anos** com E. da C. S. até a data do seu óbito”. Assevera que a Constituição e o Código Civil não fazem distinção entre o casamento e a união estável, e que a Lei nº 8.112/1990 prevê a possibilidade de se deixar a pensão para o companheiro do *de cujus*.

4. Alega que o casamento não constitui óbice ao reconhecimento da união estável quando o cônjuge encontra-se separado de fato da esposa há vários anos (art. 1.723, § 1º, do Código Civil). Conclui, assim, que a ausência de separação judicial do falecido não deveria ser motivo para negar registro à pensão, sob pena de se impor uma limitação que nem sequer o texto constitucional estabeleceu.

5. Ressalta, por fim, que a convivência marital entre ela e o servidor falecido está comprovada no processo administrativo nº 23102.000.507/2002-91, no qual a

Universidade reconheceu a união estável e concedeu-lhe a pensão por morte em concurso com a ex-esposa.

6. Em sede liminar, requer a suspensão do Acórdão TCU nº 1.189/2014. Em caráter definitivo, pede a anulação do ato impugnado, com o restabelecimento do pagamento da pensão por morte.

7. Considerando que eventual acolhimento da pretensão atingiria diretamente a esfera jurídica da viúva do servidor (E. S. e S.), determinei à impetrante que promovesse a sua inclusão no polo passivo, o que foi atendido mediante a petição nº 27.869/2014. Na mesma ocasião, deferi a gratuidade da justiça.

8. Citada (doc. 17), a viúva não ofereceu resposta.

9. Na sequência, rejeitei a alegação de decadência do direito de revisão do ato administrativo e deferi a medida liminar, **“para determinar a suspensão, quanto à impetrante, do Acórdão TCU nº 1.189/2014, até ulterior deliberação”**, restabelecendo-se a pensão, na cota-parte que lhe cabe. Intimada (doc. 28), a viúva não se manifestou.

10. O Tribunal de Contas da União prestou informações, nas quais sustentou, preliminarmente, a inexistência de direito líquido e certo, dado a necessidade de dilação probatória, e a não ocorrência de decadência. No mais, defendeu, em síntese, que, na vigência formal do casamento, não possui a Administração Pública competência para promover o reconhecimento da união estável e da separação de fato, “sem submissão das provas a rigoroso e necessário contraditório, uma vez que somente ao Poder Judiciário cabe dizer o direito em relação às ações de estado”.

11. A União interpôs agravo da decisão que concedeu a medida liminar, no qual requereu a reconsideração da decisão agravada.

12. O Procurador-Geral da República opinou pela confirmação da liminar e concessão definitiva da ordem.

13. Na petição nº 15.571/2015, a impetrante informou que a decisão liminar não estaria sendo cumprida, pelo que requereu a intimação da autoridade impetrada, para suspender o acórdão TCU nº 1.189/2014 e notificar o órgão pagador, e a fixação de multa na hipótese de descumprimento da ordem.

14. É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

1. Rejeito a alegação de decadência. Segundo este Tribunal, o decurso de mais de cinco anos decorridos da entrada do processo na Corte de Contas não implica decadência do direito de rever o ato analisado, mas apenas a obrigatoriedade de se dar ao interessado oportunidade de contraditório (nesse sentido: MS 31.342 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli). Segundo as informações da autoridade impetrada, o prazo de cinco anos não foi excedido, razão por que o ato impugnado é formalmente regular.

2. Como consta da decisão agravada, não está em discussão nestes autos a possibilidade de rateio da pensão, muito menos a efetiva comprovação da união estável – já reconhecida pela esfera administrativa e não afastada pelo ato impugnado. A questão cinge-se, assim, à legalidade de se exigir decisão judicial reconhecendo a união estável e a separação de fato como requisito para a concessão da pensão por morte. Não há, portanto, necessidade de dilação probatória, o que afasta a alegação de descabimento da via formulada pela autoridade impetrada.

3. O art. 1.723 do Código Civil prevê que a união estável configura-se pela “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Trata-se, portanto, de situação de fato que prescinde de reconhecimento judicial para produzir efeitos, tanto que eventual ação terá conteúdo meramente declaratório. Basta, assim, que seja comprovada, no caso concreto, a convivência qualificada.

4. Na sequência, o § 1º de tal preceito dispõe que não há impedimento ao reconhecimento da união estável se “a pessoa casada se achar **separada de fato** ou judicialmente”. A separação de fato, por definição, também é situação que não depende de reconhecimento judicial para a sua configuração, tanto que a lei utiliza tal expressão em oposição à separação judicial (“de fato **ou** judicialmente”). Assim, nem mesmo a vigência formal do casamento justifica a exigência feita pelo TCU, pois a própria legislação de regência autoriza o reconhecimento da união estável quando o companheiro está separado de fato do cônjuge.

5. Convém salientar, ainda, que o art. 217, I, c, da Lei nº 8.112/1990, ao tratar da pensão por morte do servidor em favor do companheiro dependente, não exige que a prova da união estável seja feita mediante decisão judicial¹. Nesse sentido, confira-se a decisão cautelar proferida pelo Min. Ayres Britto no MS 30.699, *in verbis*:

6. Pois bem, o TCU negou registro à pensão da autora porque, não havendo decisão judicial de reconhecimento da união estável, “sobrevive a presunção de existência da sociedade conjugal, que é impeditiva do pagamento de pensão à companheira”. Não é assim que penso, neste meu juízo provisório. Isso porque a alínea c do inciso I do art. 217 da Lei nº 8.112/90 exige apenas que o “companheiro ou companheira designado [...] *comprove união estável como entidade familiar*”, sem necessidade de que tal prova se faça mediante decisão judicial. E o fato é que as provas coligidas aos autos me parecem suficientes para atestar a existência da união estável entre o instituidor da pensão e a impetrante (ao TCU, lembre-se, também pareceu). Por fim, não há

¹ Lei nº 8.112/1990, art. 217: “São beneficiários das pensões: I – vitalícia: (...) c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;” (redação original). Com as alterações promovidas pela Lei nº 13.135/2015, o dispositivo agora consta no inciso III do art. 217 da Lei nº 8.112/1990, com a seguinte redação: “Art. 217. São beneficiários das pensões: (...) III – o companheiro ou companheira que comprove união estável como entidade familiar;”.

falar, no caso, em concubinato, pois o Sr. O. S. já estava separado de fato de sua esposa (A. N. da S.) quando constituiu família com a autora. É de incidir, portanto, a parte final do § 1º do art. 1.723 do Código Civil.

6. Como bem destacou o parecer ministerial, “apenas a lei – não assim o TCU – pode impor prova solene de determinado ato ou de certa relação jurídica”. Assim, não constitui requisito legal para a concessão de pensão por morte à companheira que a união estável seja declarada **judicialmente**, mesmo que vigente formalmente o casamento, de modo que não é dado à Administração Pública negar o benefício apenas com base neste fundamento. Isso não impede – ao contrário, exige – que a Administração Pública faça averiguações, no âmbito administrativo, para comprovar a separação de fato e a união estável, como ocorreu no caso.

7. Não corresponde à realidade dos autos a afirmação da União no sentido de que “O que se faz necessário é a comprovação robusta da convivência em união estável, bem como o afastamento da presunção legal da condição de casado, ostentada pelo servidor à época do óbito. E isso não foi feito por parte da impetrante no caso”. Ao contrário, a autoridade administrativa entendeu comprovada a união estável, como consta do parecer PG/JMPS/2002, constante dos autos e ao final acolhido (doc. 7, p. 1-2). No mesmo sentido é o parecer ministerial, cujo trecho pertinente transcrevo:

Ademais, só teria sentido exigir o reconhecimento judicial da união estável, acaso pairasse algum tipo de controvérsia sobre o fato em si. Mas, não é esse o caso. O processo administrativo de concessão do benefício encontrava-se repleto de provas da união estável entre a impetrante o instituidor do benefício e nenhuma delas jamais foi contestada pelo TCU; nem mesmo no presente mandado de segurança. Daí ser absolutamente desnecessário exigir que a autora buscasse declaração judicial para demonstrar sua condição. Em suma, o fato já estava fartamente comprovado pela documentação que instruiu o requerimento administrativo. Entre os documentos juntados, destacam-se:

- 1) declaração do próprio servidor, firmada em novembro de 2001;
- 2) prova de que ambos residiam no mesmo endereço: rua Augusto Barreto 47, Eden;
- 3) declaração da escola estadual ‘Bertha D’Alessandro U.A’, datada de março de 2002, no sentido de que a impetrante era a responsável pelo filho menor do segurado, que lá estudava.
- 4) pagamento pela autora de todas as despesas relativas ao funeral do segurado;

- 5) diversas fotografias de eventos familiares;
- 6) declarações firmadas pelos filhos maiores do segurado, de que o pai vivia em união estável com a impetrante;
- 7) pedido de cancelamento de plano de saúde, por motivo financeiro, no qual o segurado e dois de seus filhos constavam como dependentes da impetrante.

Some-se à farta documentação que instruiu o feito administrativo e o presente mandado segurança, o silêncio eloquente da maior interessada em impugnar a pretensão da autora, qual seja, a viúva regularmente citada para a demanda.

8. A afirmação segundo a qual “somente ao Poder Judiciário cabe dizer o direito em relação às ações de estado” não se aplica ao caso, simplesmente porque não se está diante de uma ação de estado. Não se procura aqui alterar o estado civil de quem quer que seja, mas sim reconhecer a qualidade de dependente de um postulante a pensão por morte, algo que se insere no âmbito normal de atividades da Administração, que deverá se cercar das cautelas necessárias e proferir uma decisão administrativa depois da produção das provas pertinentes. Tal decisão restringe-se ao objeto do processo administrativo – concessão ou não de pensão por morte –, não gerando outros efeitos civis.

9. Embora uma decisão judicial pudesse conferir maior segurança jurídica, não se deve obrigar alguém a ir ao Judiciário desnecessariamente, por mera conveniência administrativa, sem amparo legal. O objetivo da parte é obter pensão por morte, não alterar seu estado civil. E a Administração só deve conceder a pensão se se convencer, depois da análise de todas as provas, da qualidade de dependente, que não pode ser pré-excluída apenas pela ausência de separação judicial.

10. O companheiro já enfrenta uma série de obstáculos inerentes à informalidade da sua situação, pois deve produzir prova da união estável a cada vez e perante todas as pessoas e instâncias em face das quais pretenda usufruir de direitos legalmente previstos. Naturalmente, há margem para disciplinar o procedimento de coleta e apreciação das provas pertinentes. Porém, se ao final a prova produzida é idônea – o que não é objeto de questionamento nos presentes autos –, não há como deixar de reconhecer a união estável e os direitos daí decorrentes. A lei não exige a separação judicial em todos os casos como requisito para o reconhecimento de união estável: tal união, ao contrário, se configura se houver separação judicial **ou de fato** (CC, art. 1.723, § 1º).

11. O entendimento do Tribunal de Contas da União, consignado no Acórdão nº 1.348/2010 e reproduzido neste caso, equivale a tratar a companheira como se concubina fosse, apenas em razão da ausência de separação judicial, ainda que sejam robustas as provas produzidas no âmbito administrativo no sentido da separação de fato.

12. Vale notar que a situação dos autos não é igual à decidida no RE 397.762, Rel. Min. Marco Aurélio², invocado nas informações do TCU, em que não havia separação de fato, mas relações concomitantes, tema que não está em discussão no presente julgamento. Pelas mesmas razões, o caso não se enquadra exatamente na mesma situação do processo-paradigma do tema 526 da repercussão geral (RE 669.465, Rel. Min. Luiz Fux). Aliás, a separação de fato foi expressamente ressalvada em julgado posterior como hipótese autorizadora do reconhecimento da união estável (RE 590.779, Rel. Min. Marco Aurélio). No mesmo sentido, também podem ser referidas as seguintes decisões monocráticas: AI 856.770, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 595.609, Rel. Min. Ayres Britto.

13. Diante do exposto, **confirmando a decisão liminar e concedo a segurança para anular o acórdão TCU nº 1.189/2014**, restabelecendo-se a pensão por morte da impetrante em concorrência com a viúva do ex-servidor E. da C. S. Prejudicado o agravo regimental da União, que deve comprovar o cumprimento da ordem em 15 (quinze) dias.

14. É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência pela sensibilidade, como sempre a acutíssima lucidez para o exame desta matéria.

Com efeito, a união estável tem igual dignidade das outras formas de família, é um fenômeno jurídico que se torna apreensível independentemente de pronunciamento judicial prévio e pode ser sintetizado, dentre outras anotações que tenho aqui neste momento, mas, por todos, cito, da obra sobre união estável, a afirmação do Doutor Rodrigo da Cunha Pereira:

Para o ilustre Professor mineiro, “o essencial é que se tenha formado entre pessoas uma relação afetiva e duradoura, com o objetivo de constituir uma família, ou seja, com o propósito de estabelecer uma vida em comum”.

Portanto, esta conjugalidade, também assim entendida, chancela a conclusão a que Vossa Excelência chegou, e, dessa forma, tenho a honra de acompanhar integralmente.

² Eis a ementa do precedente: “COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.”

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, sinto-me, hoje, absolutamente confortada com essa decisão de Vossa Excelência, porque ela coincide em gênero, número e grau com o que foi decidido no meu primeiro tribunal de origem, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região, há muitos anos, em um processo administrativo em que a situação fática era exatamente esta: companheira, com a qual o servidor na época mantinha união estável e inclusive tinha uma filha, versus esposa, da qual formalmente separado. O processo administrativo estava sob a minha relatoria, e a decisão foi exatamente no sentido da divisão da pensão entre as duas.

Acompanho Vossa Excelência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, também louvo o voto de Vossa Excelência que corresponde a uma adaptação da realidade normativa, a realidade prática.

Vivenciei na minha prática de magistrado algumas situações. E as sintetizo numa passagem – não me recordo agora – que basicamente diz o seguinte: no Direito brasileiro, a união estável foi consagrada na Constituição Federal, quer dizer, deu o ensejo à normatização na Constituição Federal, porque 50% das famílias brasileiras eram famílias espontâneas, isto é, chegou-se à conclusão de que naqueles lares nunca tinha passado um juiz, nunca tinha passado um padre, mas havia filho, havia amor e havia uma família. Então, vejam que essas situações de fato, elas ensejaram uma consagração constitucional dessas situações fáticas. E Vossa Excelência, agora, traz a lume um exemplo que não traz nenhum risco para a higidez do sistema jurídico, vale dizer, estão ostensivamente separados de fato e as provas do direito líquido e certo da companheira estão dentro do processo do TCU, a ponto dos filhos concordarem, a ponto de ela, a companheira, mantê-los no seu Plano de Saúde, prova inequívoca que moravam juntos, e mais esse aspecto da não oposição do cônjuge sobrevivente.

De sorte que, parabenizando mais uma vez esse voto de vanguarda de Vossa Excelência, o acompanho às inteiras.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, uso a palavra apenas para ressaltar, mais uma vez, que a situação jurídica é diversa da que levou a Turma a não reconhecer a divisão da pensão, no recurso extraordinário nº 397.762-8/BA e, posteriormente, no de nº 590.779, mencionado por Vossa Excelência. Em ambos, atuei como relator.

Confesso que, se partíssemos, não para a interpretação teleológica, mas para a simplesmente gramatical, verbal, do que se contém no artigo 1.727 do Código Civil, não chegaríamos ao implemento da ordem. Por quê? Porque o preceito revela que as relações não eventuais entre o homem e a mulher – e a relação não era eventual,

considerada a impetrante –, impedidos de casar, constituem concubinato. E este não gera a aquisição de direitos.

Mas interpreto esse preceito buscando o objetivo a ser alcançado. Muito embora a separação de fato não afaste a impossibilidade de casamento, há de haver, realmente, o desenlace quanto a este, formalmente estabelecido, tem-se que ficou demonstrado, à exaustão, que o falecido não coabitava o mesmo teto da mulher com quem casara, e que vivia em companheirismo com a impetrante. Essa demonstração tornou-se estreme de dúvidas.

Então, interpretando o artigo 1.727 citado, e sem adentrar o campo da incoerência, observados os precedentes de minha lavra, em que não havia essa singularidade, acompanho Vossa Excelência.

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA 33.008

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

IMPTE.(S): C. da C. M.

ADV.(A/S): CARLOS ALBERTO BOECHAT RANGEL (0064900/RJ)

IMPDO.(A/S): TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

LIT.PAS.(A/S): E. S. E S.

LIT.PAS.(A/S): UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: A Turma concedeu a segurança, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 3.5.2016.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma

Jurisprudência Criminal

• • •

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* 119.900 CEARÁ

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

RECTE.(S): JOSE JUVEMAR MARQUES

ADV.(A/S): FRANCISCO JOSÉ COLARES FILHO

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. RECORRENTE DEFENDIDO POR PROFISSIONAL NÃO INSCRITO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PREJUÍZO À DEFESA TÉCNICA EVIDENTE. NULIDADE DA AÇÃO PENAL.

1. Nos termos do art. 4º da Lei nº 8.906/1994, são nulos todos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil. Precedentes.

2. A decisão do Tribunal de Justiça que submeteu o recorrente a novo Júri baseou-se em elementos probantes colhidos em audiência em que o falso advogado atuara como defensor, o que demonstra o efetivo prejuízo causado à parte.

3. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro TEORI ZAVASCKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em dar provimento ao recurso ordinário para declarar nulo todos os atos processuais praticados a partir do interrogatório, inclusive, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 5 de maio de 2015.

Ministro TEORI ZAVASCKI – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido nos autos do HC 262.922/CE, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE). Consta dos autos, em síntese, que (a) o recorrente foi absolvido da acusação da prática do crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV, do CP); (b) inconformada, a acusação apelou para o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que deu provimento à apelação para que se realizasse novo julgamento; (c) alegando que o recorrente foi defendido por profissional não inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, a defesa requereu a anulação de toda a instrução criminal, mas o pleito foi indeferido; (d) o recorrente foi, então, submetido a novo julgamento e condenado à pena de 12 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV, do CP); (e) inconformado, apelou para o TJ/CE, que negou provimento ao recurso, mantendo íntegra a sentença condenatória; (f) insistindo na anulação da ação penal, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu da impetração, mas analisou a matéria, em acórdão assim ementado:

“(…) – A jurisprudência desta Corte Superior tem entendido que a falta de inscrição na OAB do defensor constituído é causa de nulidade relativa, que deve ser suscitada na primeira oportunidade de se falar nos autos e cujo reconhecimento depende da correlata comprovação do efetivo prejuízo, conforme o princípio do *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563 do CPP.

– No caso dos autos, resta clara a preclusão à alegada nulidade, uma vez que, mesmo anterior à pronúncia, foi suscitada somente 4 anos após sua ciência e após a anulação, pelo Tribunal de Justiça local, do julgamento pelo Conselho de Sentença que havia absolvido o paciente.

– Ademais, não restou demonstrado qualquer prejuízo à defesa, visto que o referido defensor, enquanto representou o paciente, atuou ativamente, apresentando defesa prévia, rol de testemunhas e formulando perguntas às mesmas, tendo havido, inclusive, conforme consta dos autos, a absolvição do réu no primeiro Júri a que foi submetido.

– Por fim, convém ressaltar que o acórdão aqui impugnado foi julgado em 17.11.2008, todavia, somente em 08.01.2013 (mais de 4 anos depois) foi protocolado o presente *habeas corpus*, restando, mais uma vez, demonstrada a desídia da defesa em socorrer os interesses do paciente.

Habeas corpus não conhecido”.

O recorrente alega, em suma, que: (a) “descumprida uma formalidade essencial ao ato (...), a denegação da ordem de *habeas corpus* impetrada constituiu nítido constrangimento ilegal (...);” (b) a defesa só tomou conhecimento de que o então defensor do réu não possuía habilitação profissional na data do segundo julgamento (14/4/1999), não havendo que falar, portanto, em preclusão. Requer, ao final, o provimento do recurso, para reconhecer a nulidade do processo, com a expedição de alvará de soltura.

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Voto – MIN. TEORI ZAVASCKI

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): 1. Nos termos do art. 4º da Lei nº 8.906/1994, são nulos todos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil. O art. 263 do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. É no mesmo sentido o entendimento desta Corte, que tem reconhecido a nulidade de atos processuais praticados por não advogados.

Vejam-se os seguintes precedentes:

“AÇÃO PENAL. Atos processuais. Defesa. Defensor. Falta. Réu patrocinado por falso advogado. Recurso ratificado por quem o é. Irrelevância. Condenação. Prejuízo presumido. Nulidade processual reconhecida. Recurso provido. Precedentes. Inteligência e aplicação do art. 4º da Lei nº 8.906/1994. São tidos por inexistentes os atos processuais, privativos de advogado, praticados por quem o não seja” (RHC 83800, Relator(a): CEZAR PELUSO, Primeira Turma, DJe de 14-10-2005).

“(…) 1. Tem-se como nulo o processo em que funcionou como defensor do réu, ainda que por este constituído, quem não estava regularmente inscrito em nenhuma Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. 2. Não se pode emprestar ao caso dos autos a extensão da regra ínsita no art. 565 do CPP, de vez que o réu, outorgante do instrumento de mandato com poderes *ad judicium*, cuja profissão declarada é a de servente de pedreiro, não poderia deduzir que a outorgada, com escritório montado e frequentando o presídio onde o mesmo se achava preso, era falsa advogada e que se valia da inscrição de profissional habilitado para agir em Juízo. 3. Comprovado nos autos o prejuízo para o réu pela inexistência de defesa técnica porque patrocinada por pessoa inabilitada para o exercício da advocacia, do que resultou por comprometer o seu *status libertatis*, impõe-se a declaração da nulidade do processo a partir do interrogatório e a expedição do alvará de soltura. 4. *Habeas corpus* deferido para anular o processo a partir do interrogatório, determinando a imediata expedição de alvará de soltura” (HC 71705, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJ 31-05-1996).

Habeas corpus. 2. Defesa do paciente exercida por estagiários do Serviço de Assistência Judiciária do Conselho Penitenciário do Distrito Federal e não por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Nulidade. (...) 4. *Habeas corpus* deferido

para anular o processo criminal, desde a defesa prévia inclusive, a fim de ser renovado o procedimento, devendo o acusado ser assistido por profissional habilitado, na forma da lei. 5. Deferida a liberdade imediata ao paciente, devendo nessa situação aguardar a renovação do processo, ora anulado, se por *al.* não houver de permanecer preso ou vir a ser, de novo, custodiado (HC 74448, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, DJ 15-12- 2000).

E, ainda: HC 85717, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 14-06-2013.

2. Na espécie, não há controvérsia acerca do fato de que houve a prática de atos processuais por falso advogado. O interrogatório do paciente e a oitiva de algumas testemunhas foram acompanhadas por profissional não inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); o mencionado defensor apresentou, ainda, a defesa prévia e peticionou requerendo a substituição do rol de testemunhas (e-STJ, fl. 24). Com efeito, o prejuízo torna-se evidente no momento em que o Tribunal de Justiça local submete o recorrente a novo Júri, sob o fundamento de que a decisão dos jurados, que absolvera o réu, era contrária à prova dos autos, utilizando-se, para tanto, justamente os depoimentos de Francisco Valdeci Lopes de Lima e Luciano Lima Cavalcante (e-STJ, fls. 51-52), colhidos em audiência em que o falso advogado atuara como defensor do réu.

Nessa perspectiva, não há como deixar de reconhecer a nulidade dos atos processuais nos quais o recorrente ficou sem defesa técnica, notadamente daqueles utilizados expressamente pelo TJ/CE para agravar sua situação jurídica.

3. Pelo exposto, dou provimento ao recurso para declarar nulo todos os atos processuais praticados a partir do interrogatório, inclusive. É o voto.

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* 119.900

PROCED.: CEARÁ

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

RECTE.(S): JOSE JUVEMAR MARQUES

ADV.(A/S): FRANCISCO JOSÉ COLARES FILHO

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma, por votação unânime, deu provimento ao recurso ordinário para declarar nulo todos os atos processuais praticados a partir do interrogatório, inclusive, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. 2ª Turma, 05.05.2015.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli, em face da participação, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, no Programa de Visitantes Internacionais, por ocasião das eleições para a Câmara dos Comuns do Reino Unido.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Deborah Duprat.

Ravena Siqueira – Secretária

HABEAS CORPUS 132.909

SÃO PAULO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

PACTE.(S): CRAIG JOSEPH GIFFORD

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. ALEGAÇÃO DE IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA COMPLEMENTAR NA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. DESNECESSIDADE. INEXIGÊNCIA NA LEI Nº 11.343/2006 DE DETERMINAÇÃO DO GRAU DE PUREZA DA DROGA E DO SEU POTENCIAL LESIVO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. ORDEM DENEGADA.

1. Desnecessária a aferição do grau de pureza da droga para realização da dosimetria da pena. A Lei nº 11.343/2006 dispõe como preponderantes, na fixação da pena, a natureza e a quantidade de entorpecentes, independente da pureza e do potencial lesivo da substância. Precedente.

2. Para acolher a alegação da Impetrante de imprescindibilidade da perícia complementar na substância entorpecente apreendida, seria necessário o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o *habeas corpus*. 3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, **em denegar a ordem**, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 15 de março de 2016.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA** — Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. *Habeas corpus*, com requerimento de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em benefício de Craig Joseph Gifford, contra julgado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em 19.11.2015, negou provimento ao Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 63.295, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, do Superior Tribunal de Justiça.

O caso

2. O Paciente foi denunciado pela prática do delito do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, incs. I e III, da Lei nº 11.343/2006, nestes termos:

Em 13 de dezembro de 2014, por volta das 22:30 horas, no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, CRAIG JOSEPH GIFFORD foi surpreendido momentos antes de embarcar no voo EY 190, da Companhia Aérea ETIHAD AIRLINES, com destino final em Manila/Filipinas, tendo escala em Abu Dhabi/Emirados Árabes, quando guardava e trazia consigo 6.427g (seis mil, quatrocentos e vinte e sete gramas – massa líquida) de substância entorpecente destinada a consumo de terceiros no exterior, sem autorização legal ou regulamentar, cujos testes preliminares apontam de forma positiva para cocaína, conforme Laudo Preliminar de Constatação (...).

No dia dos fatos, o APF MARCOS GONZAGA PITANGA DA SILVA encontrava-se de serviço na Delegacia do Aeroporto Internacional de São Paulo, quando o analista tributário MILTON SÉRGIO DE MORAES JUNIOR e o APF CARDOSO compareceram na Delegacia trazendo uma bagagem para que fosse submetida à perícia preliminar, pois haviam detectado material orgânico suspeito no interior da mala, após a passagem da mesma pelo aparelho de raio-x.

Ato contínuo, foi identificado o proprietário da bagagem e conduzido até a Delegacia de Polícia Federal juntamente com a testemunha FRANCISCO CELIO CRUZ LEITE. Após abertura da bagagem, foram localizadas diversas caixas de sabonetes, potes de creme de cabelo, entre outros produtos, ocultando em seu interior substância orgânica em forma de pó, que submetida à perícia preliminar acusou ser COCAÍNA, razão pela qual CRAIG JOSEPH GIFFORD foi preso em flagrante delito.

Além dos invólucros contendo entorpecentes, foram apreendidos: a) 01 (um) bilhete eletrônico e 01 (uma) etiqueta de bagagem, ambos da companhia aérea ETIHAD; b) 01 (um) passaporte britânico nº 510607648 (...).

A materialidade do delito restou configurada pelo auto de apresentação e apreensão e pelo laudo de constatação preliminar (...), que apontou positivo para cocaína, totalizando massa de 6.427g (seis mil, quatrocentos e vinte e sete gramas).

Do mesmo modo, irrefutáveis os indícios de autoria, uma vez que o ora denunciado CRAIG JOSEPH GIFFORD foi preso em flagrante delito quando trazia a droga acondicionada em sua bagagem.

Caracteriza-se a internacionalidade do tráfico, tendo em vista que o acusado foi flagrado momentos antes de embarcar em voo internacional da empresa ETIHAD AIRLINES, com destino a Manila/Filipinas, tendo escala em Abu Dhabi/Emirados Árabes Unidos.

3. A defesa do Paciente pediu ao Juízo da 4ª Vara Federal em Guarulhos, 19ª Subseção Judiciária de São Paulo, que a substância entorpecente apreendida fosse submetida à perícia complementar, “visando a determinar o ‘grau de pureza’ da droga”, o que foi indeferido.

4. Foi impetrado o Habeas Corpus nº 0007063-32.2015.4.03.0000 no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pleiteando-se fosse determinada a “*imediate complementação do laudo pericial, a fim de se verificar o grau de pureza da substância apreendida*”. Em 23.04.2015, antes do julgamento do mérito dessa impetração, o Paciente foi condenado à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e 816 dias-multa, mantida a prisão cautelar.

5. Em 22.06.2015, ao julgar o mérito do Habeas Corpus nº 0007063-32.2015.4.03.0000, a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região denegou a ordem:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. AUSÊNCIA DE NULIDADE NA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DO LAUDO DE EXAME QUÍMICO-TOXICOLÓGICO. ORDEM DENEGADA.

1. *Não vislumbro nulidade na decisão que indeferiu o pedido de complementação do laudo de exame químico-toxicológico, sendo que a indicação do grau de pureza da droga não desqualifica a natureza entorpecente da substância e nem é apta a influir na dosimetria da pena. O laudo pericial concluiu que foram apreendidos em poder do paciente 6.427g (seis mil, quatrocentos e vinte e sete gramas) de massa líquida de cocaína, indicando a quantidade e a natureza da droga, em atenção ao art. 42 da Lei nº 11.343/2006.*

2. *Ordem de habeas corpus denegada.*

6. Esse julgado foi objeto do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 63.295, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, do Superior Tribunal de Justiça. Em 19.11.2015, a Sexta Turma denegou a ordem:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. COMPLEMENTAÇÃO DO LAUDO PERICIAL. GRAU DE PUREZA DA DROGA. DESNECESSIDADE. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO.

1. *De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é desnecessário se aferir o grau de pureza da droga para fins de fixação da pena. A Lei nº 11.343/2006, em seu art. 42, estabelece como preponderantes a natureza e a quantidade de entorpecentes, independentemente da pureza da substância, de quanto ela poderia render ou de quanto ela está misturada a outros produtos nocivos à saúde.*

2. *Recurso ordinário desprovido.*

7. Contra esse acórdão foi impetrado o presente *habeas corpus*, no qual a Impetrante alega:

No presente caso, os laudos periciais realizados identificam a presença do alcalóide cocaína no material encontrado com a paciente, dentro de sua mala. Sendo assim, ao menos em princípio, estaria configurada a materialidade delitiva, bem como constatada a natureza do entorpecente, a saber, cocaína.

Não obstante isto, não se pode olvidar que a droga, em especial a cocaína, não costuma ser comercializada em seu estado puro. Com efeito, as doses vendidas aos usuários nunca apresentam teor de cocaína igual a 100%, sendo submetidas a um processo conhecido como "batismo", no qual o traficante mistura outras substâncias ao entorpecente, tais como farinha e medicamentos. O objetivo, nesses casos, é possibilitar a comercialização de um maior número de doses.

Partindo-se da premissa de que a mercadoria já batizada não possui o mesmo potencial lesivo do que a droga em seu estado puro e tendo em vista o princípio da individualização da pena, é certo que o indivíduo que for pego com droga pura deve ser punido com uma pena maior do que aquele que for pego com a substância com grau de pureza equivalente a 30%.

Por este motivo, resta claro que o pedido formulado pela defesa encontra fundamento na individualização da pena, na correta aplicação da lei penal e na garantia do contraditório e da ampla defesa.

Com efeito, no momento em que a quantidade da substância ou produto ilícito é circunstância essencial para dosimetria da pena-base, de acordo com o art. 42 da Lei nº 11.343/2006, fundamental se faz a aferição exata da quantidade transportada, sob pena de violação de diversos princípios homenageados em nossa Constituição.

(...)

Da mesma forma, muitos julgados utilizam a quantidade de entorpecente para fixar o quantum de diminuição da pena quando da análise do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 ou mesmo entendem que esse fato revela que o acusado integra ou não a organização criminosa, donde se conclui ser essencial sua exata aferição.

Argumenta “que a constatação do grau de pureza da droga e a identificação das substâncias com as quais foi agregada são indispensáveis, repita-se, para que se tenha a exata dimensão do perigo a que foi exposta a saúde pública e, por conseguinte, aplique-se a reprimenda ao violador da norma penal de forma proporcional à potencialidade lesiva de sua conduta. Assim sendo, o indeferimento do pedido feito pela defesa de complementação do laudo implica, em última análise, na afronta ao princípio da ampla defesa, já que impediu a efetiva participação do paciente no processo”.

Este o teor dos pedidos:

- a) a concessão da medida liminar, determinando-se a suspensão do feito originário enquanto não julgado definitivamente o presente writ, bem como para determinar o trancamento da ação penal em curso;*
- b) a concessão da presente ordem, para o fim de anular a r. decisão que indeferiu o pedido de complementação do laudo pericial, determinando-se a imediata realização de tal prova a fim de se verificar o grau de pureza da substância apreendida.*

8. Em 11.02.2016, determinei vista ao Procurador-Geral da República, que opinou “pelo não conhecimento do habeas corpus e, no mérito, pela denegação da ordem”.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Razão jurídica não assiste à Impetrante.
2. Ao indeferir o pedido de perícia complementar na substância entorpecente apreendida, o Juízo de origem decidiu:

12. DA PERÍCIA COMPLEMENTAR NA SUBSTÂNCIA

O requerimento para que a substância apreendida seja submetida à perícia complementar, visando a determinar o ‘grau de pureza’ da droga, como pretendido pela defesa, não merece prosperar.

Com efeito, a Lei nº 11.343/2006 estabeleceu como circunstâncias preponderantes para a fixação da pena, no que diz respeito à substância, somente a quantidade e natureza. Nada mais.

Ora, se a Lei não estabeleceu como circunstância imprescindível para o juízo de culpabilidade o “grau de pureza” da substância, não cabe ao intérprete exigir tal providência.

Veja-se que a quantidade do material apreendido pode ser demonstrada de modo empírico por meio da constatação de seu peso líquido — o que ficou perfeitamente estabelecido já no laudo preliminar acostado aos autos (fls. 33/36).

Além disso, o “grau de pureza” da substância apreendida certamente passa ao largo do conhecimento da própria pessoa que transportava a droga. Diferentemente a quantidade, seguramente aferida pelo seu peso líquido, é perfeitamente possível de ser concebida pelo sujeito que realiza o transporte (sobretudo no caso dos autos, em que CRAIG JOSEPH GIFFORD, ao que consta, foi preso em flagrante com mais de seis quilos de cocaína na bagagem que transportava consigo — fls. 02/04).

A admissão da tese levantada pela defesa, portanto, estaria criando uma nova exigência, não prevista pela Lei, especulando sobre o subjetivo “número de doses em que o material ‘poderia’ ser fracionado, de acordo com o que ‘normalmente’ se verifica nas ruas”. Como se vê, cuidam-se de meras especulações e elucubrações, bem distantes da segura constatação do peso líquido e da natureza da substância. (...)

Por todo o exposto, INDEFIRO o pedido formulado pela Defensoria Pública da União para que seja realizada perícia complementar na substância apreendida, visto que o laudo preliminar constante nos autos atesta de forma precisa e satisfatória a natureza e a quantidade da substância.

3. Ao manter o indeferimento do pedido de realização de perícia complementar, a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região assentou:

Não restou demonstrado o alegado constrangimento ilegal.

Consta do Auto de Prisão em Flagrante que, em 14.12.14, o paciente foi preso tentando embarcar no Aeroporto Internacional de São Paulo (SP), em voo da companhia aérea “Etihad Airways”, Abu Dhabi (Emirados Árabes), tendo como destino final Manila, Filipinas (12/13), trazendo

consigo 6.427g (seis mil, quatrocentos e vinte e sete gramas) de massa líquida de cocaína (fl. 23).

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de Craig Joseph Gifford pela prática do delito previsto no art. 33, caput, c. c. o art. 40, II, ambos da Lei nº 11.343/2006 (fls. 55/56).

O laudo de preliminar de constatação nº 4743/2014 - NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP foi positivo para 6.427g (seis mil, quatrocentos e vinte e sete gramas) de massa líquida de cocaína (fls. 17/19.), sendo essa conclusão corroborada pelo laudo definitivo de química forense nº 4846/2014 - NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP (fls. 43/46).

Ao oferecer defesa prévia, a Defensoria Pública da União requereu a complementação dos laudos periciais para que os peritos esclarecessem o grau de pureza da substância apreendida em poder da paciente (fls. 99/103v.).

O MM. Juízo a quo indeferiu o pedido da defesa (...).

Não vislumbro nulidade na decisão que indeferiu o pedido de complementação do laudo de exame químico-toxicológico, sendo que a indicação do grau de pureza da droga não desqualifica a natureza entorpecente da substância e nem é apta a influir na dosimetria da pena.

O laudo pericial concluiu que foram apreendidos em poder do paciente 6.427g (seis mil, quatrocentos e vinte e sete gramas) de massa líquida de cocaína, indicando a quantidade e a natureza da droga, em atenção ao art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

4. Esse julgado foi mantido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Irrepreensível o acórdão impugnado, haja vista que em absoluta consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já decidiu pela desnecessidade de se aferir o grau de pureza da droga para fins de fixação da pena. Com efeito, a Lei nº 11.343/2006, em seu art. 42, estabelece como preponderantes a natureza e a quantidade de entorpecentes, independentemente da pureza da substância, de quanto ela poderia render ou de quanto ela está misturada a outros produtos nocivos à saúde.

5. Esse julgado harmoniza-se com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÕES DE: 1º) CERCEAMENTO DE DEFESA EM FACE DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO DO LAUDO PERICIAL QUANTO À PUREZA DA

COCAÍNA APREENDIDA; 2º) NULIDADE DO PROCESSO PELA NÃO REALIZAÇÃO DE EXAME TOXICOLÓGICO APESAR DE O PACIENTE TER SE DECLARADO USUÁRIO DE DROGAS ENTORPECENTES. 1. Habeas-corpus não conhecido quanto à alegação de nulidade pela não realização de exame toxicológico, porque a questão não foi submetida ao Tribunal apontado como coator, não sendo, portanto, competente o Supremo Tribunal Federal para reexaminá-la. 2. O tipo penal do art. 12 da Lei de Tóxicos exige que se trate de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, não distinguindo a espécie da substância nem o seu grau de pureza. 3. O relato dos peritos não deixou espaço para a tese do impetrante, fundada na suposição de que a substância poderia estar tão diluída em outras não entorpecentes a ponto de descaracterizar o tipo penal. 4. Habeas-corpus conhecido em parte, e nesta parte indeferido, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça para prosseguir no julgamento da matéria de sua competência, como entender de direito (HC nº 75.728, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ 13.02.1998).

O Procurador-Geral da República proferiu parecer nos seguintes termos:

10. Não há como vislumbrar, de fato, qualquer constrangimento ilegal ao paciente, pois o indeferimento fundamentado de pedido de realização de prova não configura cerceamento de defesa. Afinal, cabe ao juiz, na esfera de sua discricionariedade, negar motivadamente as diligências que considerar desnecessárias para a elucidação dos fatos ou mesmo as diligências protelatórias, nos termos do art. 411, § 2º, do CPP1, devendo a sua imprestabilidade ser devidamente justificada pela parte. Precedentes: HC 106.734, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 04/05/2010; HC nº 106.734/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 4/5/11; HC 108.961, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 08/08/2012; AI nº 741.442/SP-AgR, 1ª Turma, Rel. o Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 15/6/11; AI nº 794.090/SP-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/02/11; e AI nº 617.818/SP-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 22/11/10; e RHC 126.853-AgR, Rel. Min. Luz Fux, DJe-182 de15-09-2015).

11. No que concerne à apontada imprescindibilidade da diligência requerida pela defesa e indeferida pelo Juízo processante, cumpre registrar que a tese é totalmente descabida, pois o simples fato de a droga estar misturada com outros ingredientes não afasta a sua natureza mais nociva, se comparada com outras drogas, tampouco enseja a relativização da quantidade de entorpecente apreendido, uma vez que para fins de mensuração não se considera apenas o volume

de substância pura encontrada, mas sim a totalidade de material arrecadado, exatamente como na espécie.

12. Deve-se ressaltar que, quanto mais alto o grau de pureza do entorpecente, mais porções poderá render e maior quantidade de “consumidores” poderá atingir, posto que irá, necessariamente, passar por um processo de mistura e multiplicação. Assim, se for constatado que a droga apreendida ostenta um alto grau de pureza, tal circunstância certamente deverá ser considerada como desfavorável ao réu na primeira fase da dosimetria, em razão de sua altíssima potencialidade lesiva.

13. Por outro lado, caso seja verificado que o entorpecente possui um menor grau de impureza, isso não implicará, como faz parecer a impetrante, na redução do seu potencial de disseminação. Tal informação presta-se apenas para demonstrar que a substância está mais próxima do produto final a ser comercializado, sem que se possa falar em redução da quantidade de porções disponibilizadas para venda e, tampouco, em menor probabilidade de lesão ao bem jurídico.

14. Com efeito, a “pureza” da droga apreendida não altera a reprovabilidade da conduta do paciente, pois aquela quantidade será revendida em sua totalidade como substância entorpecente “cocaína”, não podendo prosperar a tese da Defensoria Pública de que um “número inferior de pessoas será afetada por essa droga”. Destarte, a quantidade apreendida está apta a ser avaliada como circunstância essencial para dosimetria da pena-base, de acordo com o art. 42 da Lei nº 11.343/2006.

15. Ademais, o legislador não invocou o grau de pureza das substâncias apreendidas como fator influenciador do cálculo penal. O aresto impugnado, portanto, não comporta qualquer reparo (...).

16. Por fim, a inexistência de especificação do teor da cocaína apreendida com o paciente não impediu o magistrado de aplicar uma pena justa, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, como de fato aconteceu in casu.

6. Para analisar a alegação da Impetrante de a perícia complementar na substância entorpecente apreendida ser imprescindível, seria necessário o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o *habeas corpus*.

Este Supremo Tribunal assentou que o “*habeas corpus constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento*” (HC nº 74.295, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 22.06.2001).

7. Pelo exposto, **voto pela denegação da ordem.**

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 132.909

PROCED.: SÃO PAULO

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

PACTE.(S): CRAIG JOSEPH GIFFORD

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, denegou a ordem, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. **2ª Turma**, 15.03.2016.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cármem Lúcia e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira — Secretária

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Cível

• • •

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.315.092 - RJ
(2011/0223435-9)**

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

RECORRENTE: FIDELIS AUGUSTO MEDEIROS RANGEL

ADVOGADO: FELIPE MOREIRA DOS SANTOS FERREIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. PREVISÃO CONSTITUCIONAL (ART. 37, § 4º) *PERICULUM IN MORA* PRESUMIDO. *FUMUS BONI IURIS*: INDISPENSABILIDADE.

1. A indisponibilidade de bens é medida que, por força do art. 37, § 4º da Constituição, decorre automaticamente do ato de improbidade. Daí o acertado entendimento do STJ no sentido de que, para a decretação de tal medida, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, dispensa-se a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), que é presumido pela norma, bastando ao demandante deixar evidenciada a relevância do direito (*fumus boni iuris*) relativamente à configuração do ato de improbidade e à sua autoria (REsp 1.203.133/MT, 2ª T., Min. Castro Meira, DJe de 28/10/2010; REsp 1.135.548/PR, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJe de 22/06/2010; REsp 1.115.452/MA, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 20/04/2010; MC 9.675/RS, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 03/08/2011; EDcl no REsp 1.211.986/MT, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 09/06/2011; e EDcl no REsp 1.205.119/MT, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08/02/2011; AgRg no REsp 1256287/MT, 2ª T., Min. Humberto

Martins, DJe de 21/09/2011; e REsp 1244028/RS, 2ª T, Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 02/09/2011).

2. No caso concreto, o acórdão recorrido afirmou a presença do requisito de *fumus boni iuris* com base em elementos fáticos da causa, cujo reexame não se comporta no âmbito de devolutividade próprio do recurso especial (Súmula 7/STJ).

3. Recurso especial desprovido, divergindo do relator.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (voto-vista) os Srs. Ministros Francisco Falcão e Arnaldo Esteves Lima. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves (RISTJ, art. 162, §2º, primeira parte).

Brasília, 05 de junho de 2012.

Ministro Teori Albino Zavascki - Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0223435-9 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.315.092 / RJ**

Números Origem: 00028273320108190000 201113704623 28273320108190000

PAUTA: 03/05/2012 JULGADO: 03/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: **FIDELIS AUGUSTO MEDEIROS RANGEL**

ADVOGADO: **FELIPE MOREIRA DOS SANTOS FERREIRA E OUTRO(S)**

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO
– Atos Administrativos – Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso especial exclusivamente para afastar o bloqueio de bens, sem prejuízo de nova decretação, com fundamentos juridicamente adequados, se for o caso, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Aguardam os Srs. Ministros Francisco Falcão e Arnaldo Esteves Lima.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0223435-9 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.315.092 / RJ**
Números Origem: 00028273320108190000 201113704623 28273320108190000
PAUTA: 05/06/2012 JULGADO: 05/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: FIDELIS AUGUSTO MEDEIROS RANGEL

ADVOGADO: FELIPE MOREIRA DOS SANTOS FERREIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO
– Atos Administrativos – Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (voto-vista) os Srs. Ministros Francisco Falcão e Arnaldo Esteves Lima.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves (RISTJ, art. 162, §2º, primeira parte).

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. PREVISÃO CONSTITUCIONAL (ART. 37, § 4º) *PERICULUM IN MORA* PRESUMIDO. *FUMUS BONI IURIS*: INDISPENSABILIDADE.

1. A indisponibilidade de bens é medida que, por força do art. 37, § 4º da Constituição, decorre automaticamente do ato de improbidade. Daí o acertado entendimento do STJ no sentido de que, para a decretação de tal medida, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.429/92, dispensa-se a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), que é presumido pela norma, bastando ao demandante deixar evidenciada a relevância do direito (*fumus boni iuris*) relativamente à configuração do ato de improbidade e à sua autoria (REsp 1.203.133/MT, 2ª T., Min. Castro Meira, DJe de 28/10/2010; REsp 1.135.548/PR, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJe de 22/06/2010; REsp 1.115.452/MA, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 20/04/2010; MC 9.675/RS, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 03/08/2011; EDcl no REsp 1.211.986/MT, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 09/06/2011; e EDcl no REsp 1.205.119/MT, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08/02/2011; AgRg no REsp 1256287/MT, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe de 21/09/2011; e REsp 1244028/RS, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 02/09/2011).

2. No caso concreto, o acórdão recorrido afirmou a presença do requisito de *fumus boni iuris* com base em elementos fáticos da causa, cujo reexame não se comporta no âmbito de devolutividade próprio do recurso especial (Súmula 7/STJ).

3. Recurso especial desprovido, divergindo do relator.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

1. Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em agravo de instrumento de decisão que determinou a indisponibilidade de bens do ora recorrente nos autos da ação civil pública, decidiu que deve ser mantida a medida de constrição, pois a decisão impugnada apresentou dados afirmativos da configuração de irregularidades em contrato de prestação de serviços de manutenção e limpeza dos banheiros das praias do centro da cidade. O aresto foi assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINA A INDISPONIBILIDADE DOS BENS DE AGENTES POLÍTICOS DO MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS. INCONFORMISMO DO AGRAVANTE SOB A ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RISCO DE DILAPIDAÇÃO DE SEU PATRIMÔNIO PESSOAL. DECISÃO MANTIDA. EXISTÊNCIA DE RELATÓRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NO SENTIDO DE SUPERFATURAMENTO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA DO MUNICÍPIO E DE PARECER TÉCNICO NO MESMO SENTIDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 59 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO. PROVIMENTO NEGADO. (fl. 366)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 380-383). Nas razões do recurso especial (fls. 386-396), o recorrente aponta violação aos arts. 7º e 16 da Lei nº 8.429/92, asseverando a impossibilidade de aplicação da medida de indisponibilidade de bens, pois não se encontram presentes os requisitos essenciais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* hábeis a configurar a necessidade de decretação da constrição patrimonial. Aduz, ainda, que (I) “na decisão que decretou a indisponibilidade, corroborada pelo acórdão recorrido, jamais foi sequer mencionada qual seria a circunstância pela qual o recorrente estaria dilapidando os seus bens, colocando em risco futura execução em seu desfavor” (fl. 391); (II) a manutenção da medida fere “pacífica jurisprudência, construída no sentido de preservar a ampla defesa garantida constitucionalmente” (fl. 392); e (III) “medida tão gravosa como essa não pode ser concedida por mera conjectura abstrata” (fl. 395).

Nas contrarrazões (fls. 410-419), o recorrido invoca preliminares de não conhecimento e, no mérito, pede o desprovimento. Em parecer (fls. 459-465), o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso.

O relator, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, deu provimento ao recurso especial para afastar o bloqueio de bens, sem prejuízo de nova decretação, com fundamentos jurídicos adequados, se for o caso. O voto restou ementado nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SANCIONADOR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ARTS. 7º E 16 DA LEI Nº 8.429/92. A CORTE DE ORIGEM FIRMOU-SE APENAS NA GRAVIDADE DO ILÍCITO, PARA DECRETAR A INDISPONIBILIDADE DE BENS DO PROMOVIDO, ORA RECORRENTE. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA OU DA TENTATIVA DE ALIENAR, ONERAR OU DILAPIDAR BENS PATRIMONIAIS. NECESSIDADE DE *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* PARA A IMPOSIÇÃO DA MEDIDA CONSTRITIVA. RECURSO PROVIDO, MAS APENAS PARA AFASTAR O BLOQUEIO DE BENS DO ACIONADO, SEM PREJUÍZO DO TRÂMITE DA AÇÃO E DE NOVA CONSTRIÇÃO, COM FUNDAMENTOS JURIDICAMENTE ADEQUADOS, SE FOR O CASO.

1. A concessão de medida cautelar de indisponibilidade patrimonial dos bens da pessoa processada sob a imputação da prática de ato de improbidade administrativa (arts. 7º e 16 da Lei nº 8.429/92) subordina-se, necessariamente, à pertinente demonstração dos seus pressupostos específicos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), conforme orientação consagrada na doutrina jurídica mais autorizada (TEORI ALBINO ZAVASCKI, *Antecipação de Tutela*, São Paulo, Saraiva, 1997), acompanhada pela jurisprudência do STJ: AgRg no REsp. 422.583/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO (DJ 09.09.02); REsp. 469.366/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON (DJ 02.06.03); REsp. 905.035/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA (DJ 18.09.07).

2. No caso em exame, não se evidenciou que tivesse o recorrente praticado ou tentado praticar atos visando onerar, dilapidar ou alienar os seus bens, ou parte deles, tendo a Corte de origem considerado bastante para a constrição apenas a gravidade do ilícito e o seu vulto, que não são suficientes para justificar a referida medida judicial de urgência.

3. A repressão a quaisquer ilícitos e a persecução da reparação dos seus danos devem se processar com estrita obediência às garantias subjetivas, pois não têm as autoridades, ainda que movidos por altos e legítimos propósitos, a potestade de superar os limites do ordenamento jurídico nem interpretar as normas, pondo-as em confronto com os superiores princípios do sistema.

4. Recurso Especial provido, mas apenas para afastar o bloqueio de bens, sem prejuízo do regular trâmite da ação e de nova decretação de indisponibilidade patrimonial, se presentes os seus pressupostos e com fundamentos juridicamente adequados à medida, se for o caso.

Pedi vista.

2. Estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, razão pela qual, nesse ponto, acompanho o voto do relator. No mérito, todavia, manifesto divergência, pelas razões que seguem.

3. A indisponibilidade de bens é medida que, por força do art. 37, § 4º da Constituição, decorre automaticamente do ato de improbidade. Daí o acertado entendimento do STJ no sentido de que, para a decretação de tal medida, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.429/92, dispensa-se a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), que é presumido pela norma. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/1992. *FUMUS BONI IURIS* DEMONSTRADO.

(...)

2. O Tribunal *a quo* concluiu pela inexistência de elementos que justificassem a indisponibilidade de bens dos recorridos, na forma do art. 7º da Lei nº 8.429/92, ao fundamento de que o decreto de indisponibilidade de bens somente se justifica se houver prova ou alegação de prática que impliquem em alteração ou redução de patrimônio, capaz de colocar em risco o ressarcimento ao erário na eventualidade de procedência da ação.

3. No especial, alega-se a existência de fundados indícios de dano ao erário – fumaça do bom direito – o que, por si só, seria suficiente para motivar o ato de constrição patrimonial, à vista do *periculum in mora* presumido no art. 7º da Lei nº 8.429/92.

4. É desnecessária a prova do *periculum in mora* concreto, ou seja, de que os réus estariam dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de *fumus boni iuris*, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade.

Precedentes.

(...)

6. Recurso especial provido. (REsp 1.203.133/MT, 2ª T., Min. Castro Meira, DJe de 28/10/2010)

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INDISPONIBILIDADE DE BENS – ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.429/1992 – REQUISITOS PARA CONCESSÃO – LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARS* – POSSIBILIDADE.

1. O provimento cautelar para indisponibilidade de bens, de que trata o art. 7º, parágrafo único da Lei nº 8.429/1992, exige fortes indícios de responsabilidade do agente na consecução

do ato ímprobo, em especial nas condutas que causem dano material ao Erário.

2. O requisito cautelar do *periculum in mora* está implícito no próprio comando legal, que prevê a medida de bloqueio de bens, uma vez que visa a “assegurar o integral ressarcimento do dano”.

3. A demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente caracteriza o *fumus boni iuris*.

4. É admissível a concessão de liminar *inaudita altera pars* para a decretação de indisponibilidade e sequestro de bens, visando assegurar o resultado útil da tutela jurisdicional, qual seja, o ressarcimento ao Erário. Precedentes do STJ.

5. Recurso especial não provido. (REsp 1.135.548/PR, 2ª. T., Min. Eliana Calmon, DJe de 22/06/2010)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/1992.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal no Estado do Maranhão contra a ora recorrida e outros, em virtude de suposta improbidade administrativa em operações envolvendo recursos do Fundef e do Pnae.

2. A indisponibilidade dos bens é medida de cautela que visa a assegurar a indenização aos cofres públicos, sendo necessária, para respaldá-la, a existência de fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário (*fumus boni iuris*).

3. Tal medida não está condicionada à comprovação de que os réus estejam dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* está implícito no comando legal. Precedente do STJ.

4. Recurso Especial provido. (REsp 1.115.452/MA, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 20/04/2010).

No mesmo sentido: MC 9.675/RS, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 03/08/2011; EDcl no REsp 1.211.986/MT, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 09/06/2011; EDcl no REsp 1.205.119/MT, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08/02/2011.

4. Cumpre, todavia, ao requerente da medida cautelar a demonstração do *fumus boni iuris*, relativamente à configuração do ato de improbidade e à sua autoria. É nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se constata das seguintes ementas:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE, PELA PRÁTICA DOS ATOS DE IMPROBIDADE. INEXISTÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS*.

1. “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se alinhado no sentido da desnecessidade de prova de *periculum in mora* concreto, ou seja, de que o réu estaria dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de *fumus boni iuris*, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade. Precedentes: REsp 1.203.133/MT, Rel. Min. Castro Meira, REsp 967.841/PA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 08.10.2010, REsp 1.135.548/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 22.06.2010; REsp 1.115.452/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 20.04.2010.” (REsp 1.190.846/PI, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16.12.2010, DJe 10.2.2011).

2. Na hipótese, o Tribunal *a quo* não apenas entendeu pela inexistência do *periculum in mora*, como também pela inexistência da fumaça do bom direito. Razão que, por si só, subsiste para justificar o desbloqueio dos bens. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1256287/MT, 2ª T, Min. Humberto Martins, DJe de 21/09/2011).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADO PREJUÍZO AO ERÁRIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. *PERICULUM IN MORA* PRESUMIDO NO ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92.

1. Cuida-se de recurso especial contra acórdão que deu provimento ao agravo de instrumento interposto por Roberto Grandó contra a decisão proferida em ação cautelar inominada, conexa à ação civil pública de improbidade administrativa, na parte em que manteve a decretação da indisponibilidade de bens do ora recorrido, que havia sido deferida na Justiça Estadual, a qual foi ratificada pela decisão agravada, emanada da Justiça Federal.

2. Inicialmente, é necessário [salientar] que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes.

3. Por outro lado, esta Corte Superior tem posição pacífica no sentido de que não existe norma vigente que desqualifique os

agentes políticos – incluindo secretário municipal, para doutrina e jurisprudência que assim os consideram – como parte legítima a figurar no polo passivo de ações de improbidade administrativa. Precedentes.

4. Os secretários municipais se enquadram no conceito de “agente público” (político ou não) formulado pelo art. 2º da Lei nº 8.429/92 e, mesmo que seus atos pudessem eventualmente se subsumirem à Lei nº 1.079/50, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que existe perfeita compatibilidade entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/92, cabendo, apenas e tão somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente.

5. Sobre a aludida violação dos arts. 7º, 10 e 16 da Lei nº 8.429/92, esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual o *periculum in mora* em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei nº 8.429/92, de modo que ficava limitado o deferimento dessa medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial.

Precedentes.

6. Com efeito, se por um lado exige-se, no tocante ao *fumus boni iuris*, a demonstração de possível dano ao erário, ou enriquecimento ilícito do agente, por outro, no presente caso, a instância ordinária também destacou a verossimilhança das alegações do *Parquet* quanto à ocorrência de lesão ao patrimônio público, sobretudo diante do que se depreende da decisão que deferiu a liminar.

7. Dessa forma, caracterizados os requisitos ensejadores da medida assecuratória de indisponibilidade patrimonial dos bens dos recorridos, é plenamente regular a imposição dessa medida.

8. Recurso especial provido (REsp 1244028/RS, 2ª T, Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 02/09/2011).

Registro que é também nesse sentido o entendimento que manifestei em sede doutrinária, ao registrar, com apoio em autorizada doutrina (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. *In*: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa*: questões polêmicas e atuais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 303; NEIVA, José Antônio Lisbôa. *Improbidade administrativa*: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar, Niterói: Impetus, 2005, p. 133), adotada também

por outros autores (v.g.: GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, 4ª ed., RJ: Lumen Juris Editora, 2008, p. 751), o seguinte:

Em qualquer caso, cumpre ao requerente demonstrar o requisito da verossimilhança, indispensável a qualquer medida cautelar. O risco de dano é, nesse caso, presumido, e essa é característica própria da medida constritiva, assentada em fundamento constitucional expresso (art. 37, § 4º) (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, 5ª ed., SP:RT, 2011, p.118).

É importante reiterar e salientar essa circunstância: a indisponibilidade de bens é medida que, por força do art. 37, § 4º da Constituição, decorre automaticamente do ato de improbidade. Daí o acertado entendimento do STJ no sentido de que, para a decretação de tal medida, dispensa-se a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), que é presumido pela norma, bastando ao demandante deixar evidenciada a relevância do direito (*fumus boni iuris*), ou seja, a configuração do ato de improbidade e a sua autoria.

5. No caso, o recorrente alega que, (a) “da leitura dos dispositivos, infere-se que no presente caso não se encontravam presentes os essenciais requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, hábeis a configurar a necessidade de decretação da indisponibilidade” (fl. 390), e (b) “uma medida tão gravosa como essa não pode ser concedida por mera conjectura abstrata” (fl. 395).

Contudo, o Tribunal *a quo* decidiu que:

há nos autos notícia de que o Agravante, na qualidade de Secretário Municipal de Meio Ambiente do Município de Rio das Ostras no ano de 2004, assinava planilhas e prestação de serviços em seu valor máximo contratado sem real comprovação da efetivação dos mesmos, bem como era o responsável direto pela fiscalização do contrato celebrado com a Empresa R. F. Machado Construtora Ltda (fl. 29 deste agravo de instrumento). A decisão impugnada também apresenta dados afirmativos no sentido da existência de relatório do Tribunal de Contas deste Estado, dando notícia de irregularidades no contrato discutido nos autos da ação civil pública ora combatida. Os fatos são graves, apontando aparente superfaturamento na contratação pelo Município de Rio das Ostras de serviços de manutenção e limpeza dos banheiros das praias do centro da referida cidade. A decisão guerreada aponta importante diferença entre o razoável do contrato em 2006 (R\$ 193.839,12) e o que fora efetivamente pactuado pela municipalidade (R\$ 1.159.017,97), justificando, em cognição sumária, a manutenção da indisponibilidade (fls. 368-369).

Assim, refutar essas afirmações demanda a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é cabível no âmbito do recurso especial, conforme estabelece a Súmula 7 do STJ.

6. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial, divergindo do relator.

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Especial interposto por FIDELIS AUGUSTO MEDEIROS RANGEL, com fulcro na alínea *a* do art. 105, III da Constituição Federal, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINA A INDISPONIBILIDADE DOS BENS DE AGENTES POLÍTICOS DO MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS. INCONFORMISMO DO AGRAVANTE SOB A ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RISCO DE DILAPIDAÇÃO DE SEU PATRIMÔNIO PESSOAL. DECISÃO MANTIDA. EXISTÊNCIA DE RELATÓRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NO SENTIDO DE SUPERFATURAMENTO DE SERVIÇO DE LIMPEZA DO MUNICÍPIO E DE PARECER TÉCNICO NO MESMO SENTIDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 59 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO. PROVIMENTO NEGADO (fls. 366).

2. Opostos Embargos Declaratórios foram rejeitados, em aresto assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

Os embargos de declaração são instrumento de integração do julgado, quer pela pouca inteligência de seu texto, quer pela contradição em seus fundamentos, quer, ainda, por omissão em ponto fundamental, o que não ocorre no presente feito, já que se busca neste recurso a rediscussão de matéria já apreciada e julgada, sendo certo que o julgador não está obrigado a dissertar sobre todos os dispositivos legais invocados pelas partes Embargos não providos (fls. 380).

3. Nas razões do seu Apelo Especial, alega o recorrente violação aos arts. 7o. e 16 da Lei nº 8.429/92, ao argumento de que *a gravidade dos fatos, usada como subsídio para fundamentar a indisponibilidade, mantida em sua inteireza pelo acórdão, não pode simplesmente implicar a decretação da medida, sob pena de ofensa à lógica jurídica, já que o cumprimento da pena não pode ser antecipado* (fls. 391/392).

4. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS, manifestou-se pelo *improvemento do Agravo*.

5. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SANCIONADOR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ARTS. 7º E 16 DA LEI Nº 8.429/92. A CORTE DE ORIGEM FIRMOU-SE APENAS NA GRAVIDADE DO ILÍCITO, PARA DECRETAR A INDISPONIBILIDADE DE BENS DO PROMOVIDO, ORA RECORRENTE. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA OU DA TENTATIVA DE ALIENAR, ONERAR OU DILAPIDAR BENS PATRIMONIAIS. NECESSIDADE DE FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA PARA A IMPOSIÇÃO DA MEDIDA CONSTRITIVA. RECURSO PROVIDO, MAS APENAS PARA AFASTAR O BLOQUEIO DE BENS DO ACIONADO, SEM PREJUÍZO DO TRÂMITE DA AÇÃO E DE NOVA CONSTRUÇÃO, COM FUNDAMENTOS JURIDICAMENTE ADEQUADOS, SE FOR O CASO.

1. A concessão de medida cautelar de indisponibilidade patrimonial dos bens da pessoa processada sob a imputação da prática de ato de improbidade administrativa (arts. 7º e 16 da Lei nº 8.429/92) subordina-se, necessariamente, à pertinente demonstração dos seus pressupostos específicos (fumus boni iuris e periculum in mora), conforme orientação consagrada na doutrina jurídica mais autorizada (TEORI ALBINO ZAVASCKI, Antecipação de Tutela, São Paulo, Saraiva, 1997), acompanhada pela jurisprudência do STJ: AgRg no REsp. 422.583/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO (DJ 09.09.02); REsp. 469.366/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON (DJ 02.06.03); REsp. 905.035/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA (DJ 18.09.07).

2. No caso em exame, não se evidenciou que tivesse o recorrente praticado ou tentado praticar atos visando onerar, dilapidar ou alienar os seus bens, ou parte deles, tendo a Corte de origem considerado bastante para a construção apenas a gravidade do ilícito e o seu vulto, que não são suficientes para justificar a referida medida judicial de urgência.

3. A repressão a quaisquer ilícitos e a persecução da reparação dos seus danos, devem se processar com estrita obediência às garantias subjetivas, pois não têm as autoridades, ainda que movidos por altos e legítimos propósitos, a potestade de superar os limites do ordenamento jurídico nem interpretar as normas, pondo-as em confronto com os superiores princípios do sistema.

4. Recurso Especial provido, mas apenas para afastar o bloqueio de bens, sem prejuízo do regular trâmite da ação e de nova decretação

de indisponibilidade patrimonial, se presentes os seus pressupostos e com fundamentos juridicamente adequados à medida, se for o caso.

1. A controvérsia gira em torno da possibilidade (ou não) de se decretar a indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado.

2. Sobre a questão, o Tribunal *a quo* teceu as seguintes considerações, no que interessa:

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso. Razão, porém, não socorre ao Agravante. Como afirmado na decisão de fls. 322, a plausibilidade do direito não restou demonstrada, pois há nos autos notícia de que o Agravante, na qualidade de Secretário Municipal de Meio Ambiente do Município de Rio das Ostras no ano de 2004, assinava planilhas de prestação de serviços em seu valor máximo contratado sem real comprovação da efetivação dos mesmos bem como era o responsável direto pela fiscalização do contrato celebrado com a Empresa R. F. Machado Construtora Ltda (fls. 29 deste agravo de instrumento).

A decisão impugnada também apresenta dados afirmativos no sentido da existência de relatório do Tribunal de Contas deste Estado, dando notícia de irregularidades no contrato discutido nos autos da ação civil pública ora combatida.

Os fatos são graves, apontando aparente superfaturamento na contratação pelo Município de Rio das Ostras de serviços de manutenção e limpezas dos banheiros das praias do centro da referida cidade. A decisão guerreada aponta importante diferença entre o razoável do contrato em 2006 (R\$ 193.839,12) e o que fora efetivamente pactuado pela municipalidade (R\$ 1.159.017,97), justificando, em cognição sumária, a manutenção da indisponibilidade (fls. 368/369).

3. Preliminarmente, afasta-se a alegação de ausência de pré-questionamento, levantada no douto parecer ministerial, uma vez que, embora o Tribunal de origem não tenha mencionado os dispositivos legais tidos por violados, pronunciou-se sobre a matéria debatida nos autos, o que caracteriza o chamado pré-questionamento implícito. Confira-se, a propósito, a orientação do Superior Tribunal de Justiça, contida em julgamento da 2ª Turma desta Corte, seguindo precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. PRÉ-QUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DE LANÇAMENTO FISCAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL A PARTIR DA NOTIFICAÇÃO. ART. 1º DO DECRETO 20.910/32.

1. No acórdão recorrido, há um título inteiro dedicado à análise da ocorrência ou não da prescrição. Portanto, ainda que não se tenha feito expressa menção ao art. 1º do Decreto 20.910/32, a matéria por ele regulada foi devidamente enfrentada, o que basta para a ocorrência do pré-questionamento implícito.(...) (AgRg no REsp. 1.276.518/MS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJU 01/12/2011).

4. Relativamente ao poder cautelar do Juiz, em sede de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, tenho que se trata de medida que se submete aos requisitos do *poder geral de cautela, tal como consagrado na doutrina especializada*, dos quais não há razão para desertar:

A teor do art. 7º da LIA, a medida cautelar de bloqueio dos bens do indiciado (cautelar patrimonial) pode ser decretada nos casos de lesão ao patrimônio público (art. 9º da LIA) e de enriquecimento ilícito (art. 10 da LIA), não estando prevista, portanto, para o caso de ofensa aos princípios da Administração Pública (art. 11 da LIA); mas deve ser reiterado que a sua legitimidade depende sempre da presença da aparência de bom direito (plausibilidade de êxito da ação de improbidade) e cumulativamente da demonstração de perigo concreto de ato lesivo, na demora natural da solução da lide, devidamente explicitados com base em elementos confiáveis e seguros, de acordo com a doutrina consagrada das medidas cautelares.

O deferimento da indisponibilidade de bens do indiciado (art. 7º da LIA), antes de concluído o processo de apuração do ilícito, não deve ser praticado à mão larga, sob o impacto do pedido do Ministério Público ou da Entidade Pública que alegadamente tenha sofrido a lesão ou dano – ainda que de monta – ou sob a pressão da mídia, para aplacar a sede de vingança ou de resposta que a sociedade justamente exige, mas há de se pautar na verificação criteriosa da sua necessidade; essa necessidade se demonstra, por exemplo, com a comprovação de que o indiciado se apresta a alienar (ou a simular alienar) o seu patrimônio ou parte dele, a onerar-se (ou a simular onerar-se) com dívidas súbitas ou extraordinárias, a transferir (ou tentar transferir) a titularidade ou o domínio de bens, além de outras iniciativas que denotem a intenção de desfazer-se de patrimônios ou frustrar ulteriores ressarcimentos de prejuízos (Breves Estudos Tópicos de Direito Sancionador, Fortaleza, Curumim, 2011, p.181/182).

5. Observo que o infalível magistério do ilustre Professor TEORI ALBINO ZAVASCKI, um dos mais acatados Ministros do Superior Tribunal de Justiça, escrevendo sobre o poder judicial de cautela, é nesse mesmo sentido:

A primeira nota característica dessa espécie de tutela jurisdicional (o mestre se refere à tutela cautelar) está na circunstância de fato que lhe serve de pressuposto: ela supõe a existência de uma situação de risco ou de embaraço à efetividade da jurisdição, a saber: risco de dano ao direito, risco de ineficácia da execução, obstáculos que o réu maliciosamente põe ao andamento normal do processo e assim por diante.

(...).

Em situações de risco, de perigo de dano, de comprometimento da efetividade da função jurisdicional, será indispensável, por isso, alguma espécie de providência imediata, tomada antes do esgotamento das vias ordinárias. Daí a razão pela qual se pode afirmar que a tutela destinada a prestar tais providências é tutela de urgência (Antecipação da Tutela, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 27/28).

6. Há quem sustente – mas sem razão, com a devida vênia – que a possibilidade de bloqueio dos bens do promovido é *medida ínsita na própria Ação de Improbidade Administrativa*, como uma providência que o Juiz, com a só aceitação da inicial da ação, já poderia adotar.

7. Contudo, não se pode perder de vista que a jurisdição cautelar, *modernamente dotada de autonomia científica e didática*, não se confunde, como se sabe, com o (impropriamente) chamado *pedido principal*, ou seja, com a pretensão do autor, deduzida no feito-matriz: na verdade, se assim não for, ter-se-á de admitir que o simples acolhimento da inicial de *qualquer processo* já bastaria, por si só, para justificar a concessão de medidas liminares, sendo fora de dúvida que essa orientação representaria um manifesto exagero e, seguramente, a banalização de um *modo específico* de atuação do poder jurisdicional (o poder cautelar).

8. Reverencio os doutos entendimentos em contrário – e assinalo que não poucas manifestações o asseguram – mas alinhio-me entre os que sustentam que o deferimento de medidas cautelares – quaisquer que sejam os seus conteúdos – *sempre se subordinam à devida demonstração dos seus pressupostos singulares*, sem o que a sua concessão tenderá a espalhar-se de forma imoderada e sem a aplicação de necessárias contenções formais e materiais; essa orientação segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se vê nestes julgados:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE

ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM CONTRATOS DE LEASING. SÓCIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE E SEQUESTRO DE BENS. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. *Acórdão a quo, que denegou agravo de instrumento cujo objetivo foi a concessão de efeito suspensivo à liminar que decretou a indisponibilidade e sequestro dos bens do recorrente em Ação Civil Pública de Responsabilidade por Ato de Improbidade Administrativa, a qual objetivou apurar fraudes no âmbito de contratos de leasing.*

2. *Chamamento do recorrente para integrar o polo passivo da demanda sustentado no fato de ser ele o sócio principal da empresa e ter assumido responsabilidade referente aos contratos firmados.*

3. *Decisum recorrido que deixou de avaliar a extensão e as consequências graves da medida tomada, além de não ter tido o cuidado de considerar a caracterização da provisoriedade das alegações iniciais do Ministério Público; não se elencam os fatos que demonstram os fortes indícios de responsabilidade, além de não expor em que consistem os riscos determinantes da decretação estatuída.*

4. *A indisponibilidade de bens, para os efeitos da Lei nº 8.429/92, só pode ser efetivada sobre os adquiridos posteriormente aos atos supostamente de improbidade.*

5. *A decretação da indisponibilidade e o sequestro de bens, por ser medida extrema, há de ser devida e juridicamente fundamentada, com apoio nas regras impostas pelo devido processo legal, sob pena de se tornar nula.*

6. *Inocorrência de verificação dos pressupostos materiais para decretação da medida, quais sejam, existência de fundada caracterização da fraude e o difícil ou impossível ressarcimento do dano, caso comprovado.*

7. *Enquanto os bens financiados em garantia ao contrato não forem buscados e executados, em caso de inadimplência, para sustentar, com as suas vendas, as prestações assumidas, é impossível, juridicamente, falar-se em prejuízo patrimonial decorrente do referido negócio jurídico. Os bens financiados são da empresa arrendadora; são apenas entregues ao financiado que, após o término do contrato, poderá optar pela sua compra.*

8. *Inobservância do Princípio da Proporcionalidade (mandamento da proibição de excesso), tendo em vista que não foi verificada a correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, a qual deve ser juridicamente a melhor possível.*

9. *A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação.*

10. Agravo regimental provido. Recurso especial provido, para cassar os efeitos da indisponibilidade e do sequestro dos bens do recorrente (AgRg no REsp. 422.583/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 09.09.2002).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. – INEXISTÊNCIA.

1. A indisponibilidade de bens na ação civil pública por ato de improbidade pode ser requerida na própria ação, independentemente de ação cautelar autônoma.

2. A medida acautelatória de indisponibilidade de bens só tem guarida quando há fumus boni iuris e periculum in mora. O só ajuizamento da ação civil por ato de improbidade não é suficiente para a decretação da indisponibilidade dos bens.

3. Recurso especial parcialmente provido (REsp. 469.366/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 02.06.2003).

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LIMINAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. REQUISITOS. FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA.

1. O fato de ser admitida a petição inicial da ação de improbidade não gera a presunção de que o réu irá desviar ou dilapidar seu patrimônio a ponto de dispensar a necessária configuração do periculum in mora para o deferimento do pedido liminar de indisponibilidade de bens.

2. Acórdão que entendeu desnecessária a análise acerca do periculum in mora para a concessão da liminar é nulo.

3. Recurso especial provido em parte para anular a decisão e determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo, para que realize novo julgamento (REsp. 905.035/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 18.09.2007).

9. Deve-se assinalar que os atos noticiados na Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa são inegavelmente graves – ou são mesmo absolutamente graves – e merecem, sem dúvida alguma, a repressão e a censura jurídicas por meio a atuação judicial, mas, no exercício e no desempenho dessa relevante atividade, deve o Magistrado respeitar, em todos os casos, por mais graves que sejam, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, do devido processo legal e da presunção de inocência, inculpidos superiormente no ordenamento jurídico.

10. Aliás, o desafio da jurisdição moderna – *máxime em sede sancionadora* – é precisamente o de realizar as tarefas da repressão às ilicitudes sem descambar para a inobservância das garantias processuais das pessoas processadas, *embora ceder a essa tentação seja uma ideia que ronda permanentemente, como um fantasma, o exercício*

da jurisdição repressiva, inclusive (ou sobretudo) no âmbito penal, onde as ilicitudes são mais agressivas e ofendentes dos mais altos valores socialmente prezáveis.

11. Anote-se que, no contexto da jurisdição cautelar (seja genérica ou específica), para o deferimento de medidas liminares ou antecipatórias, deve o Julgador assegurar-se que estejam presentes os seus requisitos autorizadores, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, pois se trata de providência que tem finalidade *exclusivamente preventiva*, não veiculando, portanto, qualquer eficácia dotada de definitividade; nos casos de restrição à disponibilidade de bens patrimoniais de qualquer espécie, seria desnecessário dizer que a tutela cautelar, dada a sua provisoriedade, *não carrega qualquer eficácia expropriatória*.

12. No caso concreto, não houve a *imprescindível demonstração*, pelo douto órgão ministerial, de qualquer ato ou tentativa de ato, por parte do réu, de dilapidar o seu patrimônio ou parte dele, *sendo certo que essa demonstração é juridicamente indescartável para o deferimento judicial de medida cautelar de indisponibilidade de bens*, como já orientou esta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. INDISPONIBILIDADE DE BENS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSIBILIDADE DE SE DECRETAR A MEDIDA CAUTELAR NA HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DE MULTA PECUNIÁRIA. REQUISITO OBJETIVO. PROVA DA DILAPIDAÇÃO DO PATRIMÔNIO. IMPRESCINDIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há prevalecer o fundamento firmado pelo Tribunal de origem no sentido da impossibilidade de se decretar a indisponibilidade dada a natureza pecuniária da sanção a ser aplicada no caso de procedência da ação de improbidade.

2. É irrazoável a indisponibilidade de todos os bens do recorrido, a considerar, em especial, a ausência de elementos concretos a evidenciar, in casu, a possibilidade de dilapidação dos bens.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp. 1.168.259/RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 03/05/2011).

13. Assim, em que pese haver algumas decisões em sentido contrário, afirmando ser a cautelaridade ínsita à Ação de Improbidade Administrativa, deve prevalecer a orientação pré-definida por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de se promover a segurança jurídica e impedir que sejam cometidos excessos ou condutas imoderadas, invocando-se o princípio da razoabilidade para deferimento de cautelar de indisponibilidade de bens; no mesmo sentido ensina o Professor MARINO PAZZAGLINI FILHO, ao comentar o princípio da razoabilidade:

A razoabilidade significa a justeza, a coerência da ação administrativa em face do fato ou de motivo que a originou. Ela tem que ser resultante de motivo razoável e justo (aceitável, sensato, não excessivo) que legitima, por necessidade social, sua prática (Lei de Improbidade Administrativa Comentada, São Paulo, Atlas, 2005, p. 41).

14. Por fim, adverte-se que deve haver o máximo de moderação – e mesmo de prudência – na autorização de constrição patrimonial dos bens materiais da pessoa imputada de improbidade, porquanto se trata de medida *altamente vexatória* que não deve ser praticada à mão larga, mas somente quando se observar, escrupulosamente, todo o elenco de garantias processuais.

15. A repressão a quaisquer ilícitos e a persecução da reparação dos seus danos, devem se processar com estrita obediência às garantias subjetivas, pois não têm as autoridades, ainda que movidos por altos e legítimos propósitos, a potestade de superar os limites do ordenamento jurídico, nem interpretar as normas pondo-as em confronto com os superiores princípios do sistema; aliás, o Professor NORBERTO BOBBIO já advertia, com inteira e total propriedade, que *nenhuma norma jurídica pode ser apreendida ou compreendida fora do ordenamento em que se integra, por isso que somente com a visão sincrética em todo o sistema é que se pode reconhecer a aplicabilidade dos enunciados normativos*.

16. Ante o exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial, afirmando que o deferimento de tutela cautelar, no âmbito de Ação de Improbidade Administrativa, submete-se à demonstração – e não apenas à alegação – dos seus requisitos processuais: aparência de bom direito material e indícios de que o réu pratica, ou se apresta a praticar, atos de alienação ou de oneração patrimonial.

17. Reitero a autonomia do Processo Cautelar, renovando o argumento de que a utilização das tutelas de urgência *não dispensa* a demonstração dos seus pressupostos específicos, ainda que o pedido seja incidente em Ação de Improbidade Administrativa.

18. É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.310.857 – RN (2012/0039322-7)

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

RECORRIDO: ALDECI TORRES DE MEDEIROS E OUTROS

ADVOGADO: JOSÉ AUGUSTO DELGADO E OUTRO(S)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. PROVIMENTO DE PESSOAS EM CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO APÓS 1988. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUERECONHECE A PRESCRIÇÃO, COM APOIO NO ART. 1.º DO DECRETO Nº 20.910/1932. INAPLICABILIDADE ÀS HIPÓTESES DE FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. RETORNO DOS AUTOS PARA A PRIMEIRA INSTÂNCIA.

1. Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão que considerou o advento de prescrição, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, ao pleito de ação civil pública ajuizada para desconstituir a efetivação de atos de provimento efetivo em cargos públicos de pessoas que não realizaram concurso público. Diversas pessoas foram nomeadas, após o advento da Constituição Federal, para cargos efetivos na Assembleia Legislativa.

2. Não viola o art. 535 do Código de Processo Civil o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

3. O Superior Tribunal de Justiça considera aplicável, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, o prazo previsto no artigo 21 da Lei nº 4.717/1965. Precedentes: AgRg no AREsp 113.967/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 22.6.2012; AgRg no REsp 1.185.347/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.4.2012.

4. No caso, contudo, não pode ser localizada prescrição da pretensão do Ministério Público, pela flagrante e continuada violação aos preceitos constitucionais de 1988. Tampouco seja possível reconhecer também eventual decadência, sendo desinfluyente, portanto, discussão sobre o termo inicial.

5. É assentado que, após o advento da Constituição Federal de 1988, há necessidade da realização de concurso público para a efetivação no cargo público. Súmula nº 685 do STF (*“é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”*).

6. Em razão de os atos administrativos de provimento serem absolutamente inconstitucionais e, logo, nulos, por violação ao direito, que nem mesmo o Poder

Constituinte derivado poderia relevar (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF), não há falar em prescrição nem em decadência para o Ministério Público buscar, em juízo, as providências cabíveis para restaurar a necessidade de observância do princípio constitucional do concurso público, não importando o tempo que o cidadão permaneceu, ilicitamente, no exercício do cargo. Nesse sentido: STF, RE 216443, relator p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe-026.

7. Deve-se esclarecer que o caso não enseja pronunciamento a respeito da constitucionalidade do art. 54 da Lei nº 9.784/1999 nem do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, pois, na verdade, em atenção ao princípio da especialidade e à luz do art. 60, § 4º, inciso IV, da CF, as disposições desses dispositivos não alcançam situações fático-jurídicas cuja ocorrência tenha-se dado com a não observância de direitos e garantias individuais. A respeito, pelo STF: MS 29270 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe-105; MS 28273 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe-034; MS nº 28.297/DF, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ de 29/04/2011. E, pelo STJ: RMS 36.294/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19/08/2013; REsp 1293378/RN, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 05/03/2013.

Recurso especial provido para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para que a ação, retomando seu regular trâmite, seja julgada no mérito.

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2014 (Data do Julgamento).

MINISTRO HUMBERTO MARTINS – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, cuja ementa é a seguinte:

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. PRETENSÃO CONJUNTA DE ANULAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS QUE

ENQUADRARAM OS APELADOS NOS CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO DO QUADRO DE PESSOAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. PRETENSÃO AUTORAL ALCANÇADA PELO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AOS TERMOS DO ART. 21, DA LEI N.º 4.717/1965. PRAZO QUINQUENAL ULTRAPASSADO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DOS APELANTES QUANTO À POSSÍVEL OCORRÊNCIA DE CAUSA SUSPENSIVA/INTERRUPTIVA DO CURSO NATURAL DA PRESCRIÇÃO. ATOS ADMINISTRATIVOS REALIZADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E NO EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES PRÓPRIAS, O QUE LEVA A MANUTENÇÃO DO ESTADO APELANTE NO POLO PASSIVO DA PRESENTE DEMANDA. MATÉRIAS RECURSAIS DEVIDAMENTE ENFRENTADAS NA DECISÃO RECORRIDA. POSICIONAMENTO ORIGINÁRIO MANTIDO INTEGRALMENTE. CONFIRMAÇÃO QUE SE IMPÕE. PRECEDENTES. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DAS APELAÇÕES CÍVEIS.

O recorrente alega dissídio jurisprudencial e violação do art. 535 do CPC, do art. 21 da Lei nº 4.717/1965, do art. 54 da Lei nº 9.784/1999 e do art. 2º do Decreto nº 20.910/1932. Defende que, à míngua de publicação dos atos de nomeação dos recorridos, não há falar em termo inicial de prazo prescricional. Aduz que o ato de provimento de cargo efetivo é de natureza complexa, ensejando o registro perante o Tribunal de Contas do Estado, conforme exige o art. 71, III, da Constituição Federal, cuja norma é repetida na Constituição do Estado; mas que nunca houve o registro no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, com relação aos recorridos, de tal sorte que, não publicado o ato de registro perante o TCE, também não haveria razão para falar em termo inicial de prazo prescricional, ainda mais considerando que, no caso, estaria presente a má-fé dos recorridos, o que impediria a fluência da prescrição, nos termos do art. 54 da Lei nº 9.784/1999. Defende, ainda, que o prazo prescricional, no caso, se aplicável, não poderia ser o quinquenal, previsto no art. 21 da Lei nº 4.717/1965, mas o prazo de 20 anos previsto no Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos; e que, em caso de violação ao princípio constitucional do concurso público, não se aplicaria nenhum prazo prescricional (fls. 2001-2087, e-STJ).

Contrarrrazões juntadas (fls. 2152-2172, e-STJ).

Recursos especial e extraordinário admitidos na origem (fls. 2191-2195, e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal pelo parcial provimento do recurso, ao argumento de que os atos administrativos de provimento não se aperfeiçoaram, por vício formal, consistente na ausência da respectiva publicação, de sorte que a ilegalidade e a inconstitucionalidade não poderiam ser convalidadas pelo decurso de tempo. Indica-se precedente, em caso idêntico: REsp 1.293.378/RN. Transcrevo a ementa do opinativo (fl. 2215, e-STJ):

RECURSO ESPECIAL. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VICIO ATOS NÃO PUBLICADOS NO DIÁRIO OFICIAL ESTADUAL. 'DIES A QUO'. MOMENTO DA EFETIVA CIÊNCIA DOS ATOS IRREGULARES, EM RAZÃO DA NÃO

PUBLICIDADE. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PREMATURA DECLARAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL PARA RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM E CONTINUIDADE DO PROCESSO.

É, no essencial, o relatório.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. PROVIMENTO DE PESSOAS EM CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO APÓS 1988. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE RECONHECE A PRESCRIÇÃO, COM APOIO NO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/1932. INAPLICABILIDADE ÀS HIPÓTESES DE FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. RETORNO DOS AUTOS PARA A PRIMEIRA INSTÂNCIA.

1. Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão que considerou o advento de prescrição, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, ao pleito de ação civil pública ajuizada para desconstituir a efetivação de atos de provimento efetivo em cargos públicos de pessoas que não realizaram concurso público. Diversas pessoas foram nomeadas, após o advento da Constituição Federal, para cargos efetivos na Assembleia Legislativa.

2. Não viola o art. 535 do Código de Processo Civil o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

3. O Superior Tribunal de Justiça considera aplicável, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, o prazo previsto no artigo 21 da Lei nº 4.717/1965. Precedentes: AgRg no AREsp 113.967/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 22.6.2012; AgRg no REsp 1.185.347/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.04.2012.

4. No caso, contudo, não pode ser localizada prescrição da pretensão do Ministério Público, pela flagrante e continuada violação aos preceitos constitucionais de 1988. Tampouco seja possível reconhecer também eventual decadência, sendo desinfluyente, portanto, discussão sobre o termo inicial.

5. É assentado que, após o advento da Constituição Federal de 1988, há necessidade da realização de concurso público para a efetivação no cargo público. Súmula nº 685 do STF (*"é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido"*).

6. Em razão de os atos administrativos de provimento serem absolutamente inconstitucionais e, logo, nulos, por violação ao direito, que nem mesmo o Poder Constituinte derivado poderia relevar (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF), não há falar em prescrição nem em decadência para o Ministério Público buscar, em juízo, as

providências cabíveis para restaurar a necessidade de observância do princípio constitucional do concurso público, não importando o tempo que o cidadão permaneceu, ilicitamente, no exercício do cargo. Nesse sentido: STF, RE 216443, relator p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe-026.

7. Deve-se esclarecer que o caso não enseja pronunciamento a respeito da constitucionalidade do art. 54 da Lei nº 9.784/1999 nem do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, pois, na verdade, em atenção ao princípio da especialidade e à luz do art. 60, § 4º, inciso IV, da CF, as disposições desses dispositivos não alcançam situações fático-jurídicas cuja ocorrência tenha-se dado com a não observância de direitos e garantias individuais. A respeito, pelo STF: MS 29270 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe-105; MS 28273 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe-034; MS nº 28.297/DF, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ de 29/04/2011. E, pelo STJ: RMS 36.294/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19/08/2013; REsp 1293378/RN, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 05/03/2013.

Recurso especial provido para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para que a ação, retomando seu regular trâmite, seja julgada no mérito.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

O recurso especial se origina em autos de ação civil pública que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte ajuizou, em setembro de 2008, em razão de diversos cidadãos terem sido nomeados para cargos de provimento efetivo do quadro de pessoal da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, sem a realização de concurso público que legitimasse os respectivos atos de provimento.

Narra-se, na inicial, que diversas pessoas, algumas com regular vínculo jurídico com a administração estadual ou municipal (por exemplo: Banco do Estado do RN; Banco do Desenvolvimento do Estado do RN; Secretaria Estadual de Saúde; Secretaria Estadual da Indústria; Departamento de Trânsito; Instituto de Previdência; Fundações; etc.), sejam servidores, sejam comissionados, outras, sem nenhum tipo de vínculo funcional, foram colocadas à disposição da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte e, posteriormente, enquadrados em **diversos cargos de provimento efetivo** desse órgão (por exemplo: Assistente Parlamentar de Nível Superior; Assessor Técnico de Controle Interno; Técnico de Serviço e Apoio Parlamentar), **sem a realização de concurso público**.

Em primeiro grau de jurisdição, o pedido foi julgado improcedente, em razão de o magistrado entender que deveria vigorar o princípio da segurança jurídica, uma vez que o enquadramento irregular se deu nos anos de 1992 a 2000 (fls. 1591-1597, e-STJ).

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça manteve a sentença. No que interessa, eis o teor do voto condutor do acórdão recorrido:

Tratam os autos de Apelações Cíveis interpostas pelo: do rio grande do norte e pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, ambas em face de sentença proferida pelo MM Juiz da Comarca de: nos autos da : ajuizada contra ALDECI TORRES DE MEDEIROS e OUTROS, que reconheceu a prescrição da pretensão manifestada nos autos, posicionando-se pelo não reconhecimento da ilegalidade do ato administrativo questionado, com base no princípio da segurança jurídica.

[...]

Pretendem o Ministério Público Estadual e o Estado do Rio Grande do Norte a reforma da decisão originária de fls. 1530/1536 que declarou extinto o processo, com julgamento de mérito, por reconhecer, na hipótese, a ocorrência da prescrição.

*Nas razões recursais apresentadas pelos apelantes, defendem que o direito alcançado pelos ocupantes de cargos efetivos da Assembleia Legislativa não estaria atingido pela prescrição nem pela decadência, tendo em vista a intercorrência de diversas circunstâncias como, **por exemplo, a sonegação de informações pelas partes requeridas, procedimento que prejudicou sobremaneira a propositura da respectiva ação, e mais ainda, que a publicação dos atos de enquadramento somente se realizou através de boletim interno, prejudicando a própria publicidade exigida para a validade dos atos administrativos de igual natureza.***

Entendeu o sentenciante que ocorreu a prescrição do fundo do direito reclamado, sob o argumento de que os atos cuja anulação se buscou na presente via teriam ocorrido em período superior há 05 (cinco) anos, não mais sendo possível sua invalidação.

[...]

Trazendo o fato dos autos à presente deliberação, percebe-se que o Ministério Público, alegando possíveis irregularidades no procedimento de enquadramento realizado no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, opõe pretensão contra o ente público estatal buscando pela declaração de nulidade dos atos administrativos que enquadraram os réus nos cargos de provimento efetivo do quadro de pessoal da Assembleia Legislativa Estadual, bem como os atos posteriores, inclusive aqueles relacionados a aposentadorias, excluindo-os, por fim, do quadro permanente de pessoal do citado Poder, com o conseqüente retorno ao órgão de origem.

[...]

Voltando ao tema “prescrição”, mister transcrever o que ordena o art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, o qual trata da prescrição do direito de ação contra a Fazenda Pública, e assim preceitua:

“Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”.

*Portanto, independentemente da natureza do direito oposto em face da Fazenda Pública, impera que sejam respeitados os prazos assinalados na norma de regência, **mormente para que seja resguardada a segurança jurídica das relações consolidadas***

pele decurso do tempo, não cabendo na hipótese qualquer discussão acerca da irregularidade do próprio ato questionado.

O princípio da segurança jurídica que substancia um dos princípios do Estado de Direito impede que o ato administrativo favorável ao administrado sofra revogação, por razões de conveniência e oportunidade, ou até mesmo a invalidação, por eventual defeito de legalidade, **depois de transcorrido um período razoavelmente prolongado, pois, a partir de então, tem-se a consolidação da situação fática formada à margem do direito então vigente**, ou seja, a prolongada permanência de uma situação de fato, supostamente contrária à ordem legal, leva, irremediavelmente, a sua transformação em situação jurídica, impedindo conseqüentemente, o desmanche do ato que a ensejou, seja pela via da revogação, seja pela via da anulação.

Por mais legítima que seja a manifestação exordial do Ministério Público, não poderá o dito protetor social, ainda que se utilizando de seu mister constitucional, obstar o curso natural da prescrição, até porque restou flagrante nos autos sua ocorrência, vez que os enquadramentos foram publicados em tempo bem superior há 05 anos. (período de 1990 a 2002).

[...]

Diante de tal circunstância, considerando que não foi evidenciado no requerimento ministerial qualquer causa interruptiva/suspensiva do curso da prescrição, mister apreciar o termo inicial da contagem do prazo prescricional com ênfase nos próprios atos administrativos questionados.

Portanto, verificando que as portarias questionadas e que dão guarida ao direito discutido na exordial remontam aos anos de 1992, 1993 e 1994 (fls. 12/14), constata-se que o julgado recorrido ao estabelecer tais marcos como termo inicial da contagem do prazo, agiu de forma correta e absolutamente legal, quando declarou a prescrição, conforme o posicionamento livremente manifestado pelos Tribunais Pátrios.

Note-se que a distribuição do presente feito foi realizada apenas em 10 de setembro de 2008 (fl. 31), restando em muito ultrapassado o interregno quinquenal anteriormente assinalado, não mais sendo possível o exame da questão de fundo suscitada na respectiva ação, tendo em vista a inequívoca ocorrência da prescrição.

Cumprе mencionar, ainda, que não cabe neste momento processual a verificação de possíveis vícios de ordem formal na edição dos atos administrativos ora questionados, porquanto, sendo matérias que implicam no exame de questão inteiramente vinculada ao próprio direito objeto da demanda em foco, também restaram irremediavelmente atingidos pela prescrição.

De igual modo, não cabe também conhecer qualquer hipótese de possível prejuízo à fluência do prazo prescricional pela eventual sonegação de informações ao Ministério Público, vez que seria admitido ao próprio órgão se valer das vias ordinárias para compelir o gestor a promover o fornecimento dos registros documentais reputados essenciais para o deslinde da controvérsia em **prazo bem razoável**, inclusive através da propositura de ações de natureza penal e administrativa.

Já que não tomaram as providências cabíveis no tempo devido, não podem os apelantes, por intermédio da presente demanda, alegar irregularidades fora do prazo estabelecido pelo arcabouço normativo, valendo-se de sua própria desídia para o alcance da pretensão manifestada nos autos.

Assim, considero que inexistente nulidade na decisão proferida no juízo de 1º grau, na medida em que foram apreciadas todas as questões articuladas na petição inicial protocolada pelo Ministério Público Estadual e demais argumentos trazidos também pelo Estado do Rio Grande do Norte em seu Apelo, não vislumbrando, portanto, a possibilidade de sua alteração.

Ante o exposto, em dissonância com o parecer da 6ª Procuradoria de Justiça, voto pelo conhecimento e desprovemento das Apelações Cíveis interpostas para manter incólume a sentença de 1º grau recorrida.

O Tribunal de origem se pronunciou suficientemente, de forma clara, coerente e fundamentada, sobre os fundamentos que entendeu relevantes para a solução da controvérsia, não se verificando, portanto, violação do art. 535 do CPC.

Com relação à ocorrência de prescrição, deve-se reconhecer que o acórdão recorrido merece ser cassado.

De início, deve-se mencionar que, de fato, o STJ considera que, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, aplica-se a esta, por analogia, a prescrição quinquenal prevista no artigo 21 da Lei nº 4.717/1965. Precedentes: AgRg no AREsp 113.967/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 22.06.2012; AgRg no REsp 1.185.347/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.04.2012.

Porém, a pretensão do Ministério Público, no caso em análise, não é passível de ser alcançada por eventual prescrição, sendo desinfluyente, portanto, a discussão sobre o termo inicial.

Com efeito, embora até mesmo o STF admita o entendimento de que o não agir administrativo pelo prazo de 5 anos implica na ocorrência da decadência para a administração rever os atos administrativos (art. 54 da Lei nº 9.784/1999), mesmo que ilegais, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, o fato é que **o art. 54 da Lei nº 9.784/1999 não pode ser aplicado em hipóteses flagrantemente inconstitucionais.**

E, isso considerado, deve-se anotar que não há norma ou princípio, legal ou constitucional, que legitime uma pessoa aprovada em determinado concurso permanecer em cargo público diverso daquele para o qual fez o concurso. Há concurso público para a efetivação no cargo, como se extrai do entendimento contido na Súmula nº 685 do STF.

De outro lado, para aqueles que nunca fizeram concurso público, a inconstitucionalidade de sua inclusão em quadro de órgão da administração pública se mostra, nitidamente, inconstitucional.

Como bem ponderado no âmbito da Suprema Corte, “**segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito**” (STF, ADI 3521, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 16-03-2007).

Nessa linha, em razão de esses atos administrativos de provimento serem absolutamente nulos, por violação a direito e garantia individual, que nem mesmo o Poder Constituinte derivado poderia relevar (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF), não há que falar em decadência para que o Ministério Público busque, em juízo, as providências cabíveis para restaurar a necessidade de observância do princípio constitucional do concurso público, não importando o tempo que o cidadão permaneceu, ilicitamente, no exercício do cargo.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATOS – TRATAMENTO DIFERENCIADO. *Cumpro glosar situação jurídica reveladora de haver-se emprestado tratamento diferenciado a certos candidatos inscritos em concurso público, não cabendo evocar o fato de já virem prestando serviços à Administração (RE 216443, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Relator p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe-026).*

Deve-se esclarecer que o caso não enseja pronunciamento a respeito da constitucionalidade do art. 54 da Lei nº 9.784/1999 nem do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, pois, na verdade, em atenção ao princípio da especialidade e à luz do art. 60, § 4º, inciso IV, da CF, as disposições desses dispositivos não alcançam situações fático-jurídicas cuja ocorrência tenha-se dado com a não observância de direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, pelo STF:

Agravo regimental em mandado de segurança. Conselho Nacional de Justiça. Decisão que determina ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará que promova o desligamento dos servidores admitidos irregularmente sem concurso público após a Constituição Federal de 1988. Aplicação direta do art. 37, caput e inciso II, da CF. Decadência administrativa. Art. 54 da Lei nº 9.784/1999. Inaplicabilidade em situações flagrantemente inconstitucionais. Apreciação conjunta, pelo CNJ, de pedidos de providências com objetos similares. Possibilidade. Desnecessidade de nova intimação. Duração razoável do processo. Apreciação das razões de defesa pelo CNJ e por comissão especialmente instituída no TJPA. Contraditório e ampla defesa assegurados. Agravo regimental não provido.

1. Configura o concurso público elemento nuclear da formação de vínculos estatutários efetivos com a Administração, em quaisquer níveis.

2. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de cargo na Administração Pública sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei nº 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. (Precedente: MS nº 28.297/DF, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado, DJ de 29/04/11).

3. Quando configurada a identidade de objetos, não há violação do contraditório, mas, antes, respeito à duração razoável do processo, na análise conjunta pelo CNJ de pedidos de providência paralelamente instaurados naquele Conselho. Fica dispensada, na hipótese, nova intimação dos interessados, máxime quando suas razões forem apreciadas pelo CNJ e por comissão especialmente instituída no tribunal para o qual for dirigida a ordem do Conselho.

4. Agravo regimental não provido.

(MS 29270 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2014, DJe-105)

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. AFASTAMENTO DE TITULARES DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS DA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO SEM CONCURSO PÚBLICO, MEDIANTE DESIGNAÇÃO OCORRIDA APÓS O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. LEGALIDADE. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I – O Supremo Tribunal Federal sempre se pronunciou no sentido de que, sob a égide da Constituição de 1988, é inconstitucional qualquer forma de provimento dos serviços notariais e de registro que não por concurso público;

II – Não há direito adquirido à efetivação em serventia vaga sob a égide da Constituição de 1988;

III – O exame da investidura na titularidade de cartório sem concurso público não está sujeito ao prazo previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/1999, por se tratar de ato manifestamente inconstitucional.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento.

(MS 28273 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2012, DJe-034)

E, pelo STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO DE REMOÇÃO (EDITAL Nº 03/2003). CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DECISÃO PROFERIDA PELO STF, NA ADI Nº 3522/RS (DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 16, INCISOS I, II E III, E 22, INCISO I, DA LEI ESTADUAL Nº 11.183/1998), COM EFEITOS EX TUNC. RECLASSIFICAÇÃO DOS CANDIDATOS EM VIRTUDE DA ALTERAÇÃO NA FORMA DE PONTUAÇÃO. EDITAL Nº 043/2011, DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA, QUE REALIZA NOVA CONVOCAÇÃO PARA ESCOLHA DAS SERVENTIAS. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 54 DA LEI Nº 9.784/1999. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ART. 60, § 4º, IV, DA CF. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

[...]

4. O ato administrativo resultante da classificação viciada ser absolutamente nulo, por violação a direito e garantia individual (princípios do concurso público e da isonomia), que nem mesmo o Poder Constituinte derivado poderia releva (art.

60, § 4º, inciso IV, da CF), não há falar em decadência para a administração tomar as providências cabíveis para restaurar a lisura e legalidade do concurso, em cumprimento ao comando da Suprema Corte, desimportando o tempo que o candidato passou à frente da serventia. Inaplicabilidade do art. 54 da Lei nº 9.784/1999 à hipótese dos autos. Nesse sentido, mutatis mutandis: STF, RE 216443, Relator Min. Dias Toffoli, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe-026).

5. Recurso ordinário não provido.

(RMS 36.294/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 12/03/2013, DJe 19/08/2013)

A propósito, o precedente que o Ministério Público Federal cita em seu parecer, que origina em situação semelhante à ora analisada, corrobora o que aqui se defende; vide:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. TRANSFERÊNCIA PARA O QUADRO DE PESSOAL DO PODER LEGISLATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO PARQUET ESTADUAL, OBJETIVANDO A ANULAÇÃO DESSE ATO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, objetivando a anulação de ato administrativo que importou na “transferência” do servidor recorrido, sem concurso público, do Quadro de Pessoal do Poder Executivo para o do Poder Legislativo.

2. Hipótese em que a preliminar de prescrição acolhida pelo Tribunal de origem se confunde com o próprio mérito da demanda, uma vez que a eventual conclusão de que o ingresso do servidor recorrido no quadro de servidores da Assembleia Legislativa não foi procedido de aprovação em concurso público teria por consequência a conclusão de tal inconstitucionalidade não poderia ser sanada pelo decurso do tempo.

3. Com efeito, nos termos da Súmula 685/STF, “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

4. Por sua vez, situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de cargo público efetivo sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pelo eventual reconhecimento da prescrição ou decadência, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. Precedente: MS 28.279/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 28/04/10.

5. “O princípio da publicidade impõe a transparência na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou mal conduzida” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, in: “Curso de Direito Administrativo”, 25ª ed. rev.e atual., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85).

6. Consoante lição de HELY LOPES MEIRELLES (In: “Direito Administrativo Brasileiro”, 30ª ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo et al., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 94-5), “A publicação que produz efeitos jurídicos é a do órgão oficial da Administração, e não a divulgação pela imprensa particular, pela televisão ou pelo rádio, ainda que em horário oficial. Por órgão oficial entendem-se não só o Diário Oficial das entidades públicas como, também, os jornais contratados para essas publicações oficiais”. Por conseguinte, “Os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade. E sem publicação não fluem os prazos para impugnação administrativa ou anulação judicial, quer o de decadência para impetração de mandado de segurança (120 dias da publicação), quer os de prescrição da ação cabível”.

7. Hipótese em que o “ato de transferência” do servidor recorrido não foi publicado no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Norte, mas tão somente no “Boletim Oficial da Assembleia Legislativa”; tal situação, somada ao fato de que referido ato não foi levado ao conhecimento da Corte de Contas Estadual, revela a existência de má-fé caracterizada por um sigilo não só ilegal mas também inconstitucional.

8. Recurso especial conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido e, afastando-se a preliminar de prescrição do fundo de direito, determinar o retorno dos autos à Instância de origem para que prossiga no julgamento do feito.

(REsp 1293378/RN, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013)

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial para cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para que a ação retome seu regular trâmite; com urgência, em razão do tempo já transcorrido.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS – Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0039322-7

REsp 1.310.857/RN

Números Origem: 1080278869 20100127840 20100127840000100
20100127840000200

20100127840000300 20100127840000400

PAUTA: 25/11/2014

JULGADO: 25/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. SANDRA VERÔNICA CUREAU

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

RECORRIDO: ALDECI TORRES DE MEDEIROS E OUTROS

ADVOGADO: JOSÉ AUGUSTO DELGADO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO
– Atos Administrativos

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Jurisprudência Criminal

• • •

HABEAS CORPUS Nº 308.473 – ES (2014/0287775-5)

RELATOR: MINISTRO JORGE MUSSI

IMPETRANTE: VANESSA MOREIRA VARGAS

ADVOGADO: HOMERO JUNGER MAFRA E OUTRO(S)

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE: NESTOR RIBEIRO DANTAS

EMENTA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONCESSÃO DA ORDEM EM *MANDAMUS* IMPETRADO NA ORIGEM. DECISÃO UNÂNIME. POSTERIOR ANULAÇÃO DO JULGAMENTO EM DECORRÊNCIA DO IMPEDIMENTO DE UM DOS DESEMBARGADORES. MANIFESTAÇÃO QUE NÃO ALTERA A DECISÃO PROFERIDA. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO JULGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, os julgamentos só são anulados em decorrência da participação de autoridade judicial impedida quando a sua manifestação é capaz de alterar a decisão proferida.

2. No caso dos autos, a ordem foi concedida à unanimidade de votos, motivo pelo qual, ainda que subtraído o voto do Desembargador que posteriormente se declarou impedido, o resultado seria o mesmo, revelando-se incorreta, por conseguinte, a decisão da Corte Estadual que, em questão de ordem, anulou o acórdão já prolatado.

NOVO JULGAMENTO DO *MANDAMUS* COM BASE EM DOCUMENTOS APRESENTADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E SOBRE OS QUAIS O IMPETRANTE NÃO TEVE A OPORTUNIDADE DE SE MANIFESTAR. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.

CONCESSÃO DA ORDEM.

1. No caso dos autos, em sede de remédio constitucional destinado a preservar a liberdade de locomoção do acusado, a autoridade apontada como coatora, ao reapreciar o *writ* originário após a anulação do primeiro julgamento em decorrência da participação de Desembargador impedido, denegou a ordem então concedida com base em documentos apresentados pelo Ministério Público após a mencionada decisão, e sobre os quais o impetrante não teve a oportunidade de se manifestar, o que caracteriza evidente violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

2. Ordem concedida para anular o julgamento da Questão de Ordem no HC nº 0018067-29.2014.8.08.0000, restabelecendo-se o acórdão proferido na sessão realizada em 03.09.2014, a fim de que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da ação penal mediante o cumprimento das medidas cautelares previstas nos incisos I, III, IV e V do artigo 319 do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que nova ordem de segregação seja proferida caso se demonstrem presentes quaisquer das hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI – Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de NESTOR RIBEIRO DANTAS, apontando como autoridade coatora a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que denegou a ordem pleiteada no HC nº 0018067-29.2014.8.08.0000.

Noticiam os autos que o paciente foi pronunciado como incurso no artigo 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal.

Designada sessão de julgamento, a intimação pessoal do paciente não se realizou, tendo o oficial de justiça certificado que se encontrava em local incerto e não sabido, motivo pelo qual foi decretada sua prisão preventiva.

A defesa formulou pedido de revogação da custódia cautelar, que foi indeferido pelo magistrado singular, motivo pelo qual foi impetrado o *mandamus* na origem, tendo a ordem sido concedida, em sessão realizada em 03.09.2014, para aplicar ao paciente as medidas cautelares previstas nos incisos I, III, IV e V do artigo 319 do Código de Processo Penal.

No entanto, o Ministério Público, em petição datada de 09.09.2014, requereu a anulação do acórdão, pois o Desembargador Adalto Dias Tristão, que participou do julgamento, já havia “manifestado o seu impedimento para atuar nos autos originários em que figura o paciente” (e-STJ fl. 153).

O citado Desembargador arguiu questão de ordem na qual afirmou estar impedido de atuar no *habeas corpus* em razão de parentesco com o togado de piso, restando anulado o aresto, tendo o Relator pedido vista dos autos.

Em novo julgamento, realizado em 24.09.2014, a ordem foi denegada, por maioria, mantida a custódia cautelar do paciente.

Sustenta o impetrante que o impedimento do mencionado Desembargador não mais existiria, pois possuiria parentesco com magistrado que havia atuado anteriormente nos autos da ação penal, salientando que a decisão impugnada teria sido proferida por outro Juiz.

Defende que, ainda que impedido, o voto do citado Desembargador não teria alterado o resultado, pois os outros dois julgadores haviam concedido a ordem. Afirma que o Ministério Público deveria ter interposto o recurso cabível para modificar o resultado proclamado no julgamento do *habeas corpus*, reputando teratológica a decisão que declarou a nulidade do acórdão que havia concedido a ordem em favor do paciente.

Entende que seria ilegal a manifestação do Ministério Público antes do novo julgamento, na qual requereu a denegação da ordem e a juntada de documentos, sem que se fosse dada à defesa a oportunidade de se manifestar.

Requer a concessão da ordem para que seja cassado o mencionado aresto, restabelecendo-se aquele no qual foi revogada a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente.

A liminar foi deferida, nos termos da decisão de fls. 230/232.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 244/246, manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o restabelecimento de acórdão no qual se permitiu ao paciente aguardar em liberdade o julgamento, mediante o cumprimento das medidas cautelares previstas nos incisos I, III, IV e V do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Inicialmente, das peças processuais acostadas ao *mandamus*, é impossível aferir se o Desembargador Adalto Dias Tristão estaria ou não impedido de atuar no julgamento do *writ* originário, pois os documentos anexados ao feito não permitem verificar em que atos do processo teria atuado o magistrado que com ele teria parentesco.

Por outro lado, é desnecessária a verificação da ocorrência ou não do impedimento do referido Desembargador, pois, como se sabe, os julgamentos só são anulados em decorrência da participação de autoridade judicial impedida quando a sua manifestação é capaz de alterar a decisão proferida.

Assim, nos casos em que, subtraído o voto do julgador impedido, o resultado permaneceria o mesmo, inexistente prejuízo às partes, mantendo-se, por conseguinte, o julgamento.

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. (...) 2. PARTICIPAÇÃO DE DESEMBARGADORA IMPEDIDA NO JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DANO NÃO DEMONSTRADO. PRECLUSÃO. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para que se tenha por comprometida a imparcialidade do julgamento, é necessário que o magistrado declarado impedido se manifeste sobre o mérito da causa. Em suma, para o reconhecimento da invalidade, deve se demonstrar que a subtração da manifestação do julgador declarado parcial alteraria o resultado final da decisão. Na espécie, embora a Desembargadora impedida tenha participado da sessão, o resultado do julgamento foi unânime.

Assim, ainda que subtraído o seu voto, permaneceriam válidos os demais e idêntico seria o resultado do julgamento. Ademais, ocorreu a preclusão, pois, muito embora o julgamento do recurso em sentido estrito tenha ocorrido em 06/12/2007, a defesa quedou-se inerte, arguindo a referida irregularidade após transcorridos mais de 6 (seis) anos da data da sessão e quase 2 (dois) anos após o julgamento do recurso de apelação interposto contra a sentença condenatória do paciente pelo Tribunal do Júri.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 284.867/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 02/05/2014).

HABEAS CORPUS. (...) NULIDADE. COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL. DESEMBARGADOR QUE À ÉPOCA RESPONDIA A PROCEDIMENTO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO AO SEU AFASTAMENTO DAS FUNÇÕES JURISDICIONAIS POR OCASIÃO DO JULGAMENTO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO AJUIZADA QUANTO A OUTROS MAGISTRADOS. IMPEDIMENTO. EIVA INEXISTENTE.

1. Não acarreta a nulidade do julgamento a participação de Desembargador que à época respondia a procedimento criminal se, a par de seu voto não alterar o resultado

final do decísum, não havia qualquer impedimento decorrente de deliberação afastando-o das suas funções jurisdicionais.

2. A mera alegação de haver arguição de suspeição de Magistrados, que participaram do julgamento dos aclaratórios, em outros processos criminais, sem a comprovação de que efetivamente encontravam-se na situação apontada, aliada à ausência de juntada de peças referentes às exceções aventadas e de decisões a respeito da questão, demonstram a fragilidade da nulidade ventilada.

(...)

2. Habeas corpus parcialmente conhecido, sendo nesta extensão denegada a ordem.

(HC 112.444/SP, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 13/10/2009).

Na mesma esteira, colhe-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Crime de peculato (art. 312 do CP). Condenação mantida no Superior Tribunal de Justiça. Embargos declaratórios em recurso especial. Participação de Ministros impedidos no julgamento dos embargos. Decisão unânime. A exclusão dos votos dos Ministros impedidos não modifica o resultado do julgamento. Inutilidade de pronunciamento da nulidade absoluta. Aplicação do art. 563 do CPP. Precedente. Habeas corpus denegado e liminar cassada. 1. O pronunciamento da nulidade absoluta não terá nenhum efeito prático no mundo jurídico, devendo imperar, na espécie, o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. 2. Não há nenhuma utilidade na anulação de julgamento que teve como resultado votação unânime pela rejeição dos embargos, pois a subtração dos votos dos Ministros impedidos não teria o condão de modificar o resultado antes verificado. 3. Habeas corpus denegado e liminar cassada.

(HC 92235, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 06/11/2007, DJe-026 DIVULG 14-02-2008 PUBLIC 15-02-2008 DJ 15-02-2008 EMENT VOL-02307-03 PP-00577 RTJ VOL-00205-03 PP-01332).

No caso dos autos, verifica-se que a decisão proferida no julgamento no qual foi concedida a ordem em favor do paciente se deu à unanimidade de votos, ou seja, ainda que excluído o voto do Desembargador que posteriormente se declarou impedido o resultado seria o mesmo, motivo pelo qual não se revela correta a decisão da Corte Estadual que, em questão de ordem, anulou o acórdão já prolatado.

Mas não é só. Em total desrespeito às garantias do contraditório e da ampla defesa, e em sede de remédio constitucional destinado a preservar a liberdade de locomoção do acusado, a autoridade apontada como coatora, ao reapreciar o *writ* originário após a anulação do primeiro julgamento, denegou a ordem então concedida com base em documentos apresentados pelo Ministério Público após a mencionada decisão, e sobre os quais o impetrante não teve a oportunidade de se manifestar.

Com efeito, antes da renovação do julgamento do prévio *habeas corpus*, o Ministério Público ofertou nova petição na qual reafirmou seu entendimento no sentido de ser denegada a ordem, juntando, para tanto, documentos, entre os quais *“notícias publicadas em jornais de grande circulação a respeito de Ameaça sofrida pela Promotora de Justiça Dr.ª Paula Fernanda Almeida supostamente realizada pelo Paciente”* (e-STJ fl. 164).

A despeito de ter o Relator ratificado o teor do julgamento anterior, *“embora ciente da nova e grave informação de que a Promotora de Justiça vem sendo ameaçada”* (e-STJ fl. 207), o Desembargador Fernando Estevam Bravin Ruy, no voto vencedor, após tecer inúmeras considerações acerca do comportamento do paciente, que estaria *“criando óbice ao trâmite processual, colocando em risco a aplicação da lei penal em eventual caso de condenação”* (e-STJ fl. 218), manifestando-se sobre os mencionados documentos juntados pelo órgão acusatório, entendeu necessária a manutenção da custódia cautelar também para a garantia da ordem pública, *“especificamente no que diz respeito a preservação da própria instituição do Ministério Público e de seus membros, bem como para manutenção da paz social que ao que aparenta está sendo atormentada por diversas atividades nas quais fortes indícios demonstram a participação do acusado”* (e-STJ fls. 221/222).

Constata-se, então, que a prisão preventiva do paciente foi mantida não só em razão de sua não localização para ser intimado quanto à sessão de julgamento designada – fundamento do decreto proferido pelo magistrado de origem –, mas também em decorrência das novas informações e documentos trazidos aos autos pelo *Parquet*, sem que à defesa tenha sido dada a oportunidade de sobre elas se manifestar, o que viola os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ante o exposto, **concede-se** a ordem para anular o julgamento da Questão de Ordem no HC nº 0018067-29.2014.8.08.0000, restabelecendo-se o acórdão proferido na sessão realizada em 03.09.2014, a fim de que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da ação penal mediante o cumprimento das medidas cautelares previstas nos incisos I, III, IV e V do artigo 319 do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que nova ordem de segregação seja proferida caso se demonstrem presentes quaisquer das hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0287775-5

PROCESSO ELETRÔNICO HC 308.473 / ES

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121692320068080030 00180672920148080000
030060121693 121692320068080030 180672920148080000 30060121693

EM MESA JULGADO: 16/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: VANESSA MOREIRA VARGAS

ADVOGADO: HOMERO JUNGER MAFRA E OUTRO(S)

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE: NESTOR RIBEIRO DANTAS

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra a vida – Homicídio Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência Internacional



Nota Introdutória

O Pacto de San José da Costa Rica e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (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.

CASO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERDADE NO “COMPLEXO DO TATUAPÉ” DA FEBEM

VISTO

1. O documento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão Interamericana” ou “a Comissão”) de 8 de outubro de 2005 e seus anexos, mediante os quais submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Corte Interamericana” ou “o Tribunal”) uma solicitação de medidas provisórias de conformidade com os artigos 63.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante “a Convenção” ou “a Convenção Americana”), 25 do Regulamento da Corte (doravante “o Regulamento”) e 74 do Regulamento da Comissão, com o propósito de que, inter alia, a República Federativa do Brasil (doravante denominado “o Estado” ou “Brasil”) proteja a vida e a integridade pessoal das crianças e adolescentes que residem no “Complexo do Tatuapé” da FEBEM (Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor de São Paulo) e das pessoas que possam ingressar futuramente na qualidade de internos ao mencionado centro de internação.

2. Os supostos fatos nos quais se fundamenta a solicitação das medidas provisórias apresentadas pela Comissão são:

a) a FEBEM é uma instituição dependente da Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, estabelecida no ano de 1976, com o propósito de planejar e executar os programas de atenção aos delinquentes juvenis entre 12 e 18 anos de idade, no cumprimento das medidas socioeducativas impostas pelas autoridades judiciais objetivando a reabilitação e reeducação. Esta instituição possui 77 unidades de internamento no Estado de São Paulo, nas quais encontram-se em reclusão aproximadamente 6.800 crianças e adolescentes;

b) o “Complexo do Tatuapé” está situado na zona leste da área metropolitana da cidade de São Paulo e é a principal instalação e com maior número de internos, a cargo da FEBEM. Está constituído por 18 unidades de internamento com uma capacidade declarada para 80 e 100 pessoas cada uma, que acolhem em conjunto uma média de 1600 crianças e adolescentes, os quais encontram-se cumprindo medidas socioeducativas de privação de liberdade em aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA);

c) durante os últimos meses ocorreram fatos que demonstram que a vida dos internos encontra-se em risco constante. As ameaças

entre internos, brigas, pancadarias, alegação de torturas e motins são produzidos com excessiva frequência, sem que as autoridades, que evidentemente têm conhecimento da gravidade do problema, tenham adotado medidas eficientes para remediar a situação;

d) com posterioridade a que as medidas cautelares foram outorgadas por parte da Comissão, no dia 21 de dezembro de 2004, deu-se o falecimento de quatro de seus beneficiários:

i) no dia 14 de janeiro de 2005 faleceu o jovem Alessandro da Silva Sena, de 17 anos de idade, como consequência das feridas produzidas ao cair do teto da Unidade 1 da FEBEM, situada no Complexo do Tatuapé, durante um motim ocorrido no dia 12 de janeiro de 2005. As investigações ainda não estabeleceram se sua queda foi produzida de maneira acidental ou se ele foi empurrado por alguém;

ii) no dia 21 de fevereiro de 2005 deu-se a morte de Jonathan Felipe Guilherme Lima, de 15 anos de idade, após ter sido brutalmente espancado por alguns de seus companheiros da Unidade 39 da FEBEM, situada no Complexo do Tatuapé. O jovem Guilherme Lima tinha sido ameaçado desde o mês de outubro de 2004 por parte de outros internos, o que motivou sua reclusão isolada em um dormitório. De acordo com os representantes dos beneficiários, no dia 17 de fevereiro de 2005, quando se produziu a despedida em massa de mais de 1.700 funcionários da FEBEM, os monitores da Unidade 39, em represália, teriam entregue as chaves dos dormitórios aos adolescentes que estavam nas área de sol, mesmo sabendo que tinham vários rapazes em reclusão isolada por ameaças de morte. O jovem Guilherme Lima não recebeu ajuda por parte de nenhum funcionário enquanto estava sendo espancado e muito menos atenção médica oportuna;

iii) no dia 13 de março de 2005 Eduardo Oliveira de Souza, que se encontrava baixo a tutela do Estado na Unidade 4 da FEBEM, no Complexo do Tatuapé, foi encontrado morto em um terreno baldio a uns 35 quilômetros do Complexo. Seu cadáver estava sem roupa, com a camiseta colocada na boca, 2 tiros na cabeça, 4 no peito e sinais de ter sido torturado. No dia anterior havia ocorrido um motim e uma fuga na unidade 4; se desconhece se o jovem Oliveira de Souza foi um dos que conseguiu fugir, e

iv) no dia 8 de abril de 2005 Cleber Nogueira da Silva, interno que sofria da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, de acordo ao que foi informado pelos médicos que o atenderam, faleceu por falta de tratamento médico, no presídio para

adultos de Tupi Paulista, onde esteve internado desde 14 de abril de 2004 até 28 de março de 2005.

d) os acontecimentos mencionados são de conhecimento público, pois foram documentados pela imprensa local e do conhecimento das autoridades estatais;

e) após o outorgamento das medidas cautelares, aconteceram outros incidentes violentos no Complexo do Tatuapé que tiveram grande importância e evidenciaram a falta de um sistema apropriado de controle da segurança do estabelecimento e o ambiente de violência que lá impera:

i) no dia 11 de janeiro de 2005 à noite, ocorreu um motim na Unidade da FEBEM que está dentro do Complexo, durante o qual sete monitores foram tomados como reféns, sem que houvesse feridos;

ii) no dia 12 de janeiro de 2005 os internos da Unidade 23 da FEBEM situada no Complexo, em uma atitude solidária com seus companheiros castigados pelo motim anterior, se amotinaram, resultando 14 deles feridos e a morte do jovem Alessandro da Silva Sena;

iii) no dia 22 de janeiro de 2005 produziu-se outro motim onde os internos subiram no teto das Unidades e puseram fogo nos colchões, como protesto pelas condições de internamento. As autoridades não informaram sobre a produção de feridos;

iv) no dia 2 de fevereiro de 2005, no período da tarde, ocorreu outro motim nas Unidades 12 e 23 da FEBEM situadas no Complexo. Durante este novo motim foram tomados cinco reféns e dois dos participantes no motim sofreram ferimentos ao cair dos muros do Complexo;

v) os internos da Unidade 12 da FEBEM situada no Complexo do Tatuapé promoveram um novo motim no dia 9 de fevereiro tentando uma nova fuga em massa. Neste incidente resultaram feridas 10 pessoas;

vi) no dia 17 de fevereiro de 2005, após o anúncio da demissão de aproximadamente 1.700 funcionários da FEBEM, ocorreram abusos e incidentes de violência no Complexo do Tatuapé e outros estabelecimentos do sistema e como consequência vários internos ficaram feridos e o jovem Jonathan Felipe Guilherme Lima faleceu;

vii) no dia 20 de fevereiro de 2005, produziu-se outro motim e novamente colchões foram queimados; as autoridades do estabelecimento não informaram sobre nenhuma pessoa ferida;

viii) no dia 21 de fevereiro de 2005, os internos da Unidade 7 da FEBEM, que forma parte do Complexo, jovens entre 12 e 14 anos, organizaram um motim com o propósito de fugir, resultando alguns internos feridos e dois funcionários gravemente feridos;

ix) na noite do dia 11 de março e na madrugada do dia 12 de março de 2005, alguns internos do Complexo tentaram uma fuga em massa, a qual concluiu com um motim, no qual 30 monitores ficaram feridos, sendo dois deles em estado grave, assim como outros 11 internos e o interno Eduardo Oliveira de Souza foi assassinado;

x) no dia 14 de abril de 2005, produziu-se outro motim no Complexo, como protesto pela transferência de internos à Unidade de Vila Maria; as autoridades não informaram sobre a existência de feridos durante o incidente;

xi) os internos das Unidades 4, 10 e 19 da FEBEM, que formam parte do Complexo, protagonizaram no dia 4 de maio um novo motim no qual destruíram parcialmente as instalações e um veículo. No incidente resultaram feridos pelo menos 10 internos;

xii) no dia 10 de maio de 2005 produziu-se outro motim no Complexo, como protesto porque alguns celulares haviam sido confiscados. Durante este acontecimento onze internos e três monitores resultaram feridos;

xiii) os internos das Unidades 20 e 33 da FEBEM situadas no Complexo se amotinaram no dia 21 de junho de 2005, e até a presente data se desconhece a existência de feridos;

xiv) na Unidade 1 produziu-se outro motim no dia 5 de julho de 2005, com pelo menos um refém. Não se conhece a existência de feridos;

xv) no dia 1 de agosto de 2005 produziu-se outro motim no Complexo do qual resultaram três funcionários feridos e um número indeterminado de internos lesionados;

xvi) no dia 15 de agosto de 2005, produziu-se outro motim na Unidade 14 da FEBEM. Dois funcionários foram tomados como reféns. As causas até hoje são desconhecidas, e

xvii) no dia 28 de outubro de 2005, como consequência de uma briga entre os internos e os monitores das Unidades 17 e 39 da FEBEM, situadas no Complexo, produziu-se o mais recente motim, com um resultado de dois monitores espancados e pelo menos 12 internos feridos.

f) todo o Complexo do Tatuapé sofre problemas graves de saturação, deficientes condições de higiene e saúde, as quais foram verificadas pelo Encarregado da Comissão Florentín Meléndez, Relator para os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade da Comissão Interamericana, na sua recente visita ao centro de internação no dia 23 de julho de 2005, detalhando o seguinte:

i) uma média de seis jovens compartilham cada um dos seis dormitórios, sem suficiente iluminação ou ar fresco. Não existe acesso a sanitários adequados ou duchas. Muitos dos jovens têm doenças relacionadas com a falta de higiene;

ii) a estrutura das unidades é semelhante a dos presídios para adultos e se encontra em péssimo estado de conservação, assim como os sistemas de saneamento de água e eletricidade. A alimentação dos adolescentes que estão confinados não cumpre com as condições de higiene adequadas, e

iii) o Complexo do Tatuapé não possui pessoal médico para o atendimento das crianças e adolescentes que estão detidos, somente contam com enfermeiros.

g) os jovens não têm acesso regular à educação, trabalho ou tarefa de ressocialização, o que incrementa os níveis de tensão entre os jovens internos e propicia incidentes de violência;

h) há várias tentativas de adotar medidas no âmbito interno; no entanto, não se têm alcançado resultados eficazes para melhorar a situação das crianças e adolescentes que residem no Complexo do Tatuapé. Entre tais medidas se destacam:

i) a Câmara de Deputados do Brasil, através do Projeto "IV Caravana de Direitos Humanos", realizou uma avaliação dos centros de internação de adolescentes em São Paulo e outros Estados. Especificamente com respeito ao Complexo do Tatuapé, o relatório final da Caravana assinala que a estrutura elétrica, hidráulica e sanitária do edifício estava comprometida; os adolescentes eram mantidos em dormitórios com janelas fechadas e passavam a maior parte do tempo ociosos, na área de sol. Alguns apresentavam graves problemas de saúde e quase todos tinham doenças de pele. Com tais antecedentes, a Câmara de Deputados recomendou uma reforma integral e imediata do sistema da FEBEM e também fechar os estabelecimentos de internação de adolescentes com uma infraestrutura e serviços típicos das prisões de adultos. Após alguns anos desde este relatório e suas recomendações, em 22 de maio de 2005, membros da Câmara de Deputados voltaram a visitar o estabelecimento,

constatando que as unidades do Complexo do Tatuapé mantinham-se nas mesmas condições que anteriormente;

ii) o Ministério Público do Estado de São Paulo procurou reverter a situação de menosprezo sofrida pelos adolescentes e em inúmeras ocasiões instruiu processos administrativos com pedidos de medidas liminares, sem resultados, e em duas oportunidades interpôs uma ação pública;

iii) os juízes da primeira instância do Tribunal de Justiça de São Paulo ampararam os pedidos do Ministério Público e determinaram que fossem fechadas as unidades de correção da FEBEM, entre elas, unidades do Complexo do Tatuapé. Entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado “interpôs cassação (sic) a todas as medidas liminares e a Procuradoria respondeu e recorreu às duas ações cíveis do Ministério Público que posteriormente foram suspensas no Tribunal Superior de Justiça e o Supremo Tribunal Federal”, e

iv) as investigações penais pelos incidentes de violência ocorridos no Complexo do Tatuapé, particularmente aqueles nos quais jovens internos resultaram mortos, ainda não têm resultados e os funcionários responsáveis em muitos casos foram recontratados em vez de serem sancionados.

3. As medidas cautelares ditadas em 21 de dezembro de 2004 pela Comissão, as quais foram solicitadas em 27 de abril de 2004 e foram registradas com o número 852-04. A Comissão solicitou ao Estado que, em consulta com os representantes dos beneficiários, adotasse medidas cautelares com o propósito de:

a) proteger eficazmente a vida e integridade pessoal de todos os adolescentes internos na FEBEM Tatuapé; impedir que os internos sejam submetidos à tortura ou castigos físicos; avaliar a pertinência de cessar das funções os funcionários envolvidos nos atos de violência e adequar a estrutura física e as condições de higiene e segurança do complexo aos padrões mínimos exigidos para a matéria;

b) garantir a supervisão periódica das condições de detenção e o estado físico dos jovens, através de um organismo independente e que os relatórios elaborados por tal organismo sejam enviados à Comissão; e

c) investigar os fatos que motivaram a adoção das medidas cautelares, a fim de identificar os responsáveis e impor as sanções administrativas e penais correspondentes.

A respeito, em 10 de janeiro de 2005 o Estado informou à Comissão que as autoridades governamentais paulistas já estão tomando as providências necessárias no sentido de proteger a vida e integridade física dos indivíduos custodiados na FEBEM Tatuapé (...) Sendo assim, o Estado brasileiro entende que as medidas decretadas por essa Ilustríssima Comissão são inócuas, na medida em que impõem ações que já estão transcorrendo.

Em 27 de janeiro de 2005, os peticionários informaram à Comissão do acontecimento de novos motins nas Unidades 12 e 23 do "Complexo do Tatuapé" nos dias 12 e 22 de janeiro de 2005, apesar das vigências das medidas cautelares. Em 7 de fevereiro de 2005, ao apresentar suas observações ao relatório do Estado, manifestaram que era falso que o Estado houvesse intercedido a favor da proteção das crianças e adolescentes internados no Complexo do Tatuapé e afirmaram que as condições que imperam neste centro de internação ainda não melhoraram desde a adoção das medidas cautelares. Em 25 de fevereiro de 2005 informaram sobre um novo motim ocorrido em 2 de fevereiro de 2005. Posteriormente, em reiteradas ocasiões, a última delas em 1 de novembro de 2005, a Comissão recebeu dos peticionários informação relacionada com a ocorrência de novos incidentes de violência, particularmente motins, nos quais resultaram feridos vários jovens do Complexo do Tatuapé.

4. Os argumentos da Comissão para fundamentar sua solicitação de medidas provisórias foram os seguintes:

- a) a urgência do conjunto dos fatos alegados exigida pelo artigo 63.2 da Convenção Americana para que a Corte ordene medidas provisórias está demonstrada pela morte de quatro internos e pelas graves feridas recebidas por dezenas deles sob a vigência das medidas cautelares; a falta de separação dos jovens internados por categorias; as deficientes condições sanitárias, físicas e de segurança a que se encontram submetidos os internos do Complexo do Tatuapé da FEBEM e a evidente carência de pessoal devidamente treinado para cuidar de crianças e adolescentes;
- b) o agravamento da situação se reflete em vários atos de violência ocorridos a partir de 18 de dezembro de 2004 e que ocasionaram a morte de vários internos e lesões graves para outros e alguns membros de pessoal de custódia. A crescente aglomeração e a falta de separação entre processados e condenados agravam a tensão e a violência entre os jovens internos, entre si e deles com os monitores. Não existem canais efetivos de comunicação entre os internos, as autoridades penitenciárias e as organizações da sociedade civil. Esses problemas contribuem para o agravamento da situação;
- c) através das mortes e lesões de vários jovens internados no Complexo do Tatuapé da FEBEM, identificam-se os resultados da

negligência no cumprimento das obrigações de cuidado que o Estado adquiriu ao privar de liberdade os beneficiários das medidas cautelares. Esta falta de devido acompanhamento cria um risco de dano irreparável à vida dos beneficiários, pois propicia a reiteração de situações violentas como as que foram aqui referidas. Além disso, as deficientes condições sanitárias e de espaço às quais se encontram submetidos os jovens detidos no Complexo do Tatuapé da FEBEM ameaçam seriamente sua integridade pessoal, com o risco de contrair graves doenças;

d) os beneficiários da proteção são as crianças e adolescentes que residem no Complexo do Tatuapé da FEBEM, os quais se encontram em situação de grave risco e vulnerabilidade, assim como as pessoas que possam ingressar ao referido centro na condição de internos;

e) as medidas cautelares ordenadas neste caso não foram respeitadas pelo Estado, e

f) a adoção de todas as medidas necessárias para garantir que não sejam produzidas mais mortes e feridos é a prioridade no presente caso, bem como que as condições de segurança no Complexo do Tatuapé sejam as adequadas a fim de evitar novas situações de violência. Tais medidas deverão ser adotadas no âmbito do respeito à dignidade e aos direitos dos jovens internos.

5. A solicitação da Comissão Interamericana para que a Corte, com base no artigo 63.2 da Convenção Americana, requeira ao Estado:

a) que adote sem demora todas as medidas de segurança e controle que sejam necessárias para a vida e a integridade pessoal das crianças e adolescentes que residem no Complexo do Tatuapé da FEBEM, assim como das pessoas que possam ingressar futuramente na condição de interno ao referido centro de internação;

b) que adote sem demora todas as medidas necessárias para impedir que os internos sejam submetidos à tortura ou castigos físicos;

c) que adote medidas imediatas que conduzam à separação dos jovens processados daqueles que estão condenados, em cumprimento das condições exigidas pelos padrões internacionais aplicáveis à matéria;

d) que realize investigações sérias, completas e ágeis em relação aos atos de violência ocorridos no interior do Complexo do Tatuapé da FEBEM, identifique os responsáveis e imponha as sanções

correspondentes, como mecanismo de prevenção para impedir a ocorrência de novos casos de violência;

e) que garanta a supervisão periódica das condições de internação e do estado físico dos jovens, através de um organismo independente, e que os relatórios elaborados por tal organismo sejam enviados à Corte, e

f) que dentro de um prazo razoável proceda a readequar as instalações do Complexo do Tatuapé da FEBEM a fim de que ofereçam as condições mínimas sanitárias, de espaço e dignidade necessárias para albergar crianças e adolescentes.

CONSIDERANDO

1. Que o Brasil é Estado-parte na Convenção Americana desde 25 de setembro de 1992 e, de acordo com o artigo 62 da Convenção, reconheceu a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998.

2. Que o artigo 63.2 da Convenção Americana dispõe que, "(e)m casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considere pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão".

3. Que, nos termos do artigo 25 do Regulamento da Corte,

2. Tratando-se de assuntos ainda não submetidos a sua consideração, a Corte poderá atuar por solicitação da Comissão.

5. Se a Corte não estiver reunida, o Presidente, em consulta com a Comissão Permanente e, se for possível, com os demais juízes, requererá do governo interessado que tome as providências urgentes necessárias a fim de assegurar a eficácia das medidas provisórias que depois possa tomar a Corte no seu próximo período de sessões.

6. Os beneficiários de medidas provisórias ou medidas urgentes do Presidente poderão apresentar à Corte suas observações ao relatório do Estado. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverá apresentar observações ao relatório do Estado e às observações dos beneficiários das medidas ou seus representantes.

7. A Corte, ou seu Presidente se esta não estiver reunida, poderá convocar as partes a uma audiência pública sobre as medidas provisórias.

[...]

4. Que no tocante às audiências o artigo 14.1 do Regulamento dispõe que:

[a]s audiências serão públicas e terão lugar na sede da Corte. Quando circunstâncias excepcionais assim o justificarem, a Corte poderá celebrar audiências privadas ou fora da sede, e decidirá quem poderá assistir às mesmas. Contudo, mesmo nesses casos, serão lavradas atas nos termos previstos pelo artigo 43 deste Regulamento.

5. Que o propósito das medidas provisórias, nos sistemas jurídicos nacionais (direito processual interno) em geral, é preservar os direitos das partes em controvérsia, assegurando que a execução da sentença quanto ao mérito não se veja obstaculizada ou impedida pelas ações daquelas, pendente lite.

6. Que no Direito Internacional dos Direitos Humanos, as medidas provisórias têm um caráter não só cautelar, no sentido de que preservam uma situação jurídica, senão fundamentalmente tutelar, já que protegem direitos humanos. Sempre e quando se reúnam os requisitos básicos da extrema gravidade e urgência e da prevenção de danos irreparáveis às pessoas, as medidas provisórias se transformam em uma verdadeira garantia jurisdicional de caráter preventivo

7. Que o artigo 1.1 da Convenção consagra o dever que têm os Estados-partes de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos neste tratado e de garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que estiver sujeita a sua jurisdição.

8. Que o caso que originou as presentes medidas provisórias não se encontra sob o conhecimento da Corte, no tocante ao mérito, e que a adoção de medidas provisórias não implica uma decisão sobre o fundo da controvérsia existente entre os petionários e o Estado¹. Ao adotar medidas provisórias, a Corte unicamente está exercendo seu mandato de acordo com a Convenção, nos casos de extrema gravidade e urgência que requerem medidas de proteção para evitar danos irreparáveis às pessoas.

9. Que dos antecedentes apresentados pela Comissão neste caso se desprende *prima facie* que atualmente no Complexo do Tatuapé existe uma situação de extrema gravidade e urgência, de maneira que a vida e a integridade dos adolescentes privados de liberdade no referido centro estão em grave risco e vulnerabilidade. O padrão de apreciação *prima facie* em um caso e a aplicação de presunções perante as necessidades de proteção levaram a Corte a ordenar medidas provisórias em diferentes ocasiões. Como consequência, este Tribunal considera que é necessária a proteção daquelas pessoas, através de medidas provisórias, em virtude do disposto na Convenção Americana.

10. Que o Tribunal considera necessário escutar em audiência pública a Comissão Interamericana, os representantes dos beneficiários e o Estado sobre a adoção das medidas provisórias ordenadas no presente caso.

PORTANTO

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS,
no uso de suas atribuições conferidas pelos artigos 63.2 da Convenção
Americana sobre Direitos Humanos e os artigos 25 e 29 do Regulamento da Corte,

RESOLVE

1. Requerer ao Estado que adote de forma imediata as medidas que forem necessárias para proteger a vida e integridade pessoal de todas as crianças e adolescentes residentes no Complexo do Tatuapé da FEBEM, assim como de todas as pessoas que estejam no interior do estabelecimento.

2. Convocar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os representantes dos beneficiários das presentes medidas provisórias e o Estado, a uma audiência pública que será celebrada na sede do tribunal, no dia 29 de novembro de 2005 a partir das 9:00 horas, com o propósito de que a Corte escute seus argumentos sobre os fatos e circunstâncias que motivaram a adoção da presente resolução.

3. Notificar a presente Resolução ao Estado, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e aos representantes dos beneficiários das medidas.

O Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade deu conhecimento à Corte do seu Voto Concordante, o qual acompanha a presente Resolução.



Detalhe da imagem da capa

The image is a painting featuring two thick, braided red ropes that run vertically down the center. The ropes are rendered with visible brushstrokes, giving them a textured, three-dimensional appearance. In the background, there are faint, sketchy outlines of a ship's sails and rigging, suggesting a nautical theme. The sky is a mix of light blue and white, with some darker blue accents. At the bottom of the ropes, there are some dark, leafy plants with small red flowers. The overall style is expressive and somewhat abstract, with a focus on color and texture.

Noticiário

José Roberto Paredes assume interinamente a Corregedoria-Geral do MPRJ

O Procurador de Justiça José Roberto Paredes assumiu interinamente a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Rio de Janeiro, no período de 14 de abril a 10 de junho de 2016, em razão do afastamento para fins de reeleição do então Corregedor-Geral Pedro Elias Erthal Sanglard.

Membro do Ministério Público do Rio de Janeiro há 32 anos, José Roberto Paredes ingressou no *Parquet* carioca ainda no alvorecer de sua juventude, em 30 de outubro de 1984. Foi promovido a Procurador de Justiça em 1995, é titular da 10ª Procuradoria de Justiça de *Habeas Corpus* e já galgou todos os degraus da carreira, tendo passado por diversos órgãos de execução.

Na atualidade, exerce os cargos de Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF e de Diretor-Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – FEMPERJ. Integra, ainda, na qualidade de membro eleito para o biênio 2015/2017, o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça. Sua trajetória institucional inclui diversas assessorias no âmbito da Instituição, além de passagens pela Secretaria de Tecnologia da Informação e pela Corregedoria-Geral, como Subcorregedor-Geral do Ministério Público e Corregedor-Geral interino.

Em 2014, recebeu o Colar do Mérito, honraria concedida pelo Ministério Público àqueles que prestaram relevantes serviços à Instituição.



Eleição e Posse do Corregedor-Geral do MPRJ Pedro Elias Erthal Sanglard



No dia 24 de junho de 2016, tomou posse o Procurador de Justiça Pedro Elias Erthal Sanglard, como Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) para o biênio 2016/2018. Reeleito no dia 16 de junho, pelo Colégio de Procuradores de Justiça, em sufrágio que inaugurou o novo sistema eleitoral eletrônico desenvolvido pelo MPRJ, Pedro Elias Erthal Sanglard obteve 161 votos entre os 166 Procuradores de Justiça que compareceram ao pleito, com dois votos em branco e três nulos.

Conduzido ao plenário, por ocasião da cerimônia de posse, Pedro Elias foi declarado oficialmente empossado pelo Procurador-Geral de Justiça, Marfan Martins Vieira, que presidiu a cerimônia. Em seu discurso, o Corregedor-Geral apresentou a nova Subcorregedora-Geral, Kátia Aguiar Marques Selles Porto, que substituiu o Procurador de Justiça Dennis Aceti Brasil Ferreira e dividirá suas tarefas com a Procuradora de Justiça Marcia Alvares Pires Rodrigues. Fez parte, ainda, da mesa diretora dos trabalhos, o Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, Mauri Valentim Ricciotti, representando o Presidente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União.

Pedro Elias Erthal Sanglard é mestre em Ciências Ambientais pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e especialista em Direito Ambiental pelo Instituto Superior do

Ministério Público (ISMP), tendo sido também membro do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, supervisor da Corregedoria-Geral no XXX CECON, membro da banca examinadora do concurso de acesso à carreira e presidente da Comissão de Gestão Ambiental (CGA).



Discurso de Posse

1) Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, Dr. Marfan Martins Vieira, na pessoa de quem saúdo todos os ex-procuradores-gerais, Subprocuradores-Gerais e demais membros do gabinete presentes;

2) Exmo. Sr. Corregedor-Geral do Ministério Público do Mato Grosso do Sul, Dr. Mauri Valentem Riciotti, representando o Exmo. Presidente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público, na pessoa de quem saúdo todos os ex-corregedores-gerais e ex-subcorregedores-gerais presentes;

3) Exmo. Sr. Procurador de Justiça Decano, Dr. Carlos Antônio Da Silva Navega, na pessoa de quem saúdo os membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, do Conselho Superior do Ministério Público, bem como todos os Colegas Procuradores e Promotores de Justiça presentes;

4) Exma. Sr^a. Vice-Presidente da AMPERJ, Dr^a. Vitória Siqueiros Soares Le Cocq D'Oliveira, representando o Presidente, Dr. Luciano Oliveira Mattos de Souza, Exmo. Sr. Presidente da CAMPERJ, Dr. Arthur Pontes Teixeira, Exma. Diretora Social do CEPROJUS, Dra. Vera De Souza Leite, representando a Presidente Dr^a Maria do Carmo dos Santos Casa Nova, Exmo. Sr. Diretor-Presidente da COOMPERJ, Dr. Luis Antônio Ferreira De Araújo, e Exmo. Sr. Presidente da FEMPERJ, Dr. José Roberto Paredes, nossos eternos parceiros;

5) Exmo. Sr. Desembargador João Ziraldo Maia, na pessoa de quem saúdo todos os magistrados presentes;

6) Exmo. Sr. Dr. Daniel Homem de Carvalho, na pessoa de quem saúdo todos os advogados presentes;

7) Ilma. Sr^a. Presidente da ASSEMPERJ, Dr^a. Maria Da Glória Araújo Amaral, na pessoa de quem saúdo todos os servidores do Ministério Público presentes;

8) minha esposa Cláudia, meu filho Pedro, meus sogros Manoel Augusto e Léa, meu cunhado Carlos Maurício, nas pessoas de quem saúdo todos os familiares e amigos presentes;

Senhoras e Senhores,

Primeiramente, gostaríamos de agradecer a presença de todos, por ser hoje uma sexta-feira e feriado em alguns municípios, como o meu de Niterói.

Em especial, gostaríamos de agradecer, mais uma vez, aos Colegas Procuradores de Justiça pelo grande apoio e pela expressiva votação da nossa reeleição para Corregedor-Geral do Ministério Público, bem como as inúmeras manifestações de apreço recebidas, em nome da equipe da Corregedoria.

Como candidato único ao cargo de Corregedor e pela primeira vez numa eleição através de votação eletrônica, obtivemos 161 votos dos 166 votantes, representando mais de 96% do colégio eleitoral apto a votar, o que nos deixou muito orgulhosos pelo reconhecimento da classe no que se refere ao trabalho desenvolvido na primeira gestão.

Não poderíamos deixar de parabenizar toda a nossa equipe de membros e servidores pelo grande trabalho de qualidade realizado nestes 2 anos, destacando, dentre outros feitos, a criação do Conselho de Decanos, a realização de concurso para estagiário, a inclusão da Corregedoria como programa de trabalho no orçamento do Ministério Público, a digitalização do seu acervo físico, a supervisão e orientação de 30 novos Promotores de Justiça, a realização da 99^a reunião do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais no Rio, a realização de centenas de correições e inspeções nos órgãos de execução da capital e do interior do estado, e a instrução de milhares de procedimentos e de processos administrativos.

Assim sendo, venho publicamente agradecer aos Procuradores de Justiça Subcorregedores-Gerais: Dra. Márcia Álvares Pires Rodrigues e Dr. Dennis Aceti Brasil Ferreira, bem como, aos Promotores de Justiça Assessores Dr. David Francisco de Faria, Dra. Gabriela Brandt de Oliveira, Dr. Leônidas Fillippone Farrula Júnior, Dra. Maria Cristina

Kubitschek Cançado da Rocha Vianna, Dra. Renata Pereira de Souza da Graça Mello, e Dr. Roberto Goes Vieira, para os quais peço uma salva de palmas.

Para a nova gestão que hoje se inicia, pretendemos desenvolver vários outros projetos, como os Relatórios Estatísticos do MGP, o novo Concurso para Estagiário, as Correções Qualitativas e Virtuais, as Inspeções nas Procuradorias de Justiça, sempre em parceria com o Conselho Nacional do Ministério Público, o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público, a Procuradoria-Geral de Justiça e os Colegas Procuradores e Promotores de Justiça.

Por fim, gostaríamos de apresentar a nova Subcorregedora-Geral do Ministério Público, Dr^a Kátia Aguiar Marques Selles Porto, que substituirá o Dr. Dennis Aceti Brasil Ferreira, o qual nos deixará a pedido, para enfrentar outros desafios institucionais, sempre com o nosso apoio, pela excelência do seu trabalho na Corregedoria.

MUITO OBRIGADO!

Rio de Janeiro, 24 de junho de 2016.

PEDRO ELIAS ERTHAL SANGLARD

Corregedor-Geral do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

- AÇÕES REPETITIVAS**
129, 144, 148-149, 155-156;
- ADICIONAL DE RISCO**
285-287, 289-290;
- ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**
17-19, 24-33, 35-39, 224, 230, 249, 251,
253, 262, 272, 285, 291, 294, 313, 315,
351, 359, 364-365;
- AMPLA DEFESA**
272, 296, 330-331, 341, 365, 371-372,
375-376;
- ANISTIA**
172, 271;
- APRISIONAMENTO PARA MULHER**
43;
- ARGUIÇÃO DE NULIDADE**
295-296;
- ATIVISMO JUDICIAL**
59-65, 67- 69, 72-73, 75-90, 92-97, 99,
101-103, 105-108, 110, 220;
- ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁ-
RIOS**
17, 30-31;
- ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS**
17, 30;
- ATOS DE IMPROBIDADE**
247-249, 252-256, 258-259, 261-262,
337, 340, 342-347, 349-355;
- ATOS DE MÁ ADMINISTRAÇÃO**
223, 232;
- ATOS HOMOLOGATÓRIOS**
157, 163, 165;
- AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**
205-207, 210-218, 220-222;
- AUTOCOMPOSIÇÃO**
157-159, 162, 166;
- AUTORRESTRICÇÃO JUDICIAL**
59, 63-68, 72, 76, 84-85, 87, 89, 98, 101,
109-110;
- CÁRCERE FEMININO**
41, 47-48, 50;
- CHEFE DO EXECUTIVO**
278, 286-287, 289;
- CÓDIGO CIVIL ALEMÃO**
167-168;
- CÓDIGO COMERCIAL**
167-168, 171, 173-174, 181-182, 186;
- CONCURSO PÚBLICO**
357-361, 364-367;
- CONDENAÇÃO DO ESTADO**
33, 36, 126, 277;
- CONFESSIONALIDADE EM CONCRETO**
200;
- CONSENSUALIDADE**
247, 258-259;
- CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**
126;
- CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS**
192;
- CONSUMIDOR**
46, 107, 145-146, 148, 151-153, 181, 281-
283, 355;
- CONTRADITÓRIO**
38, 137, 161, 191, 219, 313, 330, 365-366,
371-372, 375-376;
- CONTRARREVOLUÇÃO REPUBLICANA**
59, 93-94;
- CONTROLE JUDICIAL**
17-19, 26-27, 30-32, 36-39, 84, 251;
- CONVECÇÃO AMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS**
206;
- CONVENÇÕES**
64, 163-164, 174, 203, 206-212, 220,
226-227, 246, 381, 383, 389-393;
- CRIMINALIDADE FEMININA**
41-43, 48;
- DELITO DE CONCUSSÃO**
271;
- DIREITO À SAÚDE**
17-21, 23-38;
- DIREITO COMPARADO**
129-130, 156, 188;
- DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU**
223, 225-226;

DIREITO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS
223, 228;

DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS
129-130, 148-150, 152, 154-156;

DIRETRIZES INTERNACIONAIS
41, 45;

DISPARO DE ARMA DE FOGO
278;

DÍVIDAS DE PEQUENO VALOR
277, 280;

DREAD SCOTT V SANDFORD
59;

ENCARCERAMENTO FEMININO
44;

EXCLUSÃO SOCIAL
47-48;

EXECUÇÃO DA PENA
47-48, 300;

FAIR NOTICE
129, 152-154;

FEBEM
383-391, 393;

FENÔMENO RELIGIOSO
187, 192, 200;

IMPEDIMENTO
153, 201, 219-220, 314, 371, 373-375;

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
147, 247-250, 252-256, 258-259, 261-262, 337, 339-356, 360;

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
301-302, 305-306;

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS
129-133, 135-136, 139-142, 144-145, 148-151, 154-156;

INCIDENTE PROCESSUAL
301;

INDEPENDÊNCIA
42, 88, 202, 225, 227, 234-236, 238, 247-248, 250-259;

INQUÉRITO POLICIAL MILITAR
272;

INTERCEPTAÇÕES DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS
223, 240, 242;

IPVA
301-302, 305-306;

JOGO DAS PROPINAS
271;

LAICIDADE
187, 190, 192, 200-202;

LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL
285-287, 289, 291;

LIBERDADE RELIGIOSA
92, 187, 191-192, 194-199;

LIVRE INICIATIVA
177, 281-284;

LOCHNER V. NEW YORK
59, 68, 75;

MARBURY V. MADISON
59, 68-69, 116;

MEDIDAS CAUTELARES
215-216, 337, 340, 342, 344, 347, 349, 351-352, 355, 372-373, 376, 384-385, 388-390;

MICROSSISTEMA DA TUTELA COLETIVA
129, 145-148, 153-154;

MINISTÉRIO PÚBLICO
53, 55, 135-137, 141, 143, 151-152, 155, 159, 205, 207, 212, 215-218, 220-225, 229-242, 244-248, 251-260, 262, 271-272, 281-282, 284-285, 287, 293, 295, 299, 301, 304, 306, 321, 324, 332, 337-339, 341, 344, 348, 351, 353, 356-364, 367, 369, 371-373, 375-376, 387-388, 397, 399, 401-403;

MUTILAÇÃO
54;

NÚCLEO ESSENCIAL
18, 25-26, 28-30, 34-35, 37;

OPERAÇÃO LAVA JATO
271-272;

PLASTICIDADE FORMAL
119, 121-122, 126;

PODER ECONÔMICO
104-105, 107, 281;

POLÍTICAS PÚBLICAS

17-21, 23-33, 35-39, 41, 43, 45-46, 60, 77,
81, 83, 107, 125;

PORTARIAS

43, 47, 210, 213, 254, 256, 285-286, 289,
363;

PRECATÓRIO

277-280;

PRESCRIÇÃO RETROATIVA

295, 300;

PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

126;

PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

17-19, 25-30, 33, 36;

PRISÃO PREVENTIVA

207, 215-216, 223, 240, 242-246, 372-
373, 376;

PRISÃO PROVISÓRIA

205;

PROCESSO COLETIVO

129, 145-148, 150, 152-153, 155-156, 347;

RECURSOS FINANCEIROS

18, 21, 23, 26-28, 33-34, 125, 306;

REEXAME DE PROVA

327;

RESCINDIBILIDADE DAS DECISÕES

157-159;

RESOLUÇÕES

34, 54, 74, 129-142, 144-145, 148-151,
154-155, 171, 205-210, 212-217, 219-221,
293, 298, 302, 304-306, 393;

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

223-225, 228-230, 232-233, 236, 238,
240, 242, 244;

RESPONSABILIZAÇÃO

225-226, 230-231, 234-235, 237, 241,
243-245, 247-252, 254-256, 258-259,
345-346;

RESSOCIALIZAÇÃO

47-48, 50, 387;

RIGHT TO OPT IN OR OUT

129, 152, 154;

SIMBOLISMO

119, 121, 123, 126;

SISTEMAS PUNITIVOS

247-248, 251-252, 255, 259;

SUBSISTEMA PROCESSUAL

129;

TEOCRACIA

188-189;

TEORIA DA NECESSIDADE

17, 36-37;

TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

17, 36-37;

TORTURA MENTAL

271-272;

TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE

327;

TRANSGENITALIZAÇÃO

54, 56-58;

TRANSPosição DE SEXO

53-57;

TRATADOS

35, 120, 122, 192, 200, 206, 208-209,
226-227, 347, 350, 368, 388, 392;

TRIBUNAL DO JÚRI

296-297, 299, 374;

UNIDADES PRISIONAIS

43-44, 47, 51;

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